

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI
ŽIVOT**

1/2010

BEOGRAD
2010

Redakcija
Editorial Board

Prof. dr Tomas Fleiner (Institut za federalizam, Friburg, Švajcarska)
Prof. dr Vid Jakulin (Pravni fakultet, Ljubljana, Slovenija)
Prof. dr Jerry Rajski (Pravni fakultet, Varšava, Poljska)
Prof. dr Đorđe Ignjatović (Pravni fakultet, Beograd)
Prof. dr Đorđe Đorđević (Kriminalističko-policijska akademija, Beograd)
Doc. dr Dušan Popović (Pravni fakultet, Beograd)
Dr Branislava Knežić (Institut za kriminološka i sociološka istraživanja,
Beograd)
Prof. dr Ivanka Spasić (Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad)
Prof. dr Dragana Knežić-Popović (Pravni fakultet, UNION, Beograd)
Mr Jelena Čeranić (Institut za uporedno pravo, Beograd)
Dr Jovan Ćirić (Institut za uporedno pravo, Beograd)

Glavni i odgovorni urednik
Editor in chief

Dr Jovan Ćirić

Sekretar redakcije
Secretary of Editorial Board

Mr Jelena Čeranić

Izdavač
Publisher

Institut za uporedno pravo
Institute of Comparative Law
Beograd, Terazije 41
E-mail: institut@icl.org.rs
Tel (011) 32 33 - 213

Časopis „Strani pravni život“, osnovan je 1956. godine i izlazi tri puta godišnje. Rukopisi se ne vraćaju i podložni su anonimnoj recenziji. Rukopisi treba da sadrže kratak apstrakt na srpskom i engleskom jeziku i da ne prelaze obim od 20 kompjuterskih strana. Od broja 1 za 2008. godinu, časopis se može čitati i u on-line verziji na web sajtu Instituta za uporedno pravo www.comparativelaw.info

STRANI PRAVNI ŽIVOT

1/2010

SADRŽAJ

<i>Mr Predrag Vukasović</i> VENECIJANSKA KOMISIJA I NJENO BAVLJENJE SRBIJOM	7
<i>Prof. dr Violeta Beširević</i> IS REDUCING POVERTY A TASK OF CONSTITUTIONAL COURTS?	31
<i>Mr Dušan Vasić</i> ULOGA I NADLEŽNOSTI GENERALNOG SEKRETARA UN U REŠAVANJU MEĐUNARODNIH KRIZA	59
<i>Prof. dr Nikolay Natov</i> MY EXPERIENCE IN HARMONIZING BULGARIAN LAWS WITH THE EU PRINCIPLES AND STANDARDS	85
<i>Dr Branko Pavlica</i> BUGARSKA NA PUTU KA EVROPSKOJ UNIJI – O IZMENI BUGARSKOG USTAVA OD 24. SEPTEMBRA 2003. –	95
<i>Prof. dr Vladimir Čolović</i> PROBLEM ODREĐIVANJA MERODAVNOG PRAVA PO LEX LOCI DELICTI COMMISSI	105
<i>Dr Jovan Ćirić</i> ĐENOVEZE SINDROM	127
<i>Prof. dr Ljiljana Radulović</i> FUNKCIJA OBRAZOVANJA U SUZBIJANJU MALOLETNIČKOG KRIMINALITETA	145
<i>Mr Ivan Joksić</i> SPECIFIČNOSTI DIVERZIONIH PROGRAMA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA	169

<i>Dr Jelena Lopičić-Jančić</i> ZAKONODAVSTVO SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA U VEZI TERORISTIČKIH DELA	183
<i>Prof. dr Aleksandra Čavoški</i> COMPARATIVE ANALYSIS OF LAND REGISTRIES	201
<i>Mr Jelena Predojević-Despić</i> IMIGRACIONI ZAKONI I RAZVITAK USELJENIČKIH STRATEGIJA – PRIMER SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA ..	217
<i>Mr Dejan Šuput</i> PRAVNI OKVIR KOJI UREĐUJE BORBU PROTIV NASILJA NA SPORTSKIM PRIREDBAMA U EVROPSKIM DRŽAVAMA ..	233
<i>Doc. dr Snežana Stojanović</i> PORESKA KONKURENCIJA U SAVREMENIM EVROPSKIM DRŽAVAMA: SLUČAJ LUKSEMBURGA I ŠVAJCARSKJE	265
<i>Mr Marko Verović</i> NEKA PITANJA UZ IMPLEMENTACIJU DIREKTIVE 2004/48/EZ U HRVATSKO PRAVO INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA	279
<i>Mr Zoran Kesić</i> PRIVATIZACIJA KAŽNJAVANJA: NAČIN ZA PREVAZILAŽENJE ILI PRODUBLJIVANJE KRIZE ZATVARANJA	303
<i>Ana Batričević</i> VASPITNE MERE POJAČANOG NADZORA MALOLETNIKA U KRIVIČNOM PRAVU FINSKE I ITALIJE	321
<i>PRIKAZ KNJIGE Dimitrija Pavlovića</i> PRAVNI REČNIK NEMAČKO-SRPSKI	339
<i>Ispravka redakcije</i>	345

FOREIGN LEGAL LIFE

1/2010

TABLE OF CONTENTS

<i>Predrag Vukasović, MA</i> THE VENICE COMMISSION AND ITS DEALING WITH SERBIA	7
<i>Violeta Beširević, LL.D</i> IS REDUCING POVERTY A TASK OF CONSTITUTIONAL COURTS?	31
<i>Dušan Vasić, MSc</i> THE ROLE AND COMPETENCIES OF THE UN SECRETARY GENERAL IN SOLVING INTERNATIONAL CRISIS	59
<i>Prof. dr. Nikolay Natov</i> MY EXPERIENCE IN HARMONIZING BULGARIAN LAWS WITH THE EU PRINCIPLES AND STANDARDS	85
<i>Branko Pavlica, LL.D</i> ON THE CHANGES TO THE BULGARIAN CONSTITUTION OF 24. SEPTEMBER 2003	95
<i>Vladimir Čolović, LL.D</i> PROBLEM OF THE DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW BY THE LEX LOCI DELICTI COMMISSI	105
<i>Jovan Ćirić, LL.D</i> GENOVESE SYNDROM	127
<i>Ljiljana Radulović, LL.D</i> THE ROLE OF EDUCATION IN YOUTH CRIME PREVENTION .	145
<i>Ivan Joksić, MA</i> SPECIFICITY DIVERSITY PROGRAMS IN THE UNITED STATES OF AMERICA	169

<i>Jelena Lopičić-Jančić, LL.D.</i> LEGISLATION OF THE USA IN THE CONNECTION WITH TERRORISTIC ACTS	183
<i>Aleksandra Čavoški LL.D.</i> COMPARATIVE ANALYSIS OF LAND REGISTRIES	201
<i>Jelena Predojević-Despić, MA</i> IMMIGRATION LAWS AND DEVELOPMENT OF IMMIGRATION STRATEGIES -THE UNITED STATES OF AMERICA THE CASE STUDY	217
<i>Dejan Šuput, LL.M</i> EUROPEAN COUNTRIES LAWS REGULATING FIGHT AGAINST SPECTATOR VIOLENCE IN SPORT EVENTS	233
<i>Snežana Stojanović, PhD</i> TAX COMPETITION IN MODERN EUROPEAN ECONOMIES: LUXEMBOURG AND SWITZERLAND	265
<i>Marko Verović, MA</i> SOME QUESTIONS CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE 2004/48/EC IN THE CROATIAN LAW	279
<i>Zoran Kesić, MA</i> PRIVATIZATION OF PUNISHING: METHOD FOR OVERCOMING OR DEEPENING THE DETENTION CRISIS	303
<i>Ana Batričević</i> THE ENHANCED SUREVEILLANCE MEASURES TAILORED FOR JUVENILES IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS OF FINLAND AND ITALY	321
<i>Review of the book</i> – Dimitrije Pavlović: „Pravni rečnik nemačko-srpski” (Legal dictionary – German-Serbian)	339
<i>Correction of the Editorial board</i> from the previous number of the Foreign Legal Life	345

Mr Predrag Vukasović,
Institut za uporedno pravo,
Beograd

UDK: 341.176(4): (497.11)
Originalni naučni rad

VENECIJANSKA KOMISIJA I NJENO BAVLJENJE SRBIJOM

Ovaj se prilog odnosi na Venecijansku komisiju, njenu misiju, zadatke, sastav, način finansiranja i postupak pred njom. U drugom delu teksta pomalo apstraktne odredbe njenog Statuta ilustrovane su osnovnim podacima o njenom radu u nekim slučajevima vezanim za Srbiju. Venecijanska komisija, čiji je zvaničan naziv Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava, predstavlja savetodavni organ Saveta Evrope, mada je od samog njenog osnivanja 1990. godine bilo moguće da u njenom radu učestvuju i države koje nisu pristupile Savetu Evrope. Prvobitni joj je zadatak bio da potpomogne demokratsku tranziciju ranije socijalističkih zemalja srednje i istočne Evrope, pružajući im stručnu pravnu pomoć i savetodavne usluge korisne za razvoj pravnih i političkih ustanova demokratske države. Shodno tome, njeni osnivači zamišljali su je kao jedan privremen, ad hoc organ sa vremenski ograničenim mandatom. Ali ubrzo je postalo jasno da je razvoj demokratskih ustanova kontinuiran proces bez precizno određenog vremenskog okvira; štaviše, pokazalo se da taj proces nije ni prostorno ograničen samo na „nove demokratije“ na Istoku, već se tiče i država sa mnogo dužom tradicijom funkcionisanja demokratskih organa vlasti i sa čvršće ukorenjenom vladavinom prava. Nakon samo dve godine rada Venecijanska komisija postala je stalni organ Saveta Evrope. Sve države – osnivači Komisije bile su članice Saveta Evrope, ali se one s obzirom na funkcionisanje svojih demokratskih ustanova mogu podeliti na tri posebne grupe: a) države sa razvijenim, čvrsto ukorenjenim i stabilizovanim demokratskim ustanovama koje rutinski funkcionišu (Francuska, Švedska); b) države koje su u relativno bliskoj prošlosti izvršile uspešan prelaz iz autoritarnog u demokratski poredak (Španija, Portugalija, Grčka), i c) države koje se još bore s nedovoljnom delotvornošću svojih demokratskih ustanova i/ili nesređenim unutrašnjim odnosima (Turska, Kipar). Države iz sve tri grupe imale su mnoga specifična iskustva u stvaranju i funkcionisanju demokratskih ustanova, kao i u stvaranju pravnih garantija za njihov rad, koja su mogle ponuditi istočnoevropskim demokratijama u povelju i podeliti ih sa njima.

Povodi u kojima se Venecijanska komisija bavila pitanjima vezanim za Srbiju

mogu se podeliti u tri zasebne celine: a) zaštita ljudskih prava na Kosovu; b) pravne garantije Državne zajednice Srbije i Crne Gore zaštiti ljudskih i manjinskih prava, kao i c) reforma pravnog sistema Srbije kao samostalne države.

Ključne reči: Savet Evrope, demokratska tranzicija, vladavina prava

Osnivanje Komisije i njeni prvobitni ciljevi

Venecijanska komisija je nezvaničan naziv za Evropsku komisiju za demokratiju posredstvom prava (European Commission for Democracy through Law), savetodavni organ Saveta Evrope. Komisiju je osnovao Komitet ministara Saveta Evrope na svom 86. zasedanju Rezolucijom (90)6 o parcijalnom sporazumu kojim se osniva Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava 10. maja 1990. godine,¹ u času kada je postalo jasno da je demokratska tranzicija u državama srednje i istočne Evrope kojima su do tada vladali komunisti, uzela nepovratan tok. Prethono je u Veneciji 19. i 20. januara iste godine održana Osnivačka konferencija Komisije za demokratiju posredstvom prava, na kojoj je odlučeno da Komisija bude privremeni savetodavni organ Saveta Evrope koji treba da deluje u naredne dve godine. Konferencija je istovremeno pozvala nadležne organe Saveta Evrope da, u dogovoru s Komisijom, ispitaju predloge usmerene na uspostavljanje i razvijanje institucionalnih veza između Komisije i Saveta Evrope. Neposredan zadatak Komisije bio je pružanje stručne savetodavne pomoći bivšim socijalističkim državama u uspostavljanju pravnih institucija parlamentarne demokratije i višepartijskog političkog sistema kao suštinskih elemenata demokratske tranzicije tih država. Sama Komisija je sopstveni delokrug odredila kao razvoj pravnih garantija koje će doprineti jačanju demokratije. Ovaj opšti delokrug obuhvatao je tri međusobno povezane grupe zadataka:

- upoznavanje pravnih sistema država srednje i istočne Evrope (koje u tom času još nisu bile članice Saveta Evrope), kao i njihovo približavanje pravu država – članica Saveta Evrope;
- razumevanje pravne kulture pomenutih država, kao i
- istraživanje problema postavljenih delovanjem demokratskih ustanova, uključujući jačanje i razvoj tih ustanova.²

U svom radu Komisija treba da se posveti prvenstveno:

- a) ustavnim, zakonodavnim i upravnim načelima i tehnikama koje

1 http://www.venice.coe.int/site/main/StatuteOld_E.asp

2 Čl 1 Rezolucije (90)6

uvećavaju delotvornost demokratskih ustanova, podstiču njihovo jačanje i obezbeđuju ostvarenje načela vladavine prava;

b) javnim pravima i slobodama, naročito onima koja podrazumevaju učešće građana u radu političkih ustanova, kao i

c) doprinusu koji lokalna i regionalna samouprava pruža razvoju demokratije.

Države - osnivači

U trenutku osnivanja Komisija je smatrana *ad hoc* organom, stvorenim da bi se izišlo u susret najhitnijim potrebama ustavnopravnog preobražaja država u tranziciji. Osnovana je posebnim sporazumom 18 država – članica Saveta Evrope; njeni osnivači su: Austrija, Belgija, Kipar, Danska, Finska, Francuska, Grčka, Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Norveška, Portugalija, San Marino, Španija, Švedska Švajcarska i Turska. Među osnivačima se izdvajaju tri grupe država:

- a) države sa dužom neprekinutom demokratskom tradicijom (Francuska, Švedska);
- b) države koje su u relativno bliskoj prošlosti izvršile uspešan prelazak iz diktature u demokratiju (Španija, Portugalija, Grčka), kao i
- c) države koje se još uvek suočavaju s nedovoljnom delotvornošću demokratskih ustanova i/ili nesređenim unutrašnjim odnosima (Turska, Kipar).

Ustrojstvo Komisije prema Parcijalnom sporazumu

Delokrug rada

U početku Komisija nije zamišljena kao deo stalnih institucija najstarije sveevropske organizacije. Ona može vršiti istraživanja iz svog delokruga na sopstvenu inicijativu, ne prejudicirajući nadležnost drugih organa Saveta Evrope; ovi organi, pak, mogu razmatrati i usvojiti svaki predlog koji im uputi Komisija.³ Ona takođe može – kad se to zatraži od nje – sastavljati nacрте zakona i međunarodnih ugovora i donositi preporuke iz svoje nadležnosti. Dužna je dati svoje mišljenje

3 Čl. 2 Rezolucije (90)6

o pitanjima koja joj, posredstvom predstavnika država – potpisnica Parcijalnog sporazuma u Komitetu ministara Saveta Evrope, postave Parlamentarna skupština, generalni sekretar ili bilo koja država – članica Saveta Evrope. Usluge Komisije može koristiti i država – nečlanica ili međunarodna organizacija koja podnese takav zahtev Komitetu ministara i dobije njegovu saglasnost. Ona je obavezna da u svom radu saraduje sa Međunarodnim institutom za demokratiju, stvorenim pod okriljem Strazburške konferencije o demokratiji. Komisija može uspostaviti veze i sa drugim dokumentacionim centrima i istraživačkim institutima.

Sastav

Komisiju čine nezavisni stručnjaci koji su stekli međunarodni ugled svojim učešćem u razvoju demokratskih ustanova ili svojim doprinosom pravnoj ili političkoj nauci.⁴ Svaka država – potpisnica Parcijalnog sporazuma imenuje jednog člana Komisije. Njihov mandat traje četiri godine i oni mogu biti ponovo imenovani. Predsednik Parlamentarne skupštine Saveta Evrope i predsednik oblasti Veneto ili njihovi predstavnici mogu prisustvovati sednicama Komisije. Komitet ministara može jednoglasnom odlukom omogućiti nekoj evropskoj državi – nečlanici Saveta Evrope da učestvuje u radu Komisije. Po obavljenim konsultacijama sa Komisijom takva država može imenovati pridruženog člana Komisije ili odrediti posmatrača koji će prisustvovati njenim zasedanjima. Sve ostale države mogu biti pozvane da pod istim uslovima imenuju posmatrače. Svaka država koja imenuje člana ili pridruženog člana Komisije može imenovati i njegovog zamenika. Uslove pod kojima zamenici učestvuju u radu Komisije utvrđuje njen Poslovnik.

Rukovođenje

Komisija iz svojih redova bira Biro, koji čine Predsednik Komisije, tri potpredsednika i četiri člana.⁵ Njihov mandat traje dve godine; međutim, prilikom prvog izbora mandat jednog od potpredsednik i dva člana Biroa – određenih žrebom – završava se po isteku jedne godine. Ovim mehaizmom obezbeđuje se da se prilikom narednih izbora ne menja celokupan sastav Biroa, što doprinosi većem kontinuitetu u radu

4 Čl 3 Rezolucije (90)6

5 Čl 4 Rezolucije (90)6

Komisije. Predsednik predsedava Komisijom i zastupa je u odnosima sa državama, međunarodnim organizacijama i njihovim organima. Potpredsednik zamenjuje predsednika kad god je ovaj sprečen da obavlja svoju dužnost. Plenarno zasedanje Komisije saziva, kad god je to neophodno, njen predsednik, koji utvrđuje dnevni red zasedanja. Komisija može obrazovati i uža radna tela za razmatranje pojedinih specifičnih pitanja. Komisija Poslovnikom utvrđuje proceduru i metode svog rada. Radni jezici Komisije su engleski i francuski.

Spoljni saradnici

Venecijanska komisija može – kad god to smatra neophodnim – koristiti usluge konsultanata van svojih redova, posebno upućenih u pravo ili insticionalnu praksu države ili država o kojima raspravlja.⁶ Ona takođe može u raspravi o nekom pojedinačnom predmetu saslušati svako kvalifikovano lice ili nevladinu organizaciju aktivnu u delokrugu nadležnosti Komisije, koja može biti od pomoći pri ostvarivanju njenih ciljeva; ona može pozvati takvog pojedinca ili organizaciju da učestvuje u radu Komisije.

Finansiranje

Troškove vezane za sprovođenje programa aktivnosti Komisije, kao i troškove rada njenog sekretarijata, snose države – potpisnice Parcijalnog sporazuma; ti troškovi moraju biti predviđeni budžetom Komisije.⁷ Na finansiranje rada Komisije primenjuju se norme koje se odnose na finansiranje ostalih organa Saveta Evrope. Pored ovih izvora prihoda Komisija može primati dobrovoljne priloge, koji će se uplaćivati na poseban račun, u skladu sa čl. 4, 2 Finansijskog pravilnika Saveta Evrope. Dobrovoljni prilozima mogu biti namenjeni i pokrivanju troškova pojedinačnog istraživačkog projekta. Oblast Veneto stavlja na raspolaganje Komisiji bez naknade poslovni prostor u kojem će se nalaziti njeno sedište. Troškove vezane za lokalni personal i sedište Komisije snose zajednički Oblast Veneto i italijanska vlada, pod uslovima o kojima se ove dve vlasti međusobno dogovore. Putne troškove i dnevnice svakog člana Komisije pokriva država koja ga je imenovala.

6 Čl 5 Rezolucije (90)6

7 Čl 6 Rezolucije (90)6

Sedište i veza sa Savetom Evrope

Venecijanska komisija jednom godišnje podnosi Komitetu ministara Saveta Evrope izveštaj o svojim aktivnostima, koji sadrži i okvirni plan budućih aktivnosti.⁸

U obavljanju administrativnih poslova vezanih za njen rad Komisiji pomaže Generalni sekretarijat Saveta Evrope.⁹ On takođe obezbeđuje vezu između Komisije i lokalnog osoblja u njenom sedištu koje zapošljavaju italijanske vlasti. Personal koji zaposle italijanske vlasti u sedištu Komisije ne pripada osoblju Saveta Evrope. Sedište Komisije nalazi se u Veneciji.

Buduće promene ustrojstva

Komitet ministara može promeniti odredbe Statuta Komisije većinom glasova predviđenom čl. 20 Statuta Saveta Evrope, pošto prethodno konsultuje Komisiju o predloženim izmenama.¹⁰ Promenu svog Statuta može predložiti i sama Komisija.

Komisija i evropska politička stvarnost u poslednjoj deceniji XX veka

Dva činioca bitno su uticala na promenu prvobitno zamišljenog privremenog karaktera Komisije. S jedne strane, pokazalo se da uspešna politička tranzicija zahteva mnogo više od jednoobrazne primene ustavnopravnih rešenja proverenih u praksi razvijenih parlamentarnih demokratija zapadne Evrope. Primena formalno savršenih ustavnopravnih obrazaca ne mora automatski voditi uspostavljanju ekonomski delotvorne i politički samoodržive demokratije, posebno ako se ne vodi dovoljno računa o političkim i kulturnim tradicijama i socijalnim osobenostima društava u tranziciji. U prvim godinama opijenosti iznova nađenom slobodom posle sloma komunističke vladavine, ostvarenog beskrvno i nenasilno – s upozoravajućim izuzetkom zapadnobalkanskog prostora

8 Čl 7 Rezolucije (90)6

9 Čl 8 Rezolucije (90)6

10 Čl 9 Rezolucije (90)6

i Rumunije, znatno je potcenjena trajna unutrašnja protivrečnost svake demokratije: mogućnost da nedemokratske ili čak antidemokratske političke snage iskoriste formalna jamstva demokratske procedure za ostvarenje sopstvenih nedemokratskih i antidemokratskih ciljeva. Srbija je imala nesreću da pruži najupečatljiviji dokaz kako navedena opasnost nije apstraktni konstrukt dokonih teoretičara već pretnja čije ostvarenje nije odveć daleko u društvima bez ideološke infrastrukture građanskog društva sa trajno stabilizovanim njemu svojstvenim sistemom vrednosti. A izgradnja takve infrastrukture traje neizmerno duže od pripreme i usvajanja čak i najsavršenijeg ustavnog teksta.

S druge strane, politička evolucija u nekim zapadnoevropskim državama koje se obično smatraju uzorom stabilne demokratije pokazala je i pokazuje i dalje da demokratsko uređenje nije tekovina osvojena jednom zauvek; ono je pre ideal koji se uvek iznova osvaja, asimptota za koju čak ni najrazvijenija društva današnjice ne mogu tvrditi da su je dosegla. Izborni uspesi ksenofobnog desničarskog populizma u Austriji ili Italiji, rasni neredi u Francuskoj, neiskorenljivost levičarskog ekstremizma u Grčkoj – sve su to različita geografska ispoljavanja iste opšteevropske stvarnosti i opomena da stabilnost pravnih institucija ne znači automatsku stabilnost socijalnog supstrata koji te institucije treba da izraze i uobliče.

Te okolnosti ukazale su da je načelno neosnovano ograničavati nadležnost Komisije ni vremenski, ni prostorno; da je stručni sud eksperata za ustavno pravo dobrodošao kako novim tako i starim demokratijama i da samozadovoljstvo političkih elita u zapadnoj Evropi nema utemeljenje u društvenoj stvarnosti. Sem toga, nastavljanje rada Venecijanske komisije sa dotadašnjom geografskom ograničenošću njene nadležnosti značilo bi ovekovečenje političkog maloletstva novih demokratija na istoku Evrope – neravnopravnost koja se možda mogla trpeti u euforiji rušenja berlinskog zida, ali čije je održavanje u međuvremenu postalo politički i psihološki nebranljivo. Štaviše, problemi demokratije i unapređenja ljudskih prava širi su i od sveevropskog horizonta; oni su univerzalne teme jednog globalizovanog sveta u kojem rastuća međuzavisnost ne dopušta nijednoj državi, bez obzira na njenu ekonomsku moć ili političku volju, da ostane po strani. Stoga ne čudi što je revizijom Statuta Komisije iz 2002. godine i vanevropskim državama omogućeno da sudeluju u njenom radu.

Statut iz 2002. godine

Razlozi za njegovo donošenje

Komitet ministara Saveta Evrope je već u decembru 1992. godine – odmah po isteku dvogodišnjeg roka u kojem je Venecijanska komisija prvobitno trebalo da deluje – doneo načelnu odluku o potrebi da Komisija nađe trajno mesto u strukturi najsrarije sveevropske organizacije. Ipak, trebalo je da prođe više od devet godina dok se ta načelna spremnost da se jedno privremeno ekspertsko telo sa vremenski i prostorno ograničenim zadacim pretvori u organ koji čini deo trajne institucionalne strukture jedne međunarodne organizacije neomeđene u vremenu, kakva je Savet Evrope. Sam Komitet ministara u Preambuli revidiranog Statuta Evropske komisije za demokratiju posredstvom prava¹¹ usvojenog 21. februara 2002. godine ističe da je interesovanje mnogih država koje nisu članice Saveta Evrope za rad Komisije i aktivno sudelovanje u njemu dalo presudan podsticaj kako zadržavanju Komisije u institucionalnoj strukturi Saveta tako i uviđanju da je promena Statuta Komisije neophodan uslov njenog prilagođavanja duboko i trajno izmenjenom političkom izgledu kontinenta. Najviši izvršni organ Saveta Evrope takođe naglašava da su nezavisni karakter Komisije i fleksibilni metodi rada bili ključni činiooci koji su joj obezbedili uspeh i da promene Statuta treba da osiguraju trajno očuvanje tih tekovina.

Karakter, misija i delokrug rada Komisije

Novi Statut neposrednije i eksplicitnije definiše karakter Komisije. Prema njegovom čl 1, Evropska komisija za demokratiju posredstvom prava je nezavisan konsultativni organ, koji saraduje sa državama – članicama Saveta Evrope, sa zainteresovanim državama koje nisu članice ove organizacije, kao i sa zainteresovanim međunarodnim organizacijama i telima. Specifičan delokrug njenog rada su garantije koje pruža pravo kada se nalazi u službi demokratije. Komisija teži ostvarenju sledećih ciljeva:

- jačanju razumevanja pravnih sistema država koje učestvuju u

¹¹ http://www.venice.coe.int/site/main/Statute_E.asp

radu Komisije (njihov krug se ne mora podudarati sa članstvom u Savetu Evrope), posebno u cilju približavanja tih pravnih sistema;

- unapređivanju vladavine prava i demokratije, kao i
- istraživanje problema koje postavlja funkcionisanje demokratskih ustanova, njihovo jačanje i razvoj.

Komisija daje prioritet obrađivanju sledećih pitanja:

- a) ustavnim, zakonodavnim i upravnim načelima i tehnikama koje doprinose delotvornosti demokratskih ustanova i njihovom jačanju, kao i ostvarivanju načela vladavine prava;
- b) osnovnim pravima i slobodama, naročito pravima i slobodama koje podrazumevaju učešće građana u političkom životu, kao i
- c) doprinosu lokalne i regionalne samouprave proširivanju demokratije.

Komisija podstiče osnivanje tela sličnih njoj u drugim oblastima sveta; ona može uspostavljati veze sa takvim telima i sudelovati u ostvarivanju zajedničkih programa u okviru svog delokruga rada radi širenja fundamentalnih vrednosti vladavine prava, ljudskih prava i demokratije.

Kao što se vidi, jasno se izdvajaju četiri različita nivoa delovanja u okviru najopštijeg cilja Komisije – uspostavljanja vladavine prava u službi demokratije. To su subnacionalni (lokalni i regionalni), nacionalni, evropski i globalni nivo angažovanja u borbi za demokratske vrednosti. Odredbe revidiranog statuta iz 2002. godine identifikuju opšti cilj i osnovno područje delovanja Venecijanske komisije na svakom od navedenih nivoa. Povezivanje vladavine prava i demokratije i njihovo međusobno uslovljavanje ne moraju biti tako apsolutno samorazumljivi kako to izgleda iz perspektive prve decenije XXI veka; dovoljno je pomenuti istorijski osvedočene primere demokratije bez vladavine prava (klasična Atina) i neuporedivo češće slučajeve vladavine nedemokratskog prava. Stoga su dva jednako važna pola misije Venecijanske komisije, demokratske vrednosti i pravna sredstva njihovog ostvarenja. Ona se opredelila za isključivo pravne metode delovanja, za pravnu tehniku oblikovanja i menjanja društvene stvarnosti. To nipošto ne znači da ne postoje i drugi, možda važniji vidovi borbe za demokratiju, niti da

se formalno iste, na pravu zasnovane procedure ne mogu upotrebiti za ostvarenje demokratiji tuđih ciljeva – vrednosti. Ipak, malo je opasno u sredini kakva je srpska, sa nedovoljnom opštom i pravnom kulturom i bez čvršćih tradicija u vladavini prava, insistirati na inače teorijski jasnoj distinkciji između demokratije i vladavine prava. Ovde i sada je – bar u prvoj aproksimaciji – borba za ostvarenje vladavine prava apsolutno neophodan, no ne i dovoljan element borbe za demokratiju.

Sastav

Komisiju i dalje čine nezavisni stručnjaci. Revidirani statut eksplicitno navodi dva opšta kriterija za njihov izbor:

- iskustvo u radu demokratskih ustanova, ili
- doprinos razvoju pravnih ili političkih nauka.¹²

Ove kriterije treba shvatiti alternativno, a ne kumulativno. To znači da jedan deo članova Komisije treba da ima solidno praktično iskustvo u funkcionisanju demokratskih ustanova, dok drugi deo čine ljudi najupućeniji u savremene pravne i političke teorije. Statut nigde ne određuje formalni odnos između dva pomenuta elementa, ali iz formulacije čl 2. implicitno proističe da oba moraju biti zastupljena u sastavu Komisije. U pogledu nezavisnosti članova Komisije tekst revidiranog statuta izričiti je od odredbi prvobitnog statuta: članovi Komisije učestvuju u njenom radu isključivo u ličnom svojstvu, te ne mogu primati niti prihvatati ma kakve instrukcije. Svaka država – potpisnica Proširenog sporazuma o Evropskoj komisiji za demokratiju putem prava imenuje jednog člana Komisije i jednog njegovog zamenika. Pri imenovanju dužna je da poštuje napred navedene kriterije, kao i da uzme u obzir druge poslove koji mogu sprečiti imenovano lice da se u potpunosti posveti radu u Komisiji.

Mandat člana Komisije traje četiri godine, a po njegovom isteku on može biti ponovo imenovan. Članstvo u Komisiji može mu prestati pre okončanja mandata samo u dva slučaja:

- a) ako sam podnese ostavku, ili
- b) ako Komisija proceni da više nije sposoban da vrši svoju funkciju.

¹² Čl 2 revidiranog Statuta Komisije za demokratiju putem prava iz 2002. godine

Zasedanjima Komisije mogu prisustvovati predstavnici drugih organa Saveta Evrope – Komiteta ministara, Parlamentarne skupštine i Kongresa evropskih lokalnih i regionalnih samouprava, kao i predstavnici uprave oblasti Veneto.

Članovi Komisije izvan Saveta Evrope

Komitet ministara može, odlučujući većinom glasova predviđenom u čl. 20 Statuta Saveta Evrope, pozvati državu koja nije članica Saveta Evrope da pristupi Proširenom sporazumu i imenuje člana Komisije. Članovi Komisije imenovani od strane država koje nisu članice Saveta Evrope ne mogu učestvovati u odlučivanju o pitanjima koja su postavili Statutom predviđeni organi Saveta Evrope.

Evropska zajednica (deo institucionalne strukture Evropske Unije, zamenjen Lisabonskim ugovorom novim uređenjem Unije – praktično sama Evropska Unija) ovlašćena je da učestvuje u radu Komisije. Ona može pristupiti Proširenom sporazumu pod uslovima dogovorenim sa Komitetom ministara Saveta Evrope. Komitet ministara takođe može, odlučujući većinom glasova predviđenom u čl. 20 Statuta Saveta Evrope, ovlastiti Komisiju da pozove druge međunarodne organizacije ili tela da sudeluju u njenom radu.

Komisija i države koje nisu pristupile Proširenom sporazumu

Svaka država koja je ranije učestvovala u radu Komisije u svojstvu pridruženog člana ili posmatrača i dalje zadržava taj status, sem ukoliko ne pristupi Proširenom sporazumu postajući sposobna da imenuje punopravnog člana Komisije. Posmatrači se pozivaju na zasedaja Komisije zavisno od tačaka dnevnog reda koje Komisija razmatra. Pravila koja regulišu položaj punopravnih članova Komisije primenjuju se i na pridružene članove i posmatrače. Svaka država koja nije pristupila Proširenom sporazumu može se koristiti uslugama Komisije podnošenjem odgovarajućeg zahteva Komitetu ministara.

Metodi rada i inicijativa za razmatranje određenog pitanja

Komisija i dalje može vršiti istraživanja po sopstvenoj inicijativi, ne prejudicirajući nadležnost organa Saveta Evrope. Ona može – kad

proceni da je to potrebno – izrađivati studije o pojedinim pitanjima iz svog delokruga rada, kao i nacрте uputstava, zakona ili međunarodnih ugovora. Statutom predviđeni organi Saveta Evrope mogu razmatrati i usvojiti svaki predlog koji im podnese Komisija. U okviru ovlašćenja kojima raspolaže, Komisija može izneti mišljenje o nekom pitanju iz svog delokruga rada na zahtev organa Saveta Evrope – Komiteta ministara, Parlamentarne skupštine, Kongresa lokalnih i regionalnih samouprava i generalnog sekretara; ona to može učiniti i na zahtev države, međunarodne organizacije ili tela koji učestvuju u njenom radu. Ako neka država zatraži da se Komisija izjasni o pitanju koje se odnosi na drugu državu, Komisija o tome obaveštava državu o kojoj treba da se izjasni i ceo predmet dostavlja Komitetu ministara, sem ukoliko te dve države ne deluju sporazumno.

Komisija i sudovi

Komisija saraduje sa ustavnim sudovima i drugim nacionalnim sudovima odgovarajuće nadležnosti. Ova saradnja ostvaruje se kako bilateralno tako i preko nacionalnih i međunarodnih udruženja takvih sudova. Radi njenog podsticanja, Komisija može osnovati Zajednički savet za ustavno pravo (*Joint Council on Constitutional Justice*), koji čine članovi Komisije i predstavnici sudova i udruženja sa kojima Komisija saraduje. Ona takođe može uspostavljati saradnju sa istraživačkim institutima, studijskim ili dokumentacionim centrima koji obrađuju teme iz njenog delokruga rada.

Biro Komisije

Odredbe o sastavu i funkcijama Biroa Komisija ostale su uglavnom neizmenjene u odnosu na prvobitni Statut. Jedina novina je odredba da se plenarna zasedanja Komisije održavaju, po pravilu, četiri puta godišnje. Radna tela Komisije (potkomisije iz teksta revidiranog Statuta iz 2002. godine) sastaju se kad god je to neophodno. Komisija Poslovníkom samostalno uređuje proceduru i utvrđuje metode svog rada; ona takođe određuje načine na koje će javnost biti obaveštavana o njenom radu. Radni jezici Komisije ostaju engleski i francuski.

Spoljnji saradnici

Komisiji mogu pomagati konsultanti – spoljnji saradnici kad god ona proceni da je takva pomoć neophodna. Komisija takođe može u svakom pojedinačnom slučaju saslušati ma koje kvalifikovano lice ili nevladinu organizaciju aktivnu u oblasti koja se nalazi u njenom delokrugu rada; takva lica ili organizacije mogu biti pozvani da učestvuju u njenom radu.

Finansiranje

Način finansiranja rada Komisije ostao je u osnovi isti, ali odredbe revidiranog Statuta iz 2002. godine sadrže izvesne dopune i preciziranja. Troškovi vezani za sprovođenje programa aktivnosti Komisije, kao i troškovi rada zajedničkog sekretarijata pokrivaju se sredstvima budžeta Proširenog sporazuma; taj budžet, pak, finansiraju države – potpisnice Proširenog sporazuma. Na ovaj budžet shodno se primenjuju finansijska pravila koja utvrdi Savet Evrope, uz sledeća ograničenja:

- a) finansijski doprinos države – potpisnice Proširenog sporazuma koja nije članica Saveta Evrope budžetu Proširenog sporazuma iznosi jednu trećinu doprinosa koji bi ta država platila da se na nju primenjuju pravila Saveta Evrope; taj doprinos, međutim, ne može biti veći od trećine iznosa koji plaćaju države – članice Saveta Evrope sa najvećim finansijskim obavezama;
- b) tek pošto konsultuje države – potpisnice Proširenog sporazuma koje nisu članice Saveta evrope, Komisija podnosi predlog svog godišnjeg budžeta Komitetu ministara Saveta Evrope na usvajanje.

Pored sredstava predviđenih njenim budžetom, Komisija i dalje može primati dobrovoljne priloge, koji se uplaćuju na poseban račun, u skladu sa čl. 4, 2 Finansijskog pravilnika Saveta Evrope. Van ovog računa mogu se primati dobrovoljni prilozi namenjeni finansiranju unapred određenog istraživanja. Ostaju na snazi i odredbe prvobitnog Statuta o učešću Italije i Oblasti Veneto u finansiranju rada Komisije. Putne troškove i dnevnice za člana Komisije i dalje plaća država koja ga je imenovala. Međutim, ako Komisija poveri svom članu određeni zadatak koji podrazumeva put i boravak van Venecije, troškovi koji iz toga proizidu pokrivaju se iz budžeta Komisije.

Veza sa Savetom Evrope i prelazne odredbe

Zadržana su rešenja iz prvobitnog Statuta koja se odnose na tehničku podršku Generalnog sekretarijata Saveta Evrope Venecijanskoj komisiji, njeno stalno sedište, položaj lokalnog osoblja koje obavlja poslove za Komisiju, kao i na postupak promene Statuta Komisije.

Države koje učestvuju u radu Komisije

Do kraja 2009. godine ukupno 55 država pristupilo je Proširenom sporazumu Evropske komisije za demokratiju putem prava.¹³ Njihova imena data su po abecednom redu njihovih engleskih naziva.

Albanija; Alžir ; Andora ; Jermenija; Australija; Austrija, Belgija; Bosna i Hercegovina; Brazil; Bugarska; Čile; Hrvatska; Kipar; Češka; Danska; Estonija; Finska; Francuska; Gruzija; Nemačka; Grčka; Mađarska; Izrael; Island; Irska; Italija; Južna Koreja; Kirgizija; Letonija; Lihtenštajn; Litvanija; Luksemburg; Malta; Moldavija; Monako; Crna Gora; Maroko; Holandija; Norveška; Peru; Poljska; Portugalija; Rumunija; Rusija; San Marino; Srbija; Slovačka; Slovenija; Španija; Švedska; Švajcarska; Makedonija; Turska; Ukrajina; Velika Britanija

Belorusija ima status države pridružene Proširenom sporazumu.

Države - posmatrači su:

Argentina, Kanada, Vatikan, Japan, Kazahstan, Meksiko, SAD, Urugvaj.

Poseban saradnički status ima Južna Afrika. Poseban položaj uživaju i dva osobena politička entiteta – Evropska Unija i Palestinska Nacionalna Uprava.

Nije lako utvrditi kriterije na osnovu kojih su države dobijale određeni status unutar Venecijanske komisije. Geografija očigledno nije imala presudnu reč; pored država koje pripadaju evropskom političkom i kulturnom krugu, ma koliko istočne i južne granice tog kruga bile relativizovane ambivalentnim odnosom prema bivšem sovjetskom prostoru, Turskoj, širem području Bliskog Istoka i Magrebu, punopravno

¹³ http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Members_ef.asp?L=E&MenuL=E

članstvo u Komisiji imaju pojedine (nipošto sve, niti sve demokratske) države Latinske Amerike, uprkos neospornom kulturnom jedinstvu tog kontinenta. Na Dalekom Istoku Južna Koreja je punopravni član, a njen prvi sused i nesumnjivo demokratska država – Japan – ima status posmatrača. Upadljivo je potpuno odsustvo Indije, koja je – uz sve manjkavosti njenog pravnog sistema – ipak najveća demokratija na svetu. Od bivših sovjetskih republika, mnoge su punopravni članovi, samo Belorusija ima status pridruženog člana, dok neke uopšte nisu uključene u rad Komisije. Podsaharska Afrika potpuno je zaobiđena, izuzme li se specijalni status Južne Afrike – svojevrsno priznanje za miroljubiv prelazak iz režima aparthejda u demokratiju. Ni stabilne demokratije pacifičkog prostora – Australija i Novi Zeland – ne učestvuju u radu Komisije ni u kakvom vidu, iako se ne može tvrditi da ne dele demokratske vrednosti kojima se nadahnjuje rad Komisije. Trenutne geografske i političke odlike država koje pod različitim modalitetima sudeluju u radu Venecijanske komisije odražavaju jedan dugoročno neodrživ provizorij – činjenicu da je Komisija već prestala biti evropskom, a još nije postala globalnom institucijom.

Srbija i Venecijanska komisija

Savet Evrope bio je prva evropska organizacija koja je posle demokratske polurevolucije 2000. godine primila u svoje članstvo tadašnju Saveznu Republiku Jugoslaviju. Pošto se pokazalo da su unutrašnje političke promene i zaokret u spoljnjoj politici manje – više nepovratni, stekli su se ne samo proceduralni no i bitni politički uslovi da Srbija, ma u kojem se pravno-političkom obliku pojavila, uzme učešće u radu Komisija, ali i da Komisija počne da se bave onim delovima pravnog sistema Srbije koji neposredno ulaze u njen delokrug rada. S izvesnim preterivanjem, može se čak tvrditi da su najvažnije etape još uvek nedovršene reforme pravnog sistema Srbije redovno bivale propraćane mišljenjem Venecijanske komisije; to se odnosi ne samo na unutrašnju reorganizaciju države i pravnog sistema već i na pitanja koja su sticajem istorijskih okolnosti i nespretnošću domaćih političkih aktera izmeštena izvan sfere suvereniteta i postala potpuno internacionalizovana, poput kosovskog pitanja i problema budućnosti odnosa sa Crnom Gorom. Više radi ilustracije upravo izrečene tvrdnje no radi njenog formalnog

dokazivanja navodim hronološki pregled mišljenja koja je Komisija iznosila u minuloj deceniji povodom različitih vidova pravne reforme u Saveznoj Republici Jugoslaviji, Državnoj zajednici Srbije i Crne Gore i Republici Srbiji kao samostalnoj državi.¹⁴

- 105/1999 – Grupa mišljenja o ulozi i položaju ombudsmana na Kosovu
- 175/2001 – Ustavna situacija u SRJ
- 189/2002 – Buduća situacija u Jugoslaviji.
- 234/2003 – Nacrt Povelje o ljudskim i manjinskim pravima Srbije i Crne Gore
- 280/2004 – Ljudska prava na Kosovu
- 318/2004 - Nacrt Zakona o ombudsmanu Srbije
- 334/2005 – Nacrt Zakona o verskim organizacijama u Srbiji
- 347/2005 – Izorno zakonodavstvo u Srniji
- 349/2005 – Pravosuđe u Nacrtu Ustava Srbije
- 379/2006 – Zakon o verskim organizacijama Srbije
- 405/2006 – Novi Ustav Srbije
- 434/2007 – Nacrt Zakona o narodnom pravozastupniku na Kosovu
- 445/2007 – Zakon o Ustavnom sudu Srbije
- 453/2007 – Nacrt Zakona o zabrani diskriminacije u Srbiji
- 464/2008 – Nacrt Zakona o Visokom savetu pravosuđa Srbije
- 528/2009 – Kriteriji za izbor sudija i tužilaca u Srbiji
- 551/2009 – Izborni zakoni Srbije.

Prvo mišljenje o nekoj temi koja se odnosi na Srbiju Komisija je iznela još pre petooktobarskih promena, ali se ono odnosilo na teritoriju izvan faktičkog suvereniteta Srbije. U protekloj deceniji situacija na Kosovu duboko je, ponekad i presudno, uticala na politički život Srbije; međutim, budući da državna vlast Srbije u celom ovom razdoblju nije imala nikakve ingerencije na Kosovu, taj uticaj se ispoljavao kao vrhunski primer međuzavisnosti događaja n „regionu“, nipošto kao dokaz neprekinute veze Kosova sa Srbijom. Uostalom, sličan uticaj na političku javnost u Srbiji imala su zbivanja u Bosni i Hercegovini, pa ipak niko nije na osnovu tog uticaja osporavao nezavisnost zapadnog suseda Srbije. Druga specifičnost Srbije ticala se njenih odnosa sa Crnom Gorom. Sve dok je postojala Državna zajednica bilo je formalno nemoguće tretirati srpsko (i crnogorsko) zakonodavstvo kao dva nezavisna, potpuno izgrađena pravna

¹⁴ [HTTP://WWW.VENICE.COE.INT/SITE/DYNAMICS/N_OPINION_EF.ASP?L=E&CID=53](http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_OPINION_EF.ASP?L=E&CID=53)

sistema, ali se još manje moglo govoriti o iole konzistentnom pravnom sistemu Državne zajednice. Otuda ne čudi što je do jačeg angažovanja Komisije na pitanjima reforme pravnog sistema Srbije došlo tek sa nestankom sputavajuće institucionalne veze sa Crnom Gorom, kada su Venecijanska komisija, Savet Evrope i druge međunarodne organizacije najzad mogli tretirati bivše konstituente Zajednice kao normalne države i pravne poretke.

Razmotriću po jedan primer iz svake od ove tri grupe mišljenja Venecijanske komisije. Neće biti reči o toliko o stavovima Komisije o pitanjima koja su joj postavljena – oni su samo uzgred pomenuti da bi se čitalac podsetio na konkretan slučaj i njegov odjek u srpskoj javnosti – koliko o metodologiji njenog rada, odnosno o načinu na koji je Komisija došla do pomenutih stavova.

280/2004 – Ljudska prava na Kosovu

Pismom od 13. maja 2004. Eduard Lintner, predsednik Komiteta za pravne poslove i ljudska prava Parlamentarne skupštine Saveta Evrope, zatražio je da Komisija pripremi savetodavno mišljenje o situaciji vezanoj za ostvarivanje ljudskih prava na Kosovu.¹⁵ Ovaj organ Saveta Evrope bio je posebno zainteresovan za odgovore na tri pitanja:

- a) koja je država ili međunarodna organizacija odgovorna za zaštitu ljudskih prava na Kosovu, posebno imajući u vidu da je Državna zajednica Srbije i Crne Gore ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima bez teritorijalnog ograničenja njenog važenja?
- b) Može li Savet Evrope zaključiti neku vrstu sporazuma sa međunarodnom upravom na Kosovu kojim bi ta uprava i Privremene institucije kosovske samouprave prihvatile naadležnost Evropskog suda za ljudska prava bez posredovanja Državne zajednice Srbije i Crne Gore, da li bi takav sporazum predstavljao presedan u praksi Saveta Evrope i da li je neophodno da takav sporazum bude tripartitan, odnosno da strana u sporazumu bude i Državna zajednica?
- c) Da li je bolje, umesto zaključenja ovog sporazuma, osnovati neku vrstu kancelarije za ljudska prava, sličnu onoj koja već funkcioniše u Bosni i Hercegovini i kako bi se takav organ mogao formirati?

Venecijanska komisija je po prijemu pisma obrazovala petočlanu

¹⁵ [HTTP://WWW.VENICE.COE.INT/DOCS/2004/CDL-AD\(2004\)033-E.ASP](http://www.venice.coe.int/docs/2004/cdl-ad(2004)033-e.asp)

radnu grupu, koja je trebalo da razmotri zahtev rečenog komiteta Parlamentarne skupštine Saveta Evrope i da načini preliminarni izveštaj. Radnu grupu su činili članovi Komisije Van Dijk, Helgesen, Malinverni, Nolte i Scholsem. Van Dijk, Helgesen i Malinverni održali su 28. maja 2004. u Strazburu preliminarnu razmenu mišljenja, dok je Nolte priložio svoj pismeni preliminarni komentar. Potkomisija za međunarodno pravo Venecijanske komisije preliminirano je razmatrala postavljena pitanja 17. juna 2004. Članovi radne grupe Helgesen, Nolte i Scholsem posetili su Kosovo od 1. do 3. septembra 2004. Oni su tom prilikom razgovarali s predsednikom Vrhovnog suda Kosova, zamenikom Specijalnog predstavnika Generalnog sekretara UN na Kosovu zaduženim za policiju i pravosuđe, pravnim savetnikom UNMIK-a, direktorom Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju za ljudska prava i vladavinu prava, Glavnim pravnim savetnikom KFOR-a, kao i sa predstavnicima UNMIK-ovog Odeljenja za pravosuđe, Kancelarije za povratak i lokalne zajednice, Visokog opunomoćenika UN za izbeglice, Kancelarije Visokog opunomoćenika UN za ljudska prava i UNICEF-a. Nakon ove posete radna grupa sastala se 20 septembra u Parizu i izradila Nacrt mišljenja. Ovo mišljenje razmatrano je na Potkomisiji za međunarodno pravo 7. oktobra, a Komisija za demokratiju putem prava usvojila ga je na svom VI plenarnom zasedanju održanom u Veneciji 8. i 9. oktobra 2004. godine. Zadržao sam se na ovim pojedinostima zato što one ilustruju način rada Komisije prilikom rešavanja najsloženijih pitanja; od pokretanja inicijative do usvajanja konačnog mišljenja Komisije prošlo je više od pola godine – period ispunjen konsultacijama većeg broja međunarodnih zvaničnika i stručnjaka.

Mišljenje Venecijanske komisije o zaštiti ljudskih prava na Kosovu svojevremeno je dobilo značajan publicitet u javnosti Srbije. Na žalost, taj publicitet nije dat svim delovima dokumenta; iznošeni su samo ili pretežno oni delovi dokumenta u kojima se daje nepovoljna procena trenutne situacije na Kosovu u pogledu stanja ljudskih prava. Podvlačena je odgovornost kako većinske albanske zajednice tako i ukupne međunarodne uprave na Kosovu za nepovoljno stanje, dok su potisnuti oni delovi dokumenta koji ističu odgovornost srpskih/jugoslovenskih vlasti iz perioda pre 1999. godine, kao i nedovoljnu saradnju, pa i aktivan bojkot srpske zajednice u procesu ostvarivanja ljudskih prava i vladavine prava na Kosovu. Tako neuravnotežen, selektivan pristup mišljenju Venecijanske komisije

doprineo je jačanju iluzija da je moguće „pokajanje“ najvažnijih činilaca međunarodne zajednice i radikalna promena njihovog ukupnog stava prema kosovskom pitanju. Izbegavanje takvih neuravnoteženosti zahteva temeljnu analizu čitavog dokumenta, što višestruko nadmašuje obim ovog članka i remeti njegovu strukturu. Za prvi uvid u metodologiju rada Komisije dovoljno je istaći da se u njenom mišljenju jasno izdvajaju tri posebne, mada međusobno povezane celine:

- pregled pravne situacije – navođenje međunarodnopravnih i domaćih (kosovskih) izvora relevantnih za Kosovo pod međunarodnom upravom na kojima se može zasnivati zaštita ljudskih prava na teritoriji južne srpske pokrajine;
- pregled faktičke situacije – spisak najvažnijih problema u ostvarivanju ljudskih prava na Kosovu (deo koji je privukao pretežnu, ako ne i isključivu pažnju javnosti u Srbiji);
- predlozi za poboljšanje postojećih i uvođenje novih pravnih mehanizama kojima bi se obezbedila delotvornija zaštita ljudskih prava na Kosovu.

Zaustavljam se na ovim tvrdnjama, svakako uopštenim i krajnje nedovoljnim za bilo kakvo celovitije razmatranje stava Venecijanske komisije prema zaštiti i unapređenju ljudskih prava na Kosovu..

*234/2003 – Nacrt Povelje o ljudskim i manjinskim pravima
Srbije i Crne Gore*

Već je rečeno da Venecijanska komisija može – samoinicijativno ili na predlog zainteresovanih strana – davati svoje mišljenje o zakonima i/ili međunarodnim ugovorima, odnosno njihovim nacrtima. Primer takve delatnosti Komisije predstavlja njeno mišljenje o nacrtu Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Srbije i Crne Gore. U ovom slučaju inicijativa je potekla iz Državne zajednice: 6. februara 2003. Komisija za sastavljanje nacrta Ustavne povelje Srbije i Crne Gore uputila je zahtev Venecijanskoj komisiji da da svoje mišljenje o nacrtu Povelje koji je izradila domaća komisija.¹⁶ U ime Venecijanske komisije mišljenje je 2. aprila 2003. godine dao njen izvestilac – norveški član Jan E. Helgesen. On se pohvalno izrazio o sadržini prava garantovanih Ustavnom poveljom, ali je izrazio rezerve u pogledu neposredne

¹⁶ [http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL\(2003\)010fin-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2003/CDL(2003)010fin-e.asp)

primenljivosti odredaba Povelje s obzirom na labavu institucionalnu strukturu Državne zajednice. Kako ovaj oblik zajedničkog života Srbije i Crne Gore nije izdržao probu vremena, stav Venecijanske komisije o nacrtu Ustavne povelje može imati samo istorijsku relevantnost.

405/2006 – Mišljenje Venecijanske komisije o novom Ustavu Srbije

Sasvim drugačiju pravnu i političku relevantnost ima mišljenje Venecijanske komisije o Ustavu Srbije iz 2006. godine. Budući da je ovaj Ustav još uvek na snazi, stavovi Venecijanske komisije o njemu imaju ne samo istorijski no i aktuelni značaj.

Za razliku od Ustavne povelje, Komisija je iznela sud o Ustavu tek nakon što je Narodna skupština usvojila njegov tekst i pošto je Ustav potvrđen na referendumu 28. i 29. oktobra 2006. godine. Državni organi osamostaljene Srbije nisu našli za shodno da konsultuju Venecijansku komisiju o nacrtu ustavnog teksta, propuštajući priliku da se koriste njenom stručnošću u izradi što kvalitetnijeg ustavnog teksta. To ne čudi ima li se u vidu da su njegovi tvorci izbegli ozbiljniju javnu raspravu u domaćoj stručnoj i široj javnosti. Venecijanska komisija ipak je dobila priliku da izrekne sud o novom delu srpskih ustavotvoraca zahvaljujući inicijativi Komiteta za monitoring Parlamentarne skupštine Saveta Evrope. Ovaj Komitet je 16. oktobra, pošto je Narodna skupština Republike Srbije utvrdila ustavni tekst a pre njegove potvrde na referendumu, odlučio da zatraži mišljenje Venecijanske komisije o novom Ustavu Republike Srbije.¹⁷ Komisija je za članove – izvestioce po ovom pitanju imenovala g-dina Grabenwartera iz Austrije, g-dina Jowella iz Velike Britanije, g-đu Suchocku iz Poljske, g-dina Tuorija iz Finske i g-dina Velaersa iz Belgije. Pošto su izvestioci pripremili nacrt mišljenja, Komisija ga je usvojila na svojoj LXX plenarnoj sednici održanoj 17. – 18. marta 2007. godine u Veneciji. Podsećajući da naponi za donošenje novog Ustava Srbije traju od demokratskih promena iz 2000. godine i da je i sama dala mišljenje o delu jednog od ranijih ustavnih nacrtu posvećen pravosuđu, koji je bila usvojila Vlada Republike Srbije, Komisija konstatuje da javne rasprave o *usvojenom* ustavnom tekstu zapravo nije ni bilo. Ona doslovce kaže:

Međutim, konačno usvojeni tekst je pripremljen veoma brzo. Mala

¹⁷ [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-srb.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-srb.asp)

grupa partijskih vođa i eksperata je pregovarala u periodu od oko dve nedelje u cilju utvrđivanja kompromisnog teksta, prihvatljivog za sve političke stranke uključujući i Srpsku radikalnu stranku. Ovaj kompromisni tekst je finalizovan u petak, 29. septembra i izglasan na posebnoj sednici u subotu 30. septembra. Poslovnik o radu Narodne skupštine je izmenjen 29. septembra da bi se omogućio ovakav postupak. Svih 242 prisutnih članova Narodne skupštine je 20. septembra glasalo za usvajanje novog Ustava.

Pre nego što pristupi detaljnoj analizi sadržaja ustavnog teksta, Komisija daje njegovu najopštiju ocenu. Ona konstatuje da „mnogi aspekti ovog Ustava ispunjavaju evropske standarde i usvajaju kritike iznete u Mišljenju Venecijanske komisije iz 2005.godine”, ali i da „postoje neke odredbe koje su još uvek dosta ispod ovih standarda kao i druge koje su nejasne ili kontradiktorne, očigledno kao rezultat nepažljive izrade”.

Činjenica da se u Preambuli Ustava izričito navodi da je Pokrajina Kosovo i Metohija integralni deo teritorije Srbije koji uživa suštinsku autonomiju privukla je pažnju Komisije, mada je ona izričito odbila da se izjašnjava o procesu utvrđivanja konačnog statusa Kosova. Komisija je ipak napomenula da odluku o promeni statusa određenog Rezolucijom Saveta bezbednosti 1244(1999) može doneti samo taj organ UN i da će Srbija kao članica Ujedinjenih nacija morati poštovati takvu njegovu odluku, ma kakvog sadržaja ona bila. Komisija, međutim naglašava da postoji protivrečnost između deklarativne odredbe o suštinskoj autonomiji Kosova i niza konkretnih rešenja u Sedmom delu Ustava, kojima se sadržina autonomije stavlja u gotovo bezuslovnu zavisnost od volje zakonodavne vlasti. Takođe se ukazuje na dvosmislenost određenja pokrajinske autonomije u Petom delu – Načelima ustava. U čl. 12 se, naime, u prvom stavu utvrđuje da je državna vlast ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu, ali se odmah zatim predviđa da to građansko pravo podleže nadzoru ne samo ustavnosti no i zakonitosti. Zakonodavna vlast time delotvorno izbegava sopstveno ograničenje, vršeći nadzor nad onima koji treba da je ograničavaju.

528/2009 – Kriteriji za izbor sudija i tužilaca u Srbiji

Jedna od poslednjih ocena Venecijanske komisije koja se odnosi na pravnu reformu u Srbiji odnosi se na kriterije i merila za izbor sudija i

javnih tužilaca u okviru tekuće reorganizacije pravosuđa¹⁸. Predmet o kojem se izjasnila Komisija nije regulisan ni Ustavom ni zakonom, već podzakonskim aktom; međutim, imajući u vidu značaj ovog pitanja za ostvarivanje ustavnog načela nezavisnosti sudstva i vladavine prava, razumljivo je što je Komisija odlučila da prihvati razmatranje ovog pitanja. Zanimljivo je da je inicijativu za razmatranje merila i kriterija pokrenuo domaći državni organ – donosilac akta. Naime, g-đa Snežana Malović, ministar pravde u Vladi Republike Srbije, u pismu upućenom 18. marta 2009. godine zatražila je da Komisija iznese mišljenje o sledećim aktima koje je donelo Ministarstvo pravde:

- 1) o nacrtu Kriterija i merila za izbor sudija i predsednika sudova, kao i o
- 2) nacrtu Poslovnika o kriterijima i merilima za vrednovanje stručne spreme, kompetentnosti i dostojnosti kandidata za postavljenje na položaj javnih tužilaca.

Venecijanskoj komisiji se u razmatranju ovih akata pridružilo Odeljenje za pravosuđe i pravnu reformu Direktorata za saradnju Saveta Evrope. Zajednički izvestioci ova dva tela Saveta Evrope bili su: Pierre Cornu iz Švajcarske, James Hamilton iz Irske, Jean-Jacques Heintz iz Francuske i Guido Neppi Modona iz Italije. Komisija je usvojila mišljenje o pomenutim aktima na svojoj LXXIX plenarnoj sednici održanoj u Veneciji 12. – 13. juna 2009. godine; sednici je prisustvovala i Snežana Malović, ministar pravde Srbije i podnosilac inicijative za razmatranje pomenutih akata.

Komisija je najpre skrenula pažnju na svoje već iznete stavove o nacrtu Zakona o Visokom savetu pravosuđa (CDL-AD(2008)006), kao i o nizu nacrtu zakona o sudijama i organizaciji sudova (CDL-AD(2008)007), usvojene na LXXIV plenarnoj sednici 14. – 15. marta 2008. godine, u kojima je izražena zabrinutost zbog činjenice da Ustav Srbije u nedovoljnoj meri obezbeđuje nezavisnost sudstva. U ovim dokumentima Komisija konstatuje da postoji opasnost od politizacije izbora kako članova Visokog saveta pravosuđa tako i samih sudija zato što u oba slučaja izbor vrši parlament – jedna prevashodno politička ustanova. Tada je ocenjeno da su nacrti pomenutih zakona, uopšte uzev, u skladu sa evropskim standardima, ali da izvestan broj njihovih odredbi slabi nezavisnost sudstva.

Izvestioci Komisije Pierre Cornu, James Hamilton, Jean-Jacques

¹⁸ [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD\(2009\)023-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD(2009)023-e.asp)

Heintz i Guido Neppi Modona, kao i članovi Sekretarijata Komisije Tanja Gerwien i Ana Rusu u okviru pripreme izveštaja razgovarali su u Beogradu 21. februara 2008. godine o nacrtima pravosudnih zakona s predstavnicima Ministarstva pravde, Radne grupe za izradu pomenutih nacrti i Udruženja sudija Srbije. U ovim razgovorima izvestioci Komisije izrazili su zabrinutost da bi predloženi postupak reizbora svih sudija koji sada obavljaju sudijsku funkciju mogao stvoriti mogućnost da pojedine sudije budu uklonjeni s položaja bez prethodno utvrđenog ogrešenja o sudijsku funkciju. Predstavnici Radne grupe objasnili su da se predloženim reizborom nastoji rešiti problem korupcije među sudijama postavljenim za vreme Miloševićevog režima. Izvestioci Komisije su i nakon ovog objašnjenja ostali pri stavu da predložena rešenja predstavljaju nesrazmeran odgovor na slučajeve korupcije i da sudije koje sada vrše sudijski poziv ne bi trebalo smenjivati s položaja, sem ukoliko se ne može dokazati da su se sudije koje se uklanjaju iz pravosuđa ogrešile o svoj poziv ili da su nesposobne za njego obavljanje.

Nacrt Zakona o sudijama koji je tada razmatran nije pružao garantije sudijama koji sada vrše sudijsku funkciju da će biti ponovo imenovani ako im se ne dokaže ogrešenje o poziv ili nesposobnost. On je takođe predviđao da Visoki savet pravosuđa imenuje po dva kandidata za svako sudijsko mesto, dok sudije bira parlament – rešenje koje zadržava visok stepen parlamentarne (političke) kontrole nad izborom sudija. Zakon o sudijama usvojen 22. decembra 2008. godine predviđa da nakon njegovog stupanja na snagu parlament jednokratno bira sudije iz redova kandidata koje predloži Visoki savet pravosuđa (čl. 51); Savet može predložiti jednog ili više kandidata za svaki sudijski položaj (čl. 50). Buduća postavljenja sudija vrši Visoki savet pravosuđa (čl. 52). Zakon se u čl. 45, st. 6 izričito poziva na Kriterije i merila za izbor sudija i predsednika sudova kao na podzakonski akt koji bliže reguliše izbor sudija.

Nije mi namera da ulazim u pojedinosti analize Kriterija i merila za izbor sudija i predsednika sudova, kao što nisam iscrpno analizirao ni ranije pomenuta mišljenja Venecijanske komisije o različitim aspektima izgradnje pravnog sistema Srbije. Ovaj rad treba da na nekim pojedinačnim primerima ukaže na najznačajnije odlike metodologije rada Komisije, koje se nisu mogle u potpunosti sagledati analiziranjem statutarnih odredbi.

Predrag Vukasović, MA
Institute of Comparative Law,
Belgrade

THE VENICE COMMISSION AND ITS DEALING WITH SERBIA

This contribution is on the Venice Commission, its mission, functions, composition, funding and procedure. In the latter part of text the rather abstract provisions of its Statute are illustrated by the elementary data on its proceedings in some cases involving Serbia. The Venice Commission, officially dubbed European Commission for Democracy through Law, is an advisory body to Council of Europe, although from its founding in 1990 it have been able to include states – non members also. Its original task was to help the democratic transition in the ex-Communist countries of Central and Eastern Europe providing them with legal expertise and advisory help useful for development of a democratic nation's legal and political institutions. Accordingly, its fouders were conceiving it as a temporary, ad hoc body with limited term of its office. But it soon became clear that development of demovratic institutions was a continious process having no definite time framework: moreover, it was evidenced that this process is by no means limited spatially also on the „new democracies“ in the East, but it concerns the states with much longer traditions in working democratic bodies and more firmly established rule of law. After only two years, the Venice Commission had became a permament body of CE. All founding states were members of CE, but they included three distinct groups regarding the working of their democratic institutions: a) states with firmly rooted, developed, routinely workable and stabilised democratic institutions (France, Sweden); b) states that made a successful transition from an authoritarian into a democratic order in relatively recent past (Spain, Portugal, Greece) and c) states yet faced with lack of efficient democratic institutions and/or troubled internal condition (Turkey, Cyprus). States from all these groups have had a lot of its own highly specific experiences in framing and working democratic institutions and legal guarantees for them to offer to and share with the nascent East European democracies. Occasions in which the Venice Commission had dealt with questions relating Serbia may be grouped into three separated wholes: a) protection of the human rights in Kosovo; b) legal guarantees of State Union Serbia and Montenegro to protection of human and minority rights, and c) reforming the legal system of Serbia as an independent state.

Keywords: Council of Europe, democratic transition, rule of law

Violeta Beširević, LL.D

UDK: 342.4
342.56

UNION Faculty of Law,
Belgrade

Originalni naučni rad

IS REDUCING POVERTY A TASK OF CONSTITUTIONAL COURTS?¹

There are wide-ranging discussions about the meaning and causes of poverty as well as about strategies to reduce it. Who should and who can make real difference? Is the best hope of those living on less than \$1.25 a day - the global international initiatives such as the UN Millennium Development Goals, donor states, the religious charity organizations, the extremely well-off like George Soros or the rich celebrities like Angelina Jolie? In this article, I argue that constitutional courts can represent another front to address constructively the needs of the poor through judicial enforcement of social and economic rights. These rights, also called welfare rights, are regaining currency because they underline the perspectives of the needy rather than genuine intentions of the donors or fashionable trends. Although the constitutional courts cannot direct redistribution of global wealth, they may however provide a meaningful social change by digging the poor out of poverty with a help of rights talk necessary for their inclusion into societies. If we recall here how the courts included African Americans in the American society, we may find this strategy to be more attractive than it looks at first sight.

Key words: *poverty, social and economic rights, constitution, constitutional courts.*

¹ This paper was presented at the international conference on Universal Application of the Universal Declaration of Human Rights: Towards Poverty Eradication, New York, Institute for International Education & Helsinki Espana, November 24-25, 2009.

As we celebrate the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, the world faces an economic crisis reminiscent of the Great Depression from the 1930s. Some call the current crisis “the end of the end of history”, alluding to the end of the free market which should have led us to an end of history.²

Even yet in 2006, Milton Friedman, a Nobel Prize Laureate in Economics, argued that the road to success for underdeveloped countries were freer markets and globalization. Capitalism, he believed, gained access to the whole planet, bringing prosperity to the poor and progress towards democracy and rule of law.³ However, today, only three years later, it looks like that another ideology, through which the states developed in modern times, capitalism, in its latest form of neoliberalism, is falling apart, just as it had happened with communism, which collapsed exactly 20 years earlier. In any case, what we are witnessing now is that the notion of an End of History has been fatally undermined by the current financial crash.

The byproducts of the first economic crises in the 21st century are unemployment, loss of housing, loss of or cuts in spending for healthcare, social security benefits and education, as well as “crisis taxation”. The current financial meltdown will not only bring more poverty to the world but will also affect funds available for the global strategies to reduce poverty.

Under such circumstances, the issues that matter are who can make a real difference and how to achieve it. Who should take care about the needy? State, international governmental and non-governmental bodies, private national or transnational corporations, a church, NGOs, private donors or celebrities? Although some poor people have certainly benefited from some of them, I do not think that international initiatives

2 In 1992, Fukuyama argued that liberal democracy and free market capitalism, being the most satisfying and efficient form of government and method for organizing the economy, represent the final stage of human government. See Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, (New York: Free Press, 1992). For a recent critique, see e.g. IUC Global Legal Standards Research Group (2009), *IUC Independent Policy Report: At the End of the End of History - Global Legal Standards: Part of the Solution or Part of the Problem?*, available at: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss3/art1/> (last visited on August 13, 2009).

3 See the interview with *Milton Friedman, Free Markets and the End of History, made in spring 2006*, available at http://www.digitalnpq.org/archive/2006_winter/friedman.html (last visited on August 13, 2009).

and donor states, along with Bono and Vlade Divac can bring a significant change. Poverty is not only a matter of morality or utility, but primarily it is the issue of justice.⁴

In this article, I favor a human rights approach because it underlines the perspectives of the needy, who are positioned as active “rights-bearers” rather than passive “unfortunates” representing a distinct class inevitably built into the basic structure of our societies. Within the human rights strategy aimed at reducing poverty, social and economic rights are regaining currency because they speak about economic security, they are usually claimed by the needy and because they are fundamentally affected by the globalization and free markets ideology. On this occasion, I will revisit the issue of judicial enforcement, typically used for delegitimization of welfare rights. My aim is to shed light on the role of constitutional courts and to explore whether judicial enforcement of social and economic rights can bring a meaningful social change and make a real difference in reducing poverty.

I will start my discussion by sketching the rhetoric of poverty and by pointing at some stats and facts.

Poverty Stats and Facts

The poor as a distinct class, is inevitably built into society due to different political, historical, social, cultural and other reasons. “Poor people differ from us: most of them are morally weak and undeserving. In any event, we are helpless to solve the complex and daunting problem of poverty. This is the rhetoric of poverty”.⁵

Now, consider the way in which global wealth is currently distributed. The richest 2% of adults in the world own more than half of global household wealth, the richest 1% of adults alone owned 40% of global assets in the year 2000, and the richest 10% of adults accounted for 85% of the world total. In contrast, the bottom half of the world adult

4 Poverty as a matter of injustice was discussed by eighteenth-century philosophers Thomas Paine and Jean-Jacques Rousseau. The idea that the poor have rights amounting to the “means of existence”, appears in the French Declaration of the Rights of Man and the Citizens and in the French Constitution of 1791.

5 Thomas Ross, *The Rhetoric of Poverty: Their Immorality, Our Helplessness*, (1991) 79 Georgetown Law Journal 1499.

population owned barely 1% of global wealth.⁶

There is more to add to this gloomy picture. New poverty estimates released in August 2008 show that about 1.4 billion people in the developing world (one in four) were living on less than \$1.25 a day in 2005.⁷ Almost half the world — over three billion people — live on less than \$2.50 a day. At least 80% of humanity lives on less than \$10 a day. The poorest 40% of the world's population account for 5% of global income. The richest 20% account for three-quarters of world income.⁸

If one approaches poverty from a capabilities perspective⁹, such as literacy or access to healthcare, clean drinking water and electricity, then the picture is the following: nearly a billion people entered the 21st century unable to read a book or sign their names. An estimated 40 million people are living with HIV/AIDS, with 3 million deaths in 2004. Every year there are 350–500 million cases of malaria, with 1 million fatalities: Africa accounts for 90 percent of malarial deaths and African children account for over 80 percent of malaria victims worldwide. Some 1.1 billion people in developing countries have inadequate access to water, and 2.6 billion lack basic sanitation. In sub-Saharan Africa, over 80 percent of the population depends on traditional biomass for cooking, as do over half of the populations of India and China.¹⁰

Since poverty is a region-specific matter, it can also be conceptualized as relative deprivation: for example, a two-parent American household with two children living on less than \$19,806 per year, which is the official poverty line in the US in 2007.¹¹ Unlike in the developing world, most of them, however, have access to clean drinking water and electricity.

6 Press Release, *Pioneering Study Shows Richest Two Percent Own Half World Wealth*, December 5, 2006, available at http://www.eubankers.net/backend/ffiles/2006-12-6-World_Wealth_Report.pdf (last visited on August 13, 2009).

7 Available at <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43478.html>, (last visited on August 13, 2009).

8 Available at <http://www.globalissues.org/article/26/poverty-facts-and-stats> (last visited on August 13, 2009).

9 Amartya Sen approaches the issue of poverty from capability perspective. See more in Amartya Sen, *Inequality Reexamined*, (Oxford: Oxford University Press, 1992).

10 Available at <http://www.globalissues.org/article/26/poverty-facts-and-stats> (last visited on August 13, 2009).

11 See in Barbara Stark, *Theories Of Poverty/The Poverty Of Theory*, (2009) Brigham Young University Law Review 381, 386.

During the current crisis, the gap between the rich and poor has become greater than ever. For example, in the United States, while people were losing their jobs and houses due to mismanagement of financial institutions, the collapse of real estate market and stacks of consumer debts, Wall Street distributed \$ 18 billion in bonuses in 2008. This equals around half million jobs.¹²

The economic crisis in Serbia has been going for a very long time due to violent conflicts in the Balkans and the mismanagement of economy in transition. Earlier this year the society was rather shocked by an extreme argument made for fair pay for work. The workers in one of the country's poorest region, Novi Pazar, were protesting over unpaid wages, dating from 1993. To dramatize their plight, one of them chopped off one of his fingers and ate it.¹³ Approximately at the same time, the Serbian National Bank Governor challenged before the Constitutional Court the government's measures aimed at cutting civil servants' salaries due to the economic crisis, because he was not prepared to work for less than his salary of 4,390 EUR.¹⁴ In comparative perspectives, this amount does not appear to be high, but in national perspective, with the average salary of approximately 300 EUR and with 30.000 workers currently in strikes mostly due to unpaid wages, such an announcement has provoked many negative reactions.

Currently, poverty reduction is the overarching goal of many global and national initiatives. The literature on this topic is large and growing. Yet the role of constitutional courts in reducing poverty goes largely unrecognized in practice because the enforcement of social and economic rights pose a significant conceptual challenge for the theory of human rights in general. Before I examine how successful the role of constitutional courts in reducing poverty can be, I will first say something about conflicting views on social and economic rights.

12 Tibor Varady, *After Communism Failed, Did Capitalism Succeed in Eliminating the Owners?* Unpublished. With a permission of the author.

13 The factory once employed some 4,000 workers. Today, only a hundred remain in the facilities. The strikers staged a 19-day hunger strike. This extreme move, qualified as a move of a desperate man, had an impact: the company did not go bankrupt, the workers have been compensated for unpaid social security benefits and they are to get (hopefully) all unpaid wages, as well.

14 Under the new measures, where maximum pay packets are limited to six times the average national salary, this comes down to approximately 1,900 EUR.

What Do We Talk About When We Talk About Social and Economic Rights?

It is a commonplace that social and economic rights are controversial. The controversy most often relates to the character and force of such rights and the problem of (un)enforceability.

The first line of controversy generates from the nature of the claims and interests at stake. What exactly do we mean by the access to fundamental existential needs like food, water, health and shelter? Or, when we talk about free education, unemployment benefits, pensions for the retired and the handicapped, child, maternity or family support, free or subsidized housing? Are we referring to the benefits and services provided by the government to the needy? Or, we speak about entitlements provided through social security scheme based on the principle of solidarity? Alternatively, these issues amount to human rights claims stated in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

Next, the confusion about validity of rights claim is also attributable to the fact that some social rights are freedoms rather than rights, while some better fit in the category of civil and political rights than in the category of social rights. For example, the parent's right to choose the kind of education that shall be given to their children is a freedom rather than a social right. Many constitutional lawyers in the United States and Germany believe that the right to education is a political rather than a social right. The fact that Article 2 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights, which is generally seen to cover only civil and political rights, guarantees to everyone the right to education, further underscores their point. In addition, when speaking about social and economic rights many refer to welfare rights, which may imply all social services and monetary support provided by the government to the needy or just the fundamental preconditions of existence, like right to food, health, and shelter. Economic rights may regard entrepreneurial liberty or special guarantees regarding labor.

The "weaknesses" of social and economic rights are sometimes emphasized in comparison with civil liberties and political rights. Thus it is claimed that for an entitlement to be a human right, it must satisfy a number of conditions: it must be fundamental and universal; in principle,

it must be defensible in justiciable form; it should be clear who has a duty to uphold or implement the right; and the responsible agency should possess the capacity to fulfill its obligation.¹⁵ It is often argued that unlike civil and political rights, social and economic rights have failed in every respect.¹⁶ For example, the universality of welfare rights is disputed because some of them expressly refer to special status (employees) or because conditional upon the states' recourses.¹⁷

Another difference, which is badly framed, suggests that social and economic rights, being positive rights, are costly since they require from the state positive action to promote them, while civil and political rights, as negative rights (requesting from the state only non-interference) do not cost money. However, as Holmes and Sunstein rightly pointed out, all rights are positive and the protection of every right costs.¹⁸

When one looks more closely at the debate on whether social and economic rights are human rights at all, one may notice that the arguments against the human rights approach are usually rooted in morality or they are of social or political nature. For example, it is claimed that social and economic rights are in essence undemocratic and that they create culture of dependency from the state which diminishes individual initiative. On the other hand traditional civil and political rights are exercised

15 David Beetham, *What Future for Economic and Social Rights?* (1995) 43 *Political Studies* 41.

16 András Sajó, *Limiting Government*, (Budapest: CEU Press, 1999) 264-271.

17 Ibid.

18 For a discussion about the merits of such a debate see Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, (NY, London: W.W.Norton & Company, 2000) 35-48. It might well be that this dichotomy between civil and political rights on one hand, and social and economic rights on the other, lies in their different history. Civil liberties originally developed from claims against the government. The right, or privileges of the nobility, preceded corresponding duties of the state not to limit arbitrarily personal liberty or to set up the jury system. In contrast, social and economic rights originated from the duties of the government. Their roots are in the mutual obligations of all members of society in medieval Europe. Because of these obligations, society was expected to take care of the needy. With time, such duties were transformed into corresponding rights. There is a discussion whether the first person to define social rights as rights was a German legal philosopher Rudolf von Ihering in the 1860s or William Blackstone more than a century earlier. See Wiktor Osiatynski, *Introduction*, in *Re-thinking Socio-Economic Rights in an Insecure World*, ed. Nsongurua Udombana and Violeta Beširević, (Budapest: CEU Center for Human Rights, 2006) 14.

autonomously by hardy and self-sufficient individuals.¹⁹

Although I do not contest that socio-economic rights are far more context-dependent than the traditional civil and political rights, I believe that they are human rights because, as it is rightly claimed, they are indispensable for the dignity of a person.²⁰ Civil and political rights alone do not ensure the development of the personality of the individual nor can enable people to remain free.²¹ Moreover, social rights are not about well being and prosperity or about material or economic equality. All rights and freedoms protect the security of a person, which is about freedom from want and from fear. Security is not only aimed at protecting individuals (as well as groups) from private and public violence and interference, but also from violent fluctuations in the market, as well as from poverty, illness or the caprices of family upbringing.²² Accordingly, social and economic rights are about protecting socio-economic security. Therefore, at least what a society should do is to establish a minimum on the level of basic socio-economic security. As Fabre suggests, ‘the government must take all steps to ensure that it satisfies social rights to minimum income, housing education and healthcare, as far as it can, within the constraints of recourses reasonably available to pursue them’.²³

In addition, the view about equal importance of civil and political rights on one hand, and social and economic (as well cultural) rights on the other hand, is deeply epitomized in the philosophy of many international documents, the most important being the Universal Declaration of Human Rights, the Declaration of the Vienna World Conference on Human Rights of 1993 and the UN Millennium Declaration.²⁴

19 Holmes & Sunstein, *supra* note 17, 35-48.

20 For more see Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, (Oxford: Clarendon Press, 2000).

21 Some may notice that there are societies indifferent to individual freedom.

22 For more on the relation between welfare and security see e.g. Stephen Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, (Chicago and London: The University of Chicago Press, 1995) 243-247.

23 Cecile Fabre, *Constitutionalising Social Rights*, (1998) 6 *Journal of Political Philosophy* 263, 283.

24 “We will spare no effort to promote democracy and strengthen the rule of law, as well as respect for all internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the right to development. We resolve therefore: To respect fully and uphold the Universal Declaration of Human Rights. To strive for the full protection and promotion in all our countries of civil, political, economic, social and cultural rights for all...”. The UN Millennium Declaration, GA Res. 55/2, Sept. 8, 2000, par. 24 -25.

Conflicting Views on Constitutional Protection and Enforceability

While the line between classic civil rights and social and economic rights has proved to be hard to maintain in terms of their importance for security of a person, a debate about an appropriate approach to the issues of the protection and enforcement of social and economic rights has yet to receive conclusive answers. The separate adoption of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights was not a result of any internal logic of the specified rights; it happened because there was no agreement to enforce these rights in the same way as civil and political rights were enforced. On the other hand, the issue of protection cannot be reduced only to international fora since it offers limited protection: international rights of such sort are primarily designed to guide governments to implement rights in legislation and then to protect them through domestic policies of the states.²⁵ Therefore, what is needed is the action of the government.

To clarify: there is no dispute over the issue of whether the benefits and services should be provided to the needy. As it was established long time ago - all, except the most devout free market economists, have accepted the notion of some social responsibility in the sense of incurring non-compensable costs for socially desirable but not legally mandated action.²⁶ Hence, a subject of the dispute is the role of government in regulating market forces as well as a legal method of regulation.²⁷

25 This may change for better once an individual communications procedure under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights becomes operational.

26 Lord Wedderburn, *Common Law, Labor Law, Global Law*, in *Social and Labor Rights in a Global Context: International and Global Perspectives*, Bob Hepple (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) 52.

27 The efforts to secure social and economic rights on the EU level, well illustrate this point. Thus, for a long time it was not possible to have a European charter of rights due to differences in opinion among the Member States, mainly on the definition of the social and economic rights that were most relevant to the activities of the Community and now the Union. Social and economic concerns had also largely contributed to the fact that the idea of the Constitution for Europe, failed. In a poll by the French *Le Monde* of 2005, 46% of those voting 'no' said fear of unemployment was the most important concern with the EU Constitution. The drafters' endeavor to base Europe on the free market and at the same time to make it a socially conscious Union raised different reactions. They range from the assertion that the Constitution for Europe would enshrine more neo-liberal measures and make any policy that tried to regulate

For many years, welfare rights debates have been revolving around whether social and economic rights deserve a constitutional protection or they qualify only for a lower level of protection.²⁸ An issue is important since welfare rights are to be reconciled with the limits on any government on one hand, and the needs of public policy choices that include redistribution of resources through taxation and political decisions about public spending on the other hand.

Against Constitutional Protection

For the time being, the US Supreme Court and many American constitutional lawyers remain almost unique in the opinion that welfare rights cannot and should not belong to a constitution.²⁹ It is a general view that remedy for failures and weaknesses in the delivery of welfare service are not to be found in the Constitution but through ordinary politics – that is, statutory legislation. The reasons for such standing are different. The US Supreme Court ruled that the State should not be compelled to interfere with the private sphere because nothing in the Constitution speaks about a guarantee of minimum levels of safety and security.³⁰ Many authors believe that the constitution should not specify everything to which a decent society commits itself - otherwise it would become a mere piece of paper.³¹ In addition, it seems that enforcement procedure market forces illegal, to the concerns that it would create new socio-economic rights detrimental to free market economy. For more, see Violeta Beširević, *Socio-Economic Rights in the Constitution for Europe: Between Symbolism and Legal Realism*, in *Rethinking Socio-Economic Rights in an Insecure World*, N. Udombana & V. Beširević (eds.), *supra* note 17, 37-48.

28 To recall, constitutional rights provide protection from all kinds of abuses by the state, they are defined by the framers and cannot be limited by legislators. Statutory rights are much weaker: they grant protection against the executive power but are subordinated to political process. Statutory rights are also implemented by courts but legislators can take them away or redefine them or limit them.

29 It has not always been the case. The welfare rights movement was born in the US during the New Deal and then reborn within the Due Process Revolution (1960s and 1970s). President Roosevelt was a well-known advocate of the “freedom from want” and positive rights for which he considered equally important for security as civil and political rights. Everything changed with President Nixon’s four appointees in the Supreme Court, which then took negative approach to constitutional welfare claims preserving such position up today.

30 See *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

31 Here the reference to the former communist constitutions is often made since they

will no longer stay exclusively in the public sphere since the emerging trend in the US is alternative dispute resolution, through mediation and arbitration, particularly in the sphere of health and employment disputes. However, I hasten here to say that it would be wrong to conclude that the US is not a welfare state – its commitment to the most vulnerable citizens is expressed in statutory legislation, for which Marry Ann Glendon claims that it is of constitutional-like in character.³² Moreover, a number of the American state constitutions contain welfare commitments frequently interpreted by the state courts.³³

Very close to the US position is the position of the Canadian courts. Despite the fact that the Canadian Charter of Rights and Freedoms does not recognize any social and economic rights (except for the minority language educational rights) the Canadian courts have been frequently asked to rule on anti-poverty claims based on Article 7 (life, liberty and security of person) and 15 (equality) of the Charter.³⁴ The courts have approached this issue rather consciously and upheld anti-poverty claims only in few cases.³⁵ In the majority of cases, the courts have invoked competence concerns to reject assertions about welfare entitlements, usually finding that a particular social welfare policy is unjusticiable, because judges generally lack competences to review governmental welfare obligations or they lack legitimacy.³⁶

did not have any enforcement mechanism and remained without meaning in the real world.

32 Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, (New York: The Free Press, 1991) 96 -97.

33 For an extensive discussion see e.g. Elisabeth Pascal, *Welfare Rights in State Constitutions*, (2008) 39 Rutgers Law Journal 863; Jonathan Feldman, *Separation Of Powers And Judicial Review Of Positive Rights Claims: The Role Of State Courts In An Era Of Positive Government*, (1993) 24 Rutgers Law Journal 1057;

34 For more see David Wiseman, *Competence Concerns in Charter Adjudication: Countering the Anti-Poverty Incompetence Argument*, (2006) 51 McGill Law Journal, 503.

35 See e.g. *New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. G. (J.)*, (1999) 3 S.C.R. 46, 1999 CarswellNB 306, 1999 CarswellNB 305 (S.C.C.). The Court held that Section 7 mandates the State to provide legal aid to parents of young children who are involved in custody proceedings. In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, (1997) 3 S.C.R. 624, 1997 CarswellBC 1940, 1997 CarswellBC 1939 (S.C.C.) the Court ruled that a hospital's refusal to provide language interpretation services to deaf patients was an unreasonable violation of Section 15 of the Charter.

36 Wiseman, *supra* note 33.

Britain's position is similar not only because of its specific constitutional arrangement and the fact that the country is subjected to unwritten rather than to written constitution. The welfare cases testify that court decisions are explicable on traditional administrative law grounds, and do not support the argument for providing constitutional, as opposed to statutory protection of welfare rights.³⁷ In addition, the enforcement procedure appears to be "privatized" as to include an emerging shift to arbitration, as it is the case in the sphere of employment, similar to certain extent to the trend now emerging in the US.

Now, two typical reasons to oppose any idea of judicial interference with welfare policy are legitimacy considerations and competency concerns.

One way of calling into a question judicial adjudication of social and economic rights is to appeal to legitimacy concerns and assert that interventions by the court in the name of the reduction of poverty should be seen more as a seizure of power rather than a legitimate exercise of judicial review. Such a strong assertion follows from the very nature of welfare rights as well as from division of powers among different branches of the government.

The first line of the legitimacy argument is built on the contested nature of social and economic rights. The real problem in adjudicating these rights is the conceptual tension between rights on one hand, and resource constraints on the other. Recall here that because they need to be implemented through expensive welfare programs and because they put an extensive pressure on the state budget – the welfare rights are not seen as legitimate but rather as "political" rights. Many believe that most of the welfare rights are programmatic rights requiring only governmental measures designed to promote them. Some argue that they are rather arguments about the character of a particular political community.³⁸ In any case, perceived as political rights, programmatic measures or state objectives, they inevitably fall exclusively in the realm of political arena and cannot be subject of judicial review since traditional legal remedies are either inappropriate or impracticable to do such a job. Therefore, questions about the level and types of the aid to the needy are best to

37 For more see Ivan Hare, *Social Rights as Fundamental Human Rights*, in Hepple (ed.), *supra* note 25, at 170.

38 See in Goodwin Liu, *Rethinking Constitutional Welfare Rights*, (2008) 61 *Stanford Law Review* 203, 245.

be left to the political process since only the elected governments can legitimately decide how to allocate public funds.

The second line of the legitimacy argument appeals to accountability: courts being the theoretically least accountable branch of government should restrain from attempting to undertake such governance intervention. When questions on recourse allocations are at stake, legislators might be better suited to providing answers because they enjoy the express mandate of the taxpayers.

Another argument against judicial intervention in welfare policy relates to competency concerns. It is often claimed that judges cannot correctly assess the normative and empirical questions that arise in welfare cases and do not have competence to weigh interests of vulnerable groups. Consideration of competences are also manifested in concern that judges have a limited capacity to evaluate the balance that the governmental decisionmakers made between the potential fiscal impact of anti-poverty claims and competing claims to fiscal resources.

In sum, there is a doctrinal view that issues of poverty and distributive justice should be resolved through legislative policy making rather than constitutional adjudications.

An Account of Constitutional Protection

On the other hand, a considerable number of the modern constitutions include the constitutional welfare provisions albeit in different ways and forms. The constitutions of many European countries have included the idea of “social” by referring to the security and well-being of the individual in terms of the social state or various socio-economic rights. For instance, the constitutions of Spain and Portugal expressly recognize some welfare rights as well as the constitutions of new democracies emerged in East, Central Europe and the Balkans. The Italian Constitution specifies some employment related rights. The German Basic Law has a provision which defines Germany as a “social state”. Next, all African national constitutions include either generous provisions on social and economic rights or “directive principles of state policy” with the same rhetoric as that of social and economic rights. “Directive principles of state policy” are also embodied in the Indian constitution. Finally, welfare rights have been the indispensable characteristic of the Latin American national constitutions as well.

In a number of countries, whose constitutions indirectly or expressly provide for social and economic vision of security, the constitutional courts were frequently asked to interpret the meaning and the scope of such vision. Thus, the principle of “social state” provided in the German Basic Law, in combination with the reference to human dignity and the right to freely develop one’s personality, has been interpreted in a way that favored welfare benefits to the needy. The French Constitutional Council has used the Preamble of the 1946 French Constitution, which is part of the current French constitution, to legitimize constitutional nature of certain social rights, including the right to health and adequate housing. Despite their unjusticiable nature, the Irish courts have used the Directive Principles of Social Policy, embodied in the Irish Constitution, to create enforceable welfare rights. The Indian courts use the constitutional principles of “directive policy” together with constitutionally guaranteed right to life to mandate welfare legislation in India.

Particularly active in enforcing welfare policy have been the courts in India, South Africa, Latin America and the courts in the European post-communist countries. However, the strategy they have employed in adjudicating social and economic claims and a level of their readiness to represent a meaningful voice of the poor, differs considerably. Some constitutional courts have attempted to develop a more economically relevant concept of security by expressing readiness actively to intervene in the sphere traditionally reserved for legislators. Others were completely deferential to the will of the legislature confirming indirectly the arguments that constitutional welfare provisions were meaningless and could represent no more than empty promises in the face of great expectations. I will now more closely look at some of the rulings concerning fundamental preconditions of existence and social security services necessary for minimum standard of living.

Anti-Poverty Claims before the Constitutional Courts: Some Comparisons

Adjudicating social and economic rights sometimes requires very difficult choices to be made. The South African Constitutional Court was faced with such a choice when asked to decide on who would get

recourses – the terminally ill or the patients who did not suffer from fatal illness. The case concerned the hospital's denial of dialyses treatment to the terminally ill patient for the benefit of saving limited recourses for the preventing health care and treatment of patients who were not terminally ill.³⁹ The Court took deferential approach and upheld the hospital decision emphasizing that it was a job of the medical practitioners to make choices in the presence of limited recourses even if it meant that a life of an individual had to be sacrificed in the interest of the general welfare. Therefore, no violation of the right to have access to health care was found.⁴⁰

Yet, when less tragic but still pressing health care issues were at stake, such as the treatment of HIV/AIDS patients, this Court was more ready to direct the policymakers in realization of the right to have access to health care. It declared unconstitutional the government's refusal to provide Nevirapine drug to HIV positive pregnant women at all state clinics and hospitals, albeit the government's justification that such policy was necessary because of the concerns about the safety, potential side effects and efficiency of the drug.⁴¹ The Court declared the government's program unreasonable because it could have been provided without budgetary costs and ordered the government to provide the drug immediately to all state hospital and clinics and ensure the programs of testing and counseling in such medical facilities.

In the same area of social concern, the courts in Latin America, in particular in Argentina, Venezuela, Columbia, Bolivia, Brazil and Costa Rica, have all ordered the government to provide AIDS drugs to the patients who need it or to entire population.⁴²

On the other hand, the pressing issue regarding the right to have access to health care in transitional countries turned to be availability

39 *Soobramoney v Minister of Health, Kwazulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC) (S. Afr.).

40 It is important to know that the right to access to health care is subject to qualification that the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of these rights. See Article 27 of the South African Constitution.

41 *Minister of Health & Others v Treatment Action Campaign & Others*, 2002 (5) SA 721 (CC) (S. Afr.).

42 See in Nick Robinson, *Expanding Judiciaries: India and the Rise of the Good Governance Court*, (2009), 8 Washington University Global Studies Law Review 1, 62-63.

of free of charge medical services. The constitutional courts that ruled on the constitutionality of the measures on mandatory payments for medical services (usually specified in rather small amounts) were all completely deferential to the measures of the legislators. For example, the Hungarian Constitutional Court has stressed that it does not follow from the Constitution that particular health care services should be free of charge, adding that the political branches enjoyed broad discretion as far as the systemic arrangements of the welfare sector were concerned.⁴³ The Bulgarian Constitutional Court on the same issue argued that the required payments were reasonably low, and therefore did not deprive citizens from accessible healthcare. "Accessible" was interpreted to mean "open to all under fair conditions and equal opportunities": the arrangement, the judges claimed, was in accordance with the principles of equality and solidarity, because the payments were equal for all insurance-paying persons, and did not reflect their health condition.⁴⁴ The Serbian Constitutional Court ruled on the same issue in a quite similar manner. It reduced its inquiry to the issue of the legislator's competence to lay down the procedure and conditions for realization of the right to health care and then, mostly on the grounds of legitimacy and equality considerations, upheld the provisions of the Health Insurance Act that introduced the payments for medical services.⁴⁵

The Hungarian Constitutional Court has gone a step further in explaining the meaning of the constitutional health care protection. The Court ruled that the right to the highest possible physical and mental health, guaranteed by the Constitution, is not an individual right, but expresses the duty of the state to establish, within available resources, such an economic and legal environment as guarantees a healthy life.⁴⁶

43 For a discussion, see e.g. Renata Uitz, *Grand Promises in the Face of High Expectations: Welfare Rights in Hungarian Constitutional Jurisprudence*, in N. Udombana & V. Beširević (eds.) *supra* note 17, 49-79.

44 See Daniel Smilov, *Social and Economic Rights in the Jurisprudence of the Bulgarian Constitutional Court*, in N. Udombana & V. Beširević (eds.) *supra* note 17, 92-94.

45 See Decision IU- 424/2005 (published in *Official Gazette of RS*, 106/2006).

46 Article 70 D of the Hungarian Constitution reads: 1) Everyone living in the territory of the Republic of Hungary has the right to the highest possible level of physical and mental health. (2) The Republic of Hungary shall implement this right through institutions of labor safety and health care, through the organization of medical care and the opportunities for regular physical activity, as well as through the protection of the urban and natural environment. Text in English is available at: <http://www.servat>.

In particular, the state is obliged to establish health care institutions and organize medical services. In one of the subsequent cases, the Constitutional Court said that a violation of the right to health might only be ascertained in extreme situations, such as if the government were not to establish any health care service in a particular region.⁴⁷

Unlike the Hungarian Constitutional Court, which has interpreted the constitutional welfare provisions in the language of state obligations rather than in terms of individual rights, the Indian courts, since the early 1980s, have adjudicated social and economic concerns by creative interpretation of fundamental rights, read in conjunction with expressly unenforceable constitutional directive principles. Thus, the Supreme Court of India has interpreted the right to life, guaranteed under Article 21 of the Indian Constitution, to encompass a variety of social and economic rights, including the rights to health, shelter, fresh air and water, education, food and clothing, land for tribal populations and protection from environmental degradation.⁴⁸ Many of its decisions imply that a fundamental right to life has a value only when it implies the minimum standard of living needed to live and develop as a human being. Particularly illustrative is the Supreme Court's decision regarding the right to adequate housing. In 1985, when the Court for the first time ruled that the right shelter was an aspect of the right to life, it did not however consider that this implied any positive action from the state apart from establishing a fair and just procedure for a deprivation of such right. However, in its landmark *Ahmedabad* decision of 1996, the Supreme Court of India ruled that the right to shelter, when seen as essential requisite to the right to life is a fundamental right. Accordingly, the state's obligation to secure the right to shelter within the limits of its economic budgeting has derived from the judicial construction which combined the fundamental rights doctrine and the constitutional provisions on Directive Principles.⁴⁹ Specifically, in *Ahmedabad*, which

unibe.ch/icl/hu00000_.html For the Court's explanation, see e.g. Uitz, *supra* note 42, 67-68., quoting decision 56/1995 (IX. 15.) AB decision. ABH 1995. 260, 269. Affirmed in 54/1996 (XI. 30.)

47 Ibid. Quoting decision 54/1996 (XI. 30.).

48 Note that the way in which the Indian Supreme Court have interpreted the right to life differs from classic understanding of welfare jurisprudence by many, including the relevant bodies of the UN (for example, its ruling concerning the enforcement of traffic regulations). For more see Robinson, *supra* note 41.

49 *Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan & Ors*, (1996) Supp.

was about non-implementation of the legislation concerning accesses to housing, the Court found that the appellant corporation had constitutional duty to enforce the right to residence to the poor in a planned manner by annual budgets.⁵⁰

The Constitutional Court in Columbia, known as a particularly interventionist court in welfare policy area, also uses the fundamental rights doctrine to uphold poverty claims: it has frequently ruled that the state has a duty to remove poverty-base obstacles to the exercise of the constitutionally protected social and economic rights. Thus, the Court took the approach that social or economic rights may be constitutionally enforced whenever the protection is necessary to preserve another fundamental right directly linked to them. For example, the Court has consistently protected the right to health in cases in which the right to health is connected mainly to the right to life or the right to personal integrity. However, the Court has also defined situations in which social or economic rights, directly or through judicial interpretation, were fundamental themselves. Such is the case with children's fundamental social rights, the right to an adequate nutrition, and the right to elementary education.⁵¹

On the other hand, although using the bill of rights approach, the South African Constitutional Court, often seen as an example of a court ready to assess violations of social and economic rights, has provided much narrower interpretation of the meaning and the scope of their protection. For example, the state's obligations regarding the implementation of the right to have access to adequate housing in the South Africa proved to be closely akin to the obligations proclaimed by the Indian Supreme Court, albeit spelled out on less compelling grounds. Like the Indian Constitution, the South African Constitution also guaranties a qualified right to have access to adequate housing.⁵² The

7 S.C.R. 584.

50 For a discussion in a comparative perspective, see e.g. Norman Dorsen et al. *Comparative Constitutionalism*, (Minnesota: West Group, 2003) 1225-1238.

51 For an extensive discussion see Manuel Jos Cepeda-Espinosa, *Judicial Activism in A Violent Context: The Origin, Role, And Impact of the Colombian Constitutional Court*, (2004), 3 Washington University Global Studies Law Review 529.

52 Article 26 of the South African Constitution states that the state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right. No one may be evicted from their home, without an order of court made after considering all the relevant circumstances.

South African Constitutional Court was faced with the issue of forced evictions in the case of *Grootboom*, initiated by 900 plaintiffs, out of whom 510 were children.⁵³ The plaintiffs were living for a long period in informal squatter settlement, then on vacant private land from which they were upon an ejection order forcibly evicted, and then under temporary structures made from plastic sheets. The Court resolved the issue under “reasonableness” test which aimed to establish whether in a particular case a particular welfare right was violated or not. Although the Constitutional court ruled that the named plaintiff Mrs. Grootboom did not have a right to immediate shelter, it nevertheless declared the State’s housing program unconstitutional because it was unreasonable, since it addressed only the medium and long-term housing needs, while not addressing those whose housing needs were the most urgent. What the Court actually said was that the Constitution did not speak about the right to adequate housing for everybody, but instead required a reasonable priority-setting, with particular attention to the needs of those who are in most desperate situation.⁵⁴

In contrast, the scope of protection against “eviction to the street” is much narrower in Hungary. The Hungarian Constitutional Court argues that the state has a constitutional duty to provide housing to the needy only in emergencies. When asked to respond to the ombudsman’s request for abstract constitutional review, seeking to establish a constitutionally protected right to shelter, the Court specified that the State had to secure the preconditions for human life, which does not amount to the “right to have a place of residence”.⁵⁵ Only in case of such an extreme situation is the State obliged to take care of those who themselves cannot provide for the fundamental preconditions of human life.⁵⁶ The state obligations stem from its duty to protect human life and human dignity and include the provision of a shelter when an emergency directly threatens human life. It is interesting to note that the Court did not ground its decision on the right to social security, for which it previously ruled that it entailed the obligation of the State to secure a minimum livelihood through all of

53 *Government of the Republic of South Africa v Grootboom & Others* 2001 (1) SA 46 (CC) (S.Afr.).

54 For an extended discussion see *Cass Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions Do*, (Oxford, New York: Oxford University Press, 2001) 226-237.

55 Uitz, *supra* note 42, 63-64. Referring to 42/2000 (XI. 8.) AB decision.

56 *Ibid.*

the welfare benefits necessary for the realization of the right to human dignity.⁵⁷

The constitutional courts in the transitional countries have frequently discussed the right to social security with regard to maintaining the level of social services to the traditional losers in transition markets (pensioners, women on maternity leave, the sick, unemployed etc.). The following examples testify that some constitutional courts were ready to spring to their support, while some were not prepared to give them more protection than what was requested by formal equality considerations.

In 1995, the first comprehensive post-communist austerity package was challenged before the Hungarian Constitutional Court. Among other measures, the austerity package entailed layoffs in higher education and the introduction of a monthly tuition fee, requiring contributions to various health care services, restrictions on maternity and child support, limiting sick leave payments of employees, and required higher contributions from employers.⁵⁸ Relying primarily on the requirements of legal certainty, understood as the theoretical foundation for the protection of acquired rights, and to a lesser extent on the right to social security, the Constitutional Court invalidated the provisions of the government's austerity package seeking to revoke welfare benefits. The Court noted that certain social security services (including sick leave and pensions in cases where the contribution to the mandatory, state-operated social security fund was minimal) were to receive property-like protection.⁵⁹ Notwithstanding such a position, when in a more recent case petitioners challenged the alteration of the indexing of old-age pensions to their detriment, the Constitutional Court said that the new and clearly disadvantageous indexing of pensions did not amount to a deprivation of property.⁶⁰

In contrast, when the Serbian Constitutional Court was faced with a request to review the constitutionality of the alteration of the indexing of the pensions to pensioners' detriment, it took quite a different position

57 The legislature has relatively great liberty in implementing such constitutionally mandated state goals and it may define the minimum amounts of certain benefits by reference to the percentage of other types of income (prevailing minimum amount of old age pension, minimum wage etc.). Ibid. 63.

58 Ibid. 59.

59 See in Dorsen et al. *supra* note 49, 1256, 1259.

60 See Uitz, *supra* note 42, 61. Referring to 39/1999 (XII. 21.) AB decision.

from the Hungarian Court. The petitioners based the challenge on the ground of legal certainty and the acquired rights doctrine, but the Court based its decision exclusively on discrimination grounds. It upheld the legislator's right to define the scope, manner and procedure for providing social security services and at the same time ruled that the legislator did not violate the principle of equality because the particular measure did treat equally all persons in same situation.⁶¹

The Bulgarian Constitutional Court reasoned similarly. Under the welfare reform circumstances, the Bulgarian Constitutional Court was asked to rule on the amendment to the law which restricted the size of pensions to no more than three times the (minimum) social pension. The Court upheld the measure stating that although the right to a pension, as a kind of social security measure was covered and protected by the Constitution, the procedure and conditions for its realization were left to the law. The legislators have the jurisdiction to adopt the necessary policies and regulation, in so far as they do not violate other provisions of the basic law. The Court also found that the amendment did not violate the right to equality since it did not discriminate on the basis of "race, nationality, ethnicity, personal and social standing, or wealth".⁶²

Dignity and social-existence minimum were discussed with regard to pension entitlements by some courts in the developing world as well. In sharp contrast to the rulings of the Serbian and Bulgarian constitutional courts stands the approach of the Columbian Court. In 1992, it decided the case where an elderly man required a retirement pension from social security entities.⁶³ On that occasion, the Court asserted the existence of a right to minimum subsistence conditions that derived from the constitutional rights to life, health, work and social security in the framework of a Social State and from the perspective of human dignity. The practical effect of this right is to entitle persons in conditions of absolute poverty to special assistance from public authorities. The Court noted that protection of the right to minimum subsistence conditions should be assessed in accordance with the specificities of each individual case. In this particular case, it argues that the payment of retirement pensions is not, in itself, a fundamental right, but it may be protected when payments are unduly suspended because this keeps the recipient

61 See Decision IU- 22/2006 (published in *Official Gazette of RS*, 106/2006).

62 Smilov, *supra* note 43, 99-100.

63 See in Cepeda-Espinosa, *supra* note 50, 619.

from maintaining a minimum subsistence level of income.⁶⁴

Judicial Discourse: Does It Make A Difference?

I will urge two points here. First, it is hard to establish any significant relationship among the extent of welfare rights in the constitution, the willingness of a constitutional court to apply these rights and the extent of welfare benefits provided by the state. Second, in the absence of a comprehensive welfare state, that renders the enforcement of social and economic rights less necessary, particularly in the developing countries and economically challenged societies, the issue of poverty needs to be addressed through constitutional adjudication.

As to the first point, it seems that there is no correlation between the existence of the constitutionalized welfare policy and the availability of the state's aid to the needy. For example, some European countries like the Netherlands or Sweden are advanced welfare states without specifying social programs in their constitutions. The German example shows that although the Basis Law does not provide any welfare rights, the German Constitutional Court has been extremely active in reviewing the constitutionality of laws affecting economic liberties and the principle of equality as it applies to conditions of employment and the workplace. In addition, given the special protection to family and children in the Basic Law, the Court developed the right to minimum standard of living in cases related childcare maintenance.

Next, despite different constitutional approaches, a comparative study shows that positive rights in Canada, New Zealand, South Africa and Israel, account only for 10-20% of the litigation reaching the constitutional courts of those countries, with a success rate considerably lower than negative rights litigation. Among these countries, South Africa had the highest number of positive rights cases (22%) and the highest success rate (45%).⁶⁵

Finally, in the countries where the need for a meaningful social change is the most apparent, a pro-poor jurisprudence is notably missing. For example, Malawi's Constitution of 1994 is particularly pro-poor oriented with a strong voice on the right to development, education, rights to pursue a livelihood and to fair labor practices. Yet, to the extent that

64 Ibid.

65 Pascal, *supra* note 32, 888.

litigation involves social rights, it deals with employment and education rights of non-poor litigants, rather than health, housing, shelter or other welfare rights critical to transforming lives of the needy.⁶⁶

However, when assessing the need for constitutional adjudication it is not enough to assess only practical results of such protection (if there are any) but also the goals of the constitutional protection. Rights, including welfare rights, are rules which protect interests. What are the interests of the needy? Redistribution of the wealth. The choice of neo-liberal macro-economic policies has been to prioritize growth rather than redistribution. In such an environment the governments are masters of the budgetary funds. As Pogge correctly observes, they advance their own interests as well as the interests of domestic or foreign corporations.⁶⁷ The poor are marginalized in all sort of possible ways. If we agree that among the poor, the vast majority belong to the undeserving poor, the issue of a just redistribution cannot only been reduced to political accountability. A significant social change is needed.

Now I come to my second point – why do we need to address the issue of poverty through constitutional adjudication.

The critical issue is marginalization. The cultural separation and stigmatization of the poor has been a constant feature of human civilization. The fact that the poor are neither registered as voters nor are organized voters in general, testifies about their political marginalization in modern times. Political parties go very rarely after their votes and when they do, they make broad rhetoric statements rather than reasonable and reachable promises. In the transitional countries, the governments being under the constant pressure from the international financial institutions are ready to sacrifice the needs of the poor for the speculative benefits of even more speculative economic growth.⁶⁸ As for the protection, the needy routinely receive the very least judicial consideration when governmental actions burden them. They lack resources required for effective political mobilization to pursue protection from the political

66 Siri Glopen, *Courts and the Poor in Malawi: Economic Marginalization, Vulnerability and The Law*, (2007) 5 International Journal of Constitutional Law 258, 269.

67 For more see Thomas Pogge, *Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor*, (2005) *Leiden Journal of International Law* 18/4, 717-745.

68 For more on the role of constitutional courts in transitional countries see Kim Lane Scheppele, *A Realpolitic Defense of Social Rights*, (2004) 82 *Texas Law Review* 1921, 1924-1927.

branches of government. In short, the desperate are trapped: on one hand, they do not have economic or political influence to convince the governments to end infringements on their social and economic security, while on the other hand, the courts deny adjudicating their claims about infringement of their economic security by the political branches of government.⁶⁹ So, who represents the interests of the needy?

I tend to agree with Michelman who claims that if we accept the moral obligation to provide for citizens' basic needs regardless of how we believe the obligation should be fulfilled, then creating constitutional welfare rights both legitimates the obligation and establishes a right of social citizenship in the polity.⁷⁰

Why do rights matter here? They matter not only because rights speak about the needy, underlying their autonomy and dignity, but also because they are about inclusion. In the process of digging the poor out of poverty, rights can create movements and public support. Recall the impacts of the rights approach in the race reform during the 1950s in the US. Other Americans took for granted rights that were systematically denied to the African Americans. At the end, the rights strategy included the African Americans in the American society.⁷¹

Some may claim that this example does not work in favor of constitutional welfare rights because the problem of the African Americans was a consistent denial of equality, which could be subjected to judicial review, while the problem of the poor was socio-economic security which was the concept incompatible with judicial enforcement.

As Tushnet argues, the enforceability problem should not delegitimize social and economic rights.⁷² Moreover, judicial interpretation of welfare rights entails a similar process as the interpretation of provisions on classical civil rights and liberties. For example, a court is just as able to define an "adequate housing" as it can define "cruel and unusual" punishment. If the latter task does not require a court to "legislate,"

69 Julie A. Nice, *No scrutiny whatsoever: Deconstitutionalization of Poverty, Law, Dual Rules of Law & Dialogic Default*, (2008) 35 *Fordham Urban Law Journal*, 629, 631-635.

70 Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, And Liberal Political Justification*, (2003) 1 *International Journal of Constitutional Law*, 13, 14-16.

71 On the same line, see Nice, *supra* note 68, 662.

72 Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, (2004) 82 *Texas Law Review* 1895, 1895.

neither does the former. Therefore, just as it is appropriate for a court to determine that a legislature has gone too far, it is appropriate for a court to determine that a legislature has not gone far enough.⁷³

A method of interpretation is however a separate issue. The examples used in this paper show that new paradigms of judicial enforcement of economic and social rights have emerged: the application of non-enforceable “directive principles” of state policy; constitutional protection in a bill of rights and protection of socio-economic rights through traditional civil rights guarantees. In addition, the government’s duties to satisfy a minimum agenda of social and economic rights can be subjected under judicial control not only by traditional legal remedies but also by means of an abstract judicial review or group actions.⁷⁴

On the other hand, it is not enough to reduce constitutional protection of social and economic rights only to the issue of formal equality as the Serbian and Bulgarian constitutional courts have done. Although discrimination and deprivation often go together, the two concepts differ in important ways as Harvard professor Michelman suggested long time ago.⁷⁵ In elaborating this view, he drew a distinction between “discrimination”, that is the harm that lies in the stigmatic or dignitary offense caused by governmental classification and “deprivation”, that is the harm that lies in the non-satisfaction of certain needs as and when they occur. Remedy for deprivation, Michelman argues, need not entail or suggest any ‘equalization’ of treatment or circumstances” but adequate provision. Whereas claims of discrimination against the poor tend to draw into question the free-market premises, attacking poverty-related needs as unjust “deprivation” is less radical.⁷⁶ On the minimum welfare view, “a state’s duty to the poor ...is not to avoid unequal treatment at all, but rather to provide assurances against certain hazards associated with impecuniousness which even a society strongly committed to competition and incentives would have to find unjust”.⁷⁷

In addition, judicial enforcement of welfare rights need not necessarily always create a separation of powers issue. To have

73 Feldman, *supra* note 32, 1084-1085.

74 For more see in Fabre, *supra* note 22.

75 Frank I. Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term: Foreword: On protecting the poor Through the Fourteenth Amendment*, (1969) 83 Harvard Law Review 7, 10-13.

76 *Ibid.* 13-11, 27-32.

77 *Ibid.* 13-16.

constitutional meaning, constitutionalized welfare rights need not imply strong individual remedies. Recall here the approach of the South African Constitutional Court: in the right to adequate housing case, it did not declare that the Constitution guaranteed this right to everybody, nor did it require from the government to allocate budgetary funds in a certain manner; rather it declared that the government's measures regarding realization of the right to shelter were unreasonable and as such unconstitutional. A finding of unconstitutionality merely sets the legislative process in motion by requiring the legislature to devise new measures. Welfare rights serve primarily to demarcate the duties of the state to its citizens. While courts should not set economic priorities - it is a job of legislators, they may establish the parameters within which legislative action must proceed without exceeding their constitutional mandate.

Conclusions

The comments in this paper are made in light of the fact that each day, some 50 000 human beings – mostly children, mostly female and mostly people of color – die from starvation, diarrhea, pneumonia, tuberculosis, malaria, measles, perinatal conditions and other poverty-related cases.⁷⁸ On the other hand, the vast majority of the modern constitutions lay down generous provisions on socio-economic security either in terms of state objectives or programmatic measures or bill of rights. So far, in most cases such provisions have proved to be empty promises. A number of constitutional courts that have engaged in reviewing the government's welfare measures have not been much aggressive in enforcing welfare rights; most of them have routinely reviewed claims regarding socio-economic security and have been mostly deferential to the will of legislators.

While many think that remedies for infringement upon socio-economic security should be fixed in the democratic process, I find that constitutional welfare provisions might be effectively vindicated through constitutional adjudication, as well. Having in mind the conceptual difficulties and in particular the budgetary constraints regarding realization of welfare rights, the tests and methods of adjudications need not be automatically equated with those employed in the interpretation of civil

⁷⁸ Pogge, *supra* note 66.

and political rights, but should be developed in a way which would allow courts to examine, within their constitutional mandate, whether the governments have fulfilled their constitutional duty to meet the socio-economic needs of their citizens. So the appropriate strategy is not to declare social and economic rights unjusticiable but to develop new methods for their adjudication. Some examples offered in this paper have shown that constitutional adjudication is for better rather than for worse of legislative politics when it comes to the interests of the poor. This is especially true when the rights to minimum income, health care, adequate housing and education, which are indispensable for transforming lives of the poor, are at stake. I have also argued that the major test to assess anti-poverty claims should not be reduced to inequality and discrimination but rather to the issue of deprivation, because poverty is predominately the issue of socio-economic security and less of equality.

Will the constitutional courts thus become the legislator of the welfare state? Will they run the government? In my view it is a certain ideology that renders constitutional courts incapable of adjudication anti-poverty claims rather than institutional and competence concerns. Within their constitutional mandate there is enough room for them to become a meaningful voice of the needy. The competence concerns appear to be redundant in the presence of the fact that judges generally lack any pre-bench experience in criminal justice or civil law matters or as a matter of fact in any other area of judicial adjudication.

Finally, it certainly follows that a constitutional court cannot, in the ordinary course of things, direct redistribution of the wealth. Key redistribution of global wealth will not be won in the courts. But what the courts can do is to give meaning to social and economic rights in the context of democracy and free market economy.

Prof. dr Violeta Beširević
Pravni fakultet
UNION u Beogradu

DA LI JE SMANJENJE SIROMAŠTVA ZADATAK USTAVNIH SUDOVA?

Borba protiv siromaštva, razvoj i primena strategija njegovog smanjenja, prioritetni su ciljevi globalnih i regionalnih međunarodnih organizacija kao i njihovih država članica. Pored država i međunarodnih organizacija, danas su prepoznatljivi donatori i ekstremno imućni pojedinci, profesionalni sportisti i šou zvezde. Pitanje je, međutim, ko i čije strategije mogu postati ključ za rešavanje problema siromaštva i doprineti pravednijoj raspodeli dobiti i bogatstva, kako na globalnom tako i na nacionalnom nivou. S jedne strane, nesumnjivo je da su uspešni primeri u borbi protiv siromaštva globalne inicijative, poput Milenijumske deklaracije UN, zemlje donatori, verske humanitarne organizacije, imućni pojedinci, kao što je Džordž Soroš ili holivudske zvezde, kao što je Anđelina Džoli. S druge strane, pitanje je da li njihove aktivnosti više doprinose potrebama ugroženih grupa, na primer onih čiji su prihodi ispod 1.25\$ dnevno, ili, indirektno, više potenciraju plemenite interese donatora. Polazeći od interesa najsiromašnijih, autor u ovom radu ukazuje na potencijalnu ulogu koju u borbi protiv siromaštva mogu imati ustavni sudovi kao mehanizmi sudske zaštite socijalnih i ekonomskih prava. Iako ustavni sudovi ne mogu uticati na raspodelu dobiti na globalnom nivou, oni mogu dovesti do željenih društvenih promena tako što će efikasnijom kontrolom implementacije određenih ljudskih prava i sloboda obezbediti uključjenje najsiromašnijih i drugih marginalizovanih grupa u društveni život. Podsećajući na to da su sudovi SAD putem „govora ljudskih prava“ uključili Afro-Amerikance u američko društvo, autor ukazuje da se uloga ustavnih sudova u smanjenju siromaštva, naročito u zemljama u razvoju i tranzicionim društvima, može pokazati značajnijom nego što to na prvi pogled izgleda.

Ključne reči: siromaštvo, socijalna i ekonomska prava, ustav, ustavni sudovi.

Mr Dušan Vasić,
Akademija za diplomatiju i bezbednost,
Beograd

UDK : 341
341.783
Originalni naučni rad

ULOGA I NADLEŽNOSTI GENERALNOG SEKRETARA UN U REŠAVANJU MEĐUNARODNIH KRIZA

-uporedna analiza normativnih okvira i političke prakse
od 1945. do 2009.-

Ovaj tekst se bavi analizom prakse i uslova koji su doveli do postepene evolucije uloge Generalnog sekretara UN u postupanju sa svetim krizama. On će pokazati da su za protekle šest i po decenija pojedina ovlašćena, a pre svega ona iz Povelje UN, vidno zapostavljena, a pojedina, koja Poveljom nisu bila predviđena, postala deo svakodnevne prakse. Najznačajnija promena ogleda se u uvođenju prakse samostalnog delovanja Generalnog sekretara. Ovaj proces transformacije uloge i nadležnosti Generalnog sekretara delom je proizišao iz ovlašćenja koja su organi UN u konkretnim slučajevima dodeljivali Generalnom sekretaru, a delom je posledica autonomnog razvoja, koji je zavisio od profila i ambicija ličnosti koja se nalazila na tako važnoj funkciji. Jačanje pozicije Generalnog sekretara UN većinom je doprinosilo efikasnijem razrešavanju kriza, ali se u nekim slučajevima, kao kada je u pitanju Kosovo, pretvorilo u svoju suprotnost. Konkretno, radilo se o prekoračenju nadležnosti Generalnog sekretara, koje je dovelo u pitanje suverenitet i integritet Srbije i izmenilo mandat misije UN u ovoj srpskoj pokrajini.

Ključne reči: Ujedinjene nacije, Savet bezbednosti, Generalni sekretar UN, Povelja UN, rešavanje međunarodnih kriza, Rezolucija SB 1244, Autonomna pokrajina Kosovo i Metohija;

Uvod

Povelja UN je Savetu bezbednosti dodelila posebna ovlašćenja i stavila na raspolaganje specifične instrumente delovanja radi ostvarivanja prvenstvene odgovornosti za održavanje međunarodnog

mira i bezbednosti a u tom sklopu i za rešavanje međunarodnih kriza. Ta ovlašćenja obuhvataju kako mere diplomatsko-političkog karaktera iz Glave VI (članovi 34, 65 i 36) i Glave VIII (član 52) tako i prinudne mere vojno-policijskog karaktera iz Glave VII (član 52). Radi sprovođenja usvojenih mera Savetu bezbednosti još stoje na raspolaganju: /1/ pomoćni organi (čl. 29); /2/ međunarodne oružane snage (čl. 44); /3/ regionalne organizacije i agencije (čl. 53) i /4/ mehanizam starateljstva (čl. 83).

U cilju ostvarivanja funkcija Saveta bezbednosti, kao i Generalne skupštine, Ekonomskog i socijalnog saveta, Starateljskog saveta i Međunarodnog suda pravde, Poveljom je osnovan i Sekretarijat UN. Iako u osnovi obavlja poslove stručne službe, odnosno zajedničkog servisa za ostale organe, Sekretarijat je takođe dobio status posebnog organa UN. Na njegovom čelu, u funkciji glavnog administrativnog službenika, stoji Generalni sekretar UN.

Generalni sekretar nema izvorna ovlašćenja u pogledu održavanja svetskog mira, to jest rešavanja kriza u svetu, već je dužan da preduzima samo one radnje i zadatke koje u svakoj konkretnoj situaciji precizno definišu glavni organi UN. Otud se osnovano konstatuje da Povelja UN ne daje Generalnom sekretaru UN posebne zadatke na planu preventivne diplomatije, niti precizna ovlašćenja za uključivanje u proces mirnog rešavanja sporova između država.

U vezi sa međunarodnim krizama, Povelja svodi uloga Generalnog sekretara samo na dve dimenzije: /1/ na obaveštavanje najviših organa i /2/ na skretanje pažnje Savetu bezbednosti. Prema članu 12, Generalni sekretar „obaveštava Generalnu skupštinu o svim pitanjima koja se tiču održavanja međunarodnog mira i bezbednosti kojima se bavi Savet bezbednosti“, a prema članu 99. Generalni sekretar „može skrenuti pažnju Savetu bezbednosti na svako pitanje koje po njegovom mišljenju može da ugrozi održavanje međunarodnog mira i bezbednosti“. I to je sve što odredbe Povelje dozvoljavaju i nalažu Generalnom sekretaru UN.

Nezavisno od ovako uskog određenja, Generalni sekretar je u sistemu UN s vremenom realno stekao poziciju koja mu je omogućila samostalnije angažovanje u svetskim krizama¹. Tačnije od vremena

¹ Dužnost Generalnog sekretara dosad su obavljali: Trygve Lie (Norway) 1946-1952, Dag Hammarskjöld (Sweden) 1953-1961, U Thant (Myanmar) 1961-1971, Kurt Waldheim (Austria) 1972-1981, Javier Perez de Cuellar (Peru) 1982-1991, Boutros Boutros-Ghali (Egypt) 1992-1996, Kofi A. Annan (Ghana) 1997-2006 i Ban Ki-moon (Korea) počev od 2007;

donošenja Povelje, preko krize u Kongu i Somaliji, do krize na Kosovu, evidentna je evolucija ne samo uloge već i nadležnosti Generalnog sekretara, koje su objektivno nadrasle okvire Povelje UN. U periodu od kraja 1945. do početka 2009. godine, koji ovde analiziramo, usvojeno je više pojedinačnih rezolucija i uspostavljena specifična praksa, čije su obeležje zapostavljene pojedinih ovlašćenja Generalnog sekretara, uz istovremeno sticanje novih koja izlaze izvan okvira Povelje UN. Stavovi doktrine su o tome dijametralno suprotstavljeni: od tvrdnje da promene uloge i nadležnosti Generalnog sekretara nemaju formalno uporište u pravnom poretku UN, do stava da se radi o normativnoj evoluciji koja je legalizovana preporukama i odlukama organa UN.

Apstrahujući za trenutak legalnu stranu ovog fenomena, ostaje činjenica da su protokom vremena neke ranije normirane funkcije i ovlašćenja Generalnog sekretara zapostavljeni, da su druge hipertrofirane, ali i da su nastale sasvim nove kompetencije koje se transformisale poziciju Generalnog sekretara u sistemu UN i koje su omogućile njegovo neposredno angažovanje u krizama. Nekoliko je razloga na to uticalo. Prvo, funkcija Generalnog sekretara je u osnovi dvostruko definisana, što nije slučaj ni sa jednim drugim telom, organom ili funkcijom u UN. On je, s jedne strane, najviši administrativni službenik UN a, s druge strane, ima i izvesne izvršne prerogative u pogledu sprovođenja odluka i koordiniranja aktivnosti Saveta bezbednosti. U Povelji je pri tom težište bilo stavljeno na ulogu administratora (član 97), ali je razvoj međunarodnih odnosa težište ove funkcije prebacio na politički plan. To se između ostalog vidi u načinu izbora, u definisanja profila osoba koje se predlažu za Generalnog sekretara, u pravu Generalnog sekretara da imenuje sopstvene predstavnike i izaslanike i td..

Drugo, nezavisno od formalne nedorečenosti, realni kapacitet pozicije Generalnog sekretara u alarmiranju Saveta bezbednosti gotovo je jednak onom koji u pogledu skretanja pažnje na određena pitanja imaju države članice, kao najznačajniji subjekt međunarodnog prava i međunarodnih odnosa. Treće, on je ta ličnost koja Generalnoj skupštini podnosi godišnji izveštaj o radu Organizacije i ima mogućnost da iznese predloge za rešavanje svih osetljivih međunarodnih situacija kao i za njihovo uvrštavanje u dnevni red zasedanja. Njegova kancelarija je početna radionica za definisanje tema kojima će se baviti čitava Organizacija. Ni jedna druga ličnost ili institucija, osim Saveta bezbednosti, nemaju takvu

mogućnost oblikovanja rada ostalih organa a time i čitavog sistema UN.

Iz godine u godinu, uloga Generalnog sekretara u rešavanju kriza je poprimala kompleksnija i potpunija obeležja. S jedne strane uvećavao se obim i efekat njegovog individualnog angažovanja a s druge strane jačala je njegova pozicija u okviru Saveta bezbednosti. U izveštaju Generalnog sekretara iz 2001. godine tako se konstatuje da je „Generalni sekretar (je) imao ulogu u sprečavanju oružanih sukoba od najranijih dana Organizacije, kroz tihu diplomatiju i dobre usluge“.² Naravno, ovu konstataciju ne treba shvatiti kao tvrdnju da je nova funkcija profilisana odmah po formiranju Organizacije, već se to dogodilo u prvoj deceniji njenog delovanja.

Tri su osnovna obeležja transformacije uloge i kompetancija Generalnog sekretara UN, koja su predmet našeg istraživanja. Na prvom mestu to je osamostaljivanje delovanja Generalnog sekretara u odnosu na slovo Povelje i na politički sadržaj stavova organa UN. Drugo obeležje je atrofiranje njegove dužnosti ranog upozoravanja Saveta bezbednosti na potencijalne krize i konflikte, a treći je prekoračenje nadležnosti u odnosu na stavove iz rezolucija Saveta bezbednosti, što je najviše došlo do izražaja u slučaju Kosova.

1. Razvijanje prakse samostalno delovanje Generalnog sekretara UN

Pod samostalnim delovanjem podrazumevamo oblike neposrednog diplomatskog angažovanja Generalnog sekretara UN u politički osetljivim situacijama, koje prethodi krizi u odnosima između pojedinih država ili se preduzima u toku krize. Nezavisno od organa u čijem radu učestvuje i čije odluke je dužan da izvršava, ali ponekad i uz njihovu prećutnu saglasnost, Generalni sekretar je postepeno, a vremenom sve češće, uspostavljao samostalne kontakte sa akterima krize. Naravno, on u početku nije nudio gotova rešenja, već je prvenstveno nastojao da olakša dijalog suprotstavljenih strana i podstakne spremnost na kompromis kako bi sprečio pretvaranje krize u konflikt.

Praksu samoinicijativnog uključivanja u rešavanje sporova uveo je „...generalni sekretar Hamaršeld (*Hammarkjold*) koji je izneo shvatanje da je u postupku mirnog rešavanja sporova Generalni sekretar ovlašćen da dela i bez posebnog ovlašćenja Generalne skupštine i Saveta

² A/55/985, S/2001/574: „*Report of the Secretary General on the work of the Organization, Prevention of Armed Conflict*“, 2001;

bezbednosti i tako popunjava praznine u sistemu održavanja mira i bezbednosti“.³

U pozitivan bilans Hamaršeldovog doprinosa razvoju preventivne uloge UN ubrajaju se aktivnost na produbljivanju Sporazuma o primirju između Izraela i arapskih država, organizovanje UNEF snaga (*United Nations Emergency Force*) 1956. godine i rukovođenje istim, miroljubivo rešavanje sukoba oko Sueckog kanala, organizovanje i vođenje Posmatračke grupe za Liban (UNOGIL – *United Nations Observation Group in Lebanon*) i uspostavljanje Kancelarije specijalnog predstavnika Generalnog sekretara u Jordanu 1958. godine. U vreme jedne od najvećih afričkih kriza, koja je 1960. godine izbila u Kongu, u sred noći 13. jula samoinicijativno je sazvaio Savet bezbednosti i isposlovao hitno slanje mirovnih trupa UN u ovo područje.

Diplomatski efekat delovanja Generalnog sekretara u praksi se ispoljava još na dva načina. „Njegov politički i moralni autoritet, koji je proizlazio iz njegove visoke pozicije u okviru organizacije, često se pokazao kao koristan makar da dovede suprotstavljene strane za pregovarački sto kroz pružanje dobrih usluga.“⁴ Uz to, zbog autoriteta funkcije, Generalnom sekretaru je svojevremeno bila dodeljena i arbitražna uloga. „U jednom slučaju je zamoljen da deluje kao arbitar: 1986. Francuska i Novi Zeland zajedno su pozvali Peresa de Kueljara (*Peres de Cuellar*) da arbitrira u njihovom sporu“...⁵

Nesumnjivo, razvoj događaja i način pristupanja sporovima od strane organa UN vodili su ka proširenju uloge Generalnog sekretara u oblasti preventivne diplomatije. „Ovlašćenja data u čl. 99... obezbedila su osnovu za stratešku ekspanziju uloge Generalnog sekretara“⁶. Učestalo je njegovo posezanje za nekonvencionalnim sredstvima, od tajne i tihe diplomatije do direktne javne komunikacije i inicijative prema suprotstavljenim stranama, uključujući predlaganje sastava istražnih misija i drugih diplomatskih posredničkih tela i obrazovanje takozvanih „grupe prijatelja“ određenih zemalja i slično.

3 Smilja Avramov i Milenko Kreća: „*Međunarodno javno pravo*“, Savremena administracija, Beograd, 2007., str. 465;

4 Antonio Cassese „*United Nations Peace Keeping - Legal essays*“(The Secretary General and the Security Council -Allocation of Powers), ed. Antonio Cassese, pp. 7-12;

5 Antonio Cassese, op. cit., page 285;

6 „*Secretary or General? The UN Secretary General in World Politics*“, Simon Chesterman ed. Cambridge University Press 2007, pp. 6;

Uloga Generalnog sekretara na planu preventivne diplomatije, ali i uopšte u okviru aktivnosti koje preuzima Savet bezbednosti, postajala je sve izrazitija i daleko snažnija nego ranije. On je postepeno preuzimao ulogu glavnog kreatora najvećeg broja akcija za rešavanje i otklanjanje konfliktnih situacija, on je taj koji i danas predlaže formiranje novih službi u okviru Sekretarijata radi jačanja sistema preventivne diplomatije i on u krajnjoj liniji oblikuje i usmerava njihov rad⁷.

U uslovima unipolarnog sveta, za razliku od perioda Hladnog rata, Generalni sekretar UN je bitno proširio prostor za svoje političko delovanje. On je istovremeno postao najviši diplomata Organizacije, interpretator političkih stavova Saveta bezbednosti, zatim tumač normi, to jest odredbi rezolucija SB i Povelje, i glavno-komandujući oružanih snaga UN. To je razlog što pojedini autori njegovu ulogu vide „u rasponu od uloge pape, faraona i profete, pri čemu je teško precizirati da li je i u kojoj meri on lider, razmetljivi propovednik ili samo službenik Organizacije.”⁸

Njegova uloga je proširivana „tako da obuhvati operativnu odgovornost za očuvanje i izgradnju mira, s obzirom da je Generalni sekretar od strane Saveta bezbednosti određen za izvršioca važnih političkih i vojnih zadataka, a nametanje te dužnosti od strane država sputalo je njegovu poziciju fer posrednika u nastalim sporovima”.⁹

Zagovornici neophodnosti jačanja uloge Generalnog sekretara UN, pravnu osnovu za svoju tezu nalaze u činjenici da je članom 7. Povelje Sekretarijat svrstan među glavne organe UN. Pošto je Generalni sekretar najviši rukovodilac takvog jednog organa, onda on, kao inokosni organ rukovođenja, izražava, ovaplođuje i nosi sve attribute koje tom organu pripadaju. Delujući kao prva ličnost organa UN, Generalni sekretar je znatno više od „glavnog administrativnog službenika Organizacije“ (čl. 97), jer njegova funkcija dobija političku ulogu. On se u sistemu UN i pred dugim organima prvenstveno pojavljuje u funkciji prve ličnosti organa UN a ne šefa administracije.

Poseban značaj njegove funkcije proističe takođe iz prava

7 Rezolucija Generalne skupštine A/RES/63/261 od 5. marta 2009. godine o jačanju Odelenja za političke poslove (DPA) poslednja je u nizu rezolucija koje su donete na predlog Generalnog sekretara, a tiču se rekonstrukcije stručne službe i jačanja njihovo uticaja na rešavanje kriza u svetu;

8 Ibid;

9 Ibid, str.3;

Generalnog sekretara da istupa pred svim drugim organima, kao i u činjenici da svi njegovi postupci, posebno ocene i predlozi koji su sadržani u godišnjem izveštaju o radu Organizacije, prvenstveno imaju politički efekat i dejstvo, a ne administrativno-birokratski karakter ili značenje. Šta više, stavovi izneti u izveštaju Generalnog sekretara često postaju specifična vrsta političkog programa ili bar smernica za akciju, bez obzira što ih ne slede svi članovi UN niti su na to obavezni.

Smatra se da je angažovanje Generalnog sekretara u rešavanju krize kinesko-američkih odnosa 1954-1955. godine predstavljalo prvi originalni primer samostalnog političkog delovanja u odnosu na Savet bezbednosti. Generalni sekretar se samoinicijativno opredelio za postupak koji je kasnije u praksi međunarodnih odnosa nazvan *Pekinška formula*. Ova međunarodna kriza je izbila kada je kineska vlada odlučila da izvede na sud 11 Amerikanaca zarobljenih za vreme sukoba u Severnoj Koreji (12. januara 1953. godine).

Rezolucija Generalne skupštine koje su se ticala ovog suđenja¹⁰ nije predviđala nikakvo samostalno ovlašćenje za delovanje Generalnog sekretara, već jedino dužnost da preduzme sve neophodne mere kako bi se sproveo zaključak UN o nelegalnosti takvog suđenja, imajući u vidu da se radilo o licima koja su bila u sastavu misije UN i koja su zarobljena posle sklapanja mirovnog sporazuma. Ipak, Generalni sekretar Dag Hamaršeld se odlučio da preduzme ličnu inicijativu, daleko od očiju javnosti. Neposredno je kontaktirao kineskog ministra spoljnih poslova, zakoračivši u sferu tajne diplomatije, manirima tihe diplomatije, koji imaju mnogo zajedničkog sa diplomatijom u njenom starom tajnom obličju. „Smanjivanje pritiska javnosti na minimum i povećanje ličnog pritiska do maksimuma predstavljalo je put za postupanje Generalnog sekretara u ovom slučaju.“¹¹ - Rezultat je prevazišao očekivanja, jer je Kina prihvatila da oslobodi sve zarobljene američke vojnike.

Istu formulu pokušao je 1990. godine da primeni Peres de Kueljar u predvečerje vojne intervencije SAD protiv Iraka. On je u ličnom svojstvu, naglašavajući da to čini bez naloga Saveta bezbednosti, pozvao ministra inostranih poslova Iraka da se sretne u Njujorku ili Ženevi.¹²

10 A/RES/906/IX/, 10. December 1954;

11 „Can the UN Secretary General say “No“?: Revisiting the “Peking Formula“, Jorge E. Vinuales, the working paper hosted by The Berkeley Electronic Press str. 11, dostupno na: www.law.bepress.com/expresso/eps/1478;

12 *Security Council Official Records*, 2937th meeting, 18th August 1990;

Međutim, okolnosti su bile drugačije i on nije imao manevarski prostor da sam nešto postigne. Za to vreme, SAD su već bile izrasle u jedinu super silu i nikakav kompromis nisu želele osim kompletnog povlačenja Iraka sa teritorije Kuvajta. De Kueljar se ipak u takav pokušaj upustio jer je, kako je pet godina kasnije izjavio, bio uveren da će SAD i Velika Britanija unilateralno intervenirati ukoliko UN ne odobre njihovu akciju, a on je želeo da nađe takav izlaz iz situacije koji će Iračanima sačuvati obraz./¹³

Sličnu vrstu medijacije, ali ovog puta bar uz usmenu podršku predsedavajućeg Saveta bezbednosti/¹⁴ pokušao je Generalni sekretar Kofi Anan 1998. godine ponovo u Iraku, kada su SAD i Velika Britanija zapretila da će vojno intervenirati jer irački režim nije dozvolio da komisija UN proveri predsedničke odaje u Bagdadu. Zbog toga se ova medijacija ne može podvoditi pod „Pekinšku formulu“, tim pre jer ima mišljenja da je Anan tako postupio na osnovu neformalne instrukcije vlade SAD.

Dobre usluge nesumnjivo predstavljaju onaj mehanizam preko koga objektivno dolazi do postepenog proširenja pravnog osnova za delovanje Generalnog sekretara. Jasno priznanje njegove medijatorske uloge, kao sastavnog dela legalnih ovlašćenja Generalnog sekretara, prvi put je izričito sadržano u Rezoluciji Generalne skupštine iz 1988. godine o sprečavanju sporova između država koji mogu voditi ugrožavanju međunarodnog mira i bezbednosti. Ono je specificirano u tačkama 20 i 21 ove rezolucije:

„(20) Generalni sekretar, ukoliko mu se obrati država ili države kojih se direktno tiče neki spor ili situacija, hitno će odgovoriti zahtevom državama da traže rešenje ili stabilizaciju mirnim putem po svom izboru u okviru Povelje i pružanjem svojih dobrih usluga ili drugim sredstava koje mu stoje na raspolaganju, a koje on smatra odgovarajućim (podvukao D.V.)“./¹⁵

13 Perez de Cuellar: „*Reflecting on the Past and Contemplating the Future*“ in *Global Governance*,

1/2, 1995, p. 164;

14 „The Security Council gives its full support to the Secretary General’s mission because it would have real impact on the implementation of United Nations resolutions”, cited in SCIOLINO, E.,: For U.N. Chief, Scarcely Room for Negotiating in *The New York Times*, February 19, 1998;

15 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations which may Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in this

„(21) Generalni sekretar će razmotriti obraćanje država kojih se spor ili situacija direkto tiče kako bi sprečio da izrastu u pretnju očuvanju međunarodnog mira i bezbednosti“.¹⁶

Bez obzira što se ovde ne radi o neposrednom prenosu ovlašćenja Generalne skupštine ili Saveta bezbednosti na ličnost Generalnog sekretara UN, nesumnjivo da je u ovom konkretnom slučaju Generalni sekretar ovalašćen da interveniše „kada on to smatra primerenim“. Takvo proširenje nadležnosti jeste vezano samo za pomenutu situaciju i formalno se ne bi moglo tumačiti kao opšta kategorija, ali pojedini autori smatraju da ono uvodi običajno pravo Generalnog sekretara da i u svim budućim slučajevima postupa prema meri svojih diskrecionih uverenja.

Doduše, tačka 21 ove rezolucije ne pominje „Pekinšku formulu“ kao *modus operandi*, ali se ona indirektno podrazumeva. Nije sporno da je „Pekinška formula“, zbog presedana koji je unela, u jednoj konkretnoj situaciji proširila formalnu osnovu za delovanje Generalnog sekretara u odnosu na dotadašnju praksu i na odredbe Povelje UN. U njoj će pojedine države, ali i sam Generalni sekretar, verovatno tražiti uporište i za neke buduće situacije. Njena primena u praksi i problemi koji iz toga budu proizilazili zavisiće pritom ne samo od odnosa snaga, već i od umešnosti, znanja i sposobnosti osobe na toj funkciji.

Oko teze da se iz pojedinačnih rezolucija Saveta bezbednosti može izvlačiti zaključak o legalnom proširenju ovlašćenja Generalnog sekretara postoje velike razlike u mišljenju. Jedna grupa autora, kao i funkcionera UN, smatra da je ovde reč o legalnom procesu kumuliranja dodatnih obaveza i posebnih ovlašćenja Generalnom sekretaru kroz nove rezolucije Saveta bezbednosti, koje se prirodno nadovezuju jedna na druge. Druga grupa smatra da je reč o izuzetku, koji važi samo za precizno utvrđene konkretne slučajeve, dok u svim drugim situacijama ostaje na snazi opšta dužnost Generalnog sekretara samo da prati razvoj situacije i obaveštava Savet bezbednosti a ne da nastupa samostalno.

Među *ad hoc* rešenjima koja idu u prilog legalizovanja dodatnih ovlašćenja Generalnog sekretara može se ubrojiti rezolucija Saveta bezbednosti iz decembra 1992. godine. U paragrafima 6,7 i 10, izričito se kaže da Savet bezbednosti: „Odlučuje da se operacije i dalje razmeštanje 3.500 pripadnika UN Operacije u Somaliji (UNISOM)... nastave po diskrecionoj odluci Generalnog sekretara u svetlosti

Field; A/RES/43/51/ 05.12.1988;

16 Ibid;

procene stanja na terenu“. Savet dalje „potvrđuje preporuku Generalnog sekretara... da akcija po osnovu Glave VII UN treba da se preduzme u cilju uspostavljanja bezbednog okruženja (podvukao D.V.) za operacije dostavljanja humanitarne pomoći Somaliji što je pre moguće“. Konačno, Savet ovlašćuje: „u okviru Glave VII ...Generalnog sekretara i države članice s kojima saraduje u sprovođenju ponude iz stava 8 da upotrebe sva neophodna sredstva (podvukao D.V.) kako bi što pre uspostavili bezbedno okruženje za operacije humanitarne pomoći u Somaliji/¹⁷“

Navedena rezolucija je specifična po tome što je ovo prvi put da su i SAD pristale da se odluke o operacijama nametanju mira, koja je u osnovi vojnog karaktera, stave u ruke Generalnog sekretara UN. Sticajem okolnosti, operacija se neslavno završila, jer je grupa američkih vojnika surovo pobijena, pa je misija obustavljena. Debakl misije je istovremeno pokazao neodrživost i rizičnost olakog proširenja ovlašćenja Generalnog sekretara.

Među rezolucijama koje su na neki način prošle bez posebnog interesovanja stručnjaka za međunarodno pravo i međunarodne odnose je ona iz 2001. godine, o ulozi Saveta bezbednosti u sprečavanju oružanih sukoba.¹⁸ U tački 10. sadržan je poziv Generalnom sekretaru „da uputi Savetu bezbednosti svaku informaciju ili analizu ...o slučajevima ozbiljne povrede međunarodnog prava, uključujući povrede međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava i o slučajevima potencijalno konfliktne situacije (podvukao D.V.), koja proizilazi, između ostalog, iz etničkih, religijskih i teritorijalnih razmirica, siromaštva ili teškoća u razvoju, i pokaže svoju odlučnost da sa punom pažnjom razmotri takve informacije i analize o situacijama za koje on smatra da predstavljaju pretnju međunarodnom miru i bezbednosti“.

Citirana formulacija predstavlja u suštini dopunu i preciziranje ovlašćenja Generalnog sekretara koja su izvorno navedena u čl. 99 Povelje. U Povelji se na primer kaže da Generalni sekretar *može* (dakle, ne mora, napomena D.V.) skrenuti pažnju Savetu bezbednosti, a ovde se u Rezoluciji 1366 on instruiše da tako nešto redovno čini, što već ima snagu obavezujućeg poziva. Dalje, u Povelji se kao povod za obraćanje Savetu bezbednosti navodi *svako pitanje*, a u Rezoluciji 1366 se ta pitanja sužavaju samo na *slučajeve ozbiljne povrede međunarodnog prava* i na sporove koji mogu ugroziti međunarodni mir i bezbednost.

17 /S/RES/794/1992/03.12.1992;

18 /S/RES/1366/2001/;

Kada je naredne godine, povodom zaoštavanja američkog stava o Iraku, postalo jasno da se SAD pripremaju za vojnu intervenciju, Generalni sekretar se nije obratio Savetu bezbednosti, u skladu sa ovlašćenjima iz prethodno pomenute rezolucije, već se obratio Generalnoj skupštini. Petnaest minuta pre nego što će predsednik SAD američkoj javnosti saopštiti početak vojne intervencije protiv Iraka, Generalni sekretar se obratio Generalnoj skupštini sa izjavom koja je politički bila usmerena na obuzdavanje američke militantne ambicije. Doduše, on je bio svestan da će SAD i njihovi saveznici iz „koalicije voljnih” vojno intervenirati mimo Sveta bezbednosti, pa je ovakvim javnim obraćanjem hteo da na najblaži mogući način iznese svoje neslaganje sa postupkom SAD.

On je jasno stavio do znanja da bi vojna akcija protiv Iraka mogla da se povede samo na osnovu nove rezolucije Saveta bezbednosti. Ne pominjući SAD, on je naglasio da je za delovanje prema Iraku neophodno poštovanje međunarodnog prava, to jest „jedinstvena legitimacija pružena od strane UN“. Svestan da će ovim političkim istupom izazvati nezadovoljstvo SAD kao glavnog finansijera i domaćina UN, on je dodao nekoliko rečenica koje su njegovu izjavu trebalo da učine izbalansiranim, u smislu da ukoliko Irak nastavi da se oglašuje o svoje obaveze, Savet bezbednosti „mora preuzeti svoju odgovornost“, implicirajući da se pod odgovornošću podrazumeva pretnja ili ovlašćenje za upotrebu sile.

Isticanje mogućnosti za samostalnim delovanjem Generalnog sekretara, odnosno za diskrecionim postupanjem u kriznim situacijama, postalo je standardna formulacija koja se navodi u nizu rezolucija najviših organa UN novijeg karaktera. Na primer, u već pomenutoj rezoluciji Generalne skupštine iz 2009. godine, o jačanju uloge Odeljenja Sekretarijata UN za političke poslove izričito se konstatuje postojanje prava Generalnog sekretara da razvija preventivne aktivnosti, da imenuje sopstvene predstavnike i lične i da preduzima druge diskrecione aktivnosti.

Ambicije za samostalnim delovanjem, to jest za profilisanjem snažnije političke uloge Generalnog sekretara, nisu mimoišle ni jednu osobu na ovoj funkciji, počev od Daga Hamaršelda do Ban Ki-muna. Dve su u tome otišle najdalje. Prvo Butros Gali, 1992. godine, sa svojim „Programom za mir“, kao autentičnim projektom preventivnog delovanja čitave organizacija a naročito Generalnog sekretara. Drugo Kofi Anan, 1999. godine, sa doktrinom „odgovornost za zaštitu“, koja u suštini

predstavlja „pokušaj da se podastre legalna interpretacija ili čak kreira nova norma prema kojoj zaštita ranjive populacije ne bi trebalo da bude žrtvovana na oltaru suvereniteta/¹⁹.

Nastojanje da se opšte načelo odgovornosti pretvori u konkretno pravo Organizacije UN, a pre svega Saveta bezbednosti ili organizacija koje on ovlasti, da u specifičnoj situaciji preduzme izvesne nadležnosti država na unutrašnjem planu, nesumnjivo predstavlja pokušaj utiranja puta pravu na intervenciju iz humanitarnih razloga. Jednako politički instruktivan bio je tzv. *Milenijumski izveštaj* iz 2000. godine kojim je Generalni sekretar izložio (svoj) program akcija UN za 21. vek.²⁰ Ovde se radi o pokušaju da se zbog navodne zaštite prava pojedinaca ili određenih grupa jednokartno dovede u pitanje legitimitet vlasti u jednoj državi i njene nadležnosti supstituišu do razrešenja sporne humanitarne situacije.

Celovito sagledavanje efekata preventivnog diplomatskog delovanja Generalnog sekretara UN zahteva da se razmotre i one situacije u kojima taj diplomatski kapacitet prve ličnosti UN najviše dolazi do izražaja. S jedne strane to su ovlašćenja i obaveze Generalnog sekretara u pogledu ranog upozoravanja Saveta bezbednosti na potencijalne opasnosti u pojedinim područjima, a sa druge strane to su dobre usluge koje Generalni sekretar može pružiti stranama u sporu, bez obzira da li su te strane unutrašnji akteri ili potiču iz različitih država.

U poređnom analizom konkretnih situacija, pokazaćemo da je Generalni sekretar u osnovi zapostavio funkciju ranog upozoravanja. To će biti predmet rasprave u narednom, 2. poglavlju. Ukazaćemo, isto tako, da se i pružanje dobrih usluga, u ođeđenoj situaciji, može pretvoriti u prekoraćenje ovlašćenja Generalnog sekretara u odnosu na predmetnu rezoluciju. To je tema poglavlja 3. Ovde nećemo ulaziti u pitanja učešća Generalnog sekretara u klasičnim preventivnim operacijama za očuvanje mira, koje se preduzimaju u okviru Glave VI, jer se radi o temi koja će biti obrađena u posebnom prilogu.

19 „*Secretary or General? The UN Secretary General in World Politics*”, Simon Chesterman ed. Cambridge University Press 2007, pp. 9;

20 „*We the Peoples. The Role of the U.N. in the 21st Century*” (3 April 2000);

2. Zapostavljanje obaveze ranog upozoravanja Saveta bezbednosti

Rano upozoravanje Saveta bezbednosti na protivurečne procese i kontradikcije koji mogu dovesti do komplikovanja međunarodne situacije i pojave krize, kako između država tako i unutar njih, predstavlja najvažniji prvi korak za preventivno pokretanje diplomatskog potencijala Ujedinjenih nacija, a time i za angažovanje Saveta bezbednosti. Da bi na vreme preduzeli neophodne korake, organi koji su nadležni za prevenciju moraju unapred biti upoznati sa situacijama u kojima dolazi do rastuće nesigurnosti, animoziteta i disfunkcionalnosti sistema. Bez pravovremenog saznanja o procesima koji mogu dovesti do ugrožavanja međunarodnog mira i bezbednosti nije moguća ni blagovremna akcija niti preventivno ublažavanje negativnog razvoja događaja.

Osnivači Ujedinjenih nacija su shvatili značaj dimenzije hitnosti za predupređivanje kriznih situacija u svetu pa su Generalnom sekretaru dali posebnu i veoma važnu ulogu na planu ranog upozoravanja. Tačnije rečeno, jedina nezavisna uloga koju Povelja UN daje Generalnom sekretaru UN je ona koja se tiče ranog upozoravanja.

Član 99 Povelje UN ovlašćuje Generalnog sekretara da formalno upozorava Savet bezbednosti na svaku novu (podvukao D.V.) situaciju koja može predstavljati pretnju međunarodnom miru i bezbednosti. Anticipiranje potencijalno kriznih situacija koje mogu imati negativni refleks na međunarodni mir i bezbednost je izuzetno važna funkcija i obaveza, s obzirom na primarnu odgovornost Saveta bezbednosti za mir u svetu.

Međutim, proučavanje pitanja koje je Savet bezbednosti stavljao na dnevni red sednica u periodu od 1945. do 2009. godine pokazuje da je u oko 120 sukoba u kojima je Generalni sekretar na neki način intervenisao veoma mali broj onih koji su postali predmet pažnje Saveta bezbednosti po osnovu pozivanja Generalnog sekretara na čl. 99 Povelje UN. Njegova upozorenja po toj osnovi nisu bila ni česta, ni blagovremena.

Samo u tri slučaja Generalni sekretar se izričito pozvao na ovu odredbu, tražeći unošenje teme u dnevni red Saveta bezbednosti. To su zbivanja u Kongu 1960. godine, kriza talaca u Iranu 1979. godine i situacija u Libanu 1989. godine. Za još oko petnestak slučajeva moglo bi se reći da je implicitno bila aktivirana funkcija ranog upozoravanja od

strane Generalnog sekretara, utoliko što je on tražio razmatranje određene teme, ali bez izričitog pozivanja na ovlašćenja iz člana 99.

Ipak, većina ovih slučajeva predstavljala je kasno, a ne rano upozoravanje, jer se odnosila na sukobe koji su već buknuili. Sem toga, u nizu situacija nije se radilo o samostalnoj inicijativi Generalnog sekretara po osnovu čl. 99, već o tome da je dobar deo predloga za uvršćenje određene teme u dnevni red sednice Saveta bezbednosti u suštini predstavljao samo formalnu podršku zahtevu neke države upućene Generalnom sekretaru da se određeno pitanje stavi na dnevni red.

Slično se može reći i za upozorenja na usložnjavanje i zaoštavanje unutrašnje situacije u pojedinim zemljama ili u odnosima između nekih susednih država koje je Generalni sekretar iznosio na povremenim neformalnim sednicama Saveta bezbednosti. Ovde se takođe nije radilo o postupanju po članu 99, jer Generalni sekretar nije uvrstio novu temu u dnevni red redovnog zasedanja Saveta ili sazvaio vanrednu sednicu Saveta o tom pitanju. Tim pre što su se ova upozorenja po pravilu ticala država ili područja na kojima je već ranije izbijao sukob a čije su posledice po međunarodni mir i bezbednost prethodno već bile razmatrane na Savetu bezbednosti.

Zbog tako sporadičnog korišćenja ovlašćenja iz člana 99 od strane Generalnog sekretara, a imajući u vidu značaj ovog pitanja za preventivno delovanje Saveta bezbednosti, s razlogom se možemo upitati šta je to što funkciju ranog upozoravanja čini retko primenljivom i teško sprovedivom. Koji su razlozi član 99 učinili nepopularnom alatom i doveli do atrofije funkcije ranog upozoravanja Saveta bezbednosti od strane Generalnog sekretara?

Zanemarivanje ove funkcije utoliko više pada u oči ukoliko se ima u vidu neprekidni rast kapaciteta za rano upozoravanje u proteklih šest i po decenija. Nikada Generalni sekretar nije bio više eksponiran u odnosu na organe UN nego danas, nikada „njegov” Sekretarijat nije bio brojniji, nikada na terenu UN nisu rasporedile više misija, ispostava ili predstavništava, a broj specijalizovanih radnih grupa, tela, komisija i panela koje opslužuju Generalnog sekretara premašio je ukupan broj onih koje opslužuju ostale organe UN.

Generalni sekretar UN je po osnovu člana 99 Povelje UN dobio ovlašćenje koja nikada ranije nije bila dodeljena ni jednom rukovodiocu neke druge međunarodne organizacije. Ovo ovlašćenje nije bilo

limitirano ni u pogledu teme koju Generalni sekretar može pokrenuti (on je mogao upozoriti na svako pitanje a ne samo na sukob), ni u pogledu subjektivnosti zapažanja (jer se ostavljalo da po slobodnom nahodjenju proceni koja situacija može ugroziti međunarodni mir i bezbednost).

U terminologiji UN, fraza „skrenuti pažnju” podrazumeva da se radi o unošenju nove teme u dnevni red zasedanja Saveta bezbednosti. Član 99 otud ne može predstavljati osnovu za ponovno pokretanje teme koja je već ušla u proceduru razmatranja u Savetu bezbednosti, već samo za novo pitanje.²¹ Ipak, u praksi je došlo do određenog odstupanja od člana 99 kako u pogledu tumačenja ove funkcije tako i sadržaja na osnovu kojih se materijalizuje funkcija ranog upozoravanja.

Odstupanja su išla u dva pravca. Prvo, upozoravanja Generalnog sekretara odnosila su se i na situacije o kojima je već ranije započeta formalna rasprava u Savetu bezbednosti. Drugo, ovo ovlašćenje je interpretirano i kao pravo Generalnog sekretara da preduzima nezavisne aktivnosti radi utvrđivanja činjenica i prikupljanja informacija koje bi bile u funkciji sprečavanja kriza ili upravljanja krizama.

Dag Hamaršeld je u vreme obavljanja funkcije Generalnog sekretara među prvima ukazivao da „neophodna implementacija” člana 99 Povelje UN predstavlja „široko ovlašćenje da sprovodi ispitivanje i da se angažuje u neformalnim diplomatskim aktivnostima u vezi sa pitanjima koja mogu zapretiti očuvanju međunarodnog mira i bezbednosti”²².

U tom smislu se Peres de Kueljar, kao Generalni sekretar, izričito pozvao na član 99 Povelje UN kao osnov za pokretanje sopstvenih ispitivačkih radnji o upotrebi iranskog hemijskog oružja u periodu 1980-1988. godine. On se za preduzimanje te samostalne akcije nije pozvao na predmetnu Rezoluciju Generalne skupštine UN/²³ jer je ona bila doneta preglasavanjem (tesnom većinom).

Na toj liniji su i druge ličnosti koje su obavljale funkciju Generalnog sekretara preduzimale samostalne aktivnosti koje su indirektno, a ne neposredno, bile povezane sa funkcijom i potrebom ranog upozoravanja

21 United Nations Secretary General: „*Repeortoire of Preactice of the Security Council*”, ST/PSCA/1and Add. 1-9 (which covers the years 1946-1984), New York, United Nations, dostupno na sajtu: www.un.org/Depts/dpa/reportoire.html;

22 Hammarskjold Dag: “*The International Civil Servant in Law and Fact*”, lecturer delivered in Congregation at Oxford University, 30, may 1961, in the *Public Papers of the Secretaries-General of the United Nations*, Volume IV (1958-1961) eds. Andrew Cordier and Wilder Foote (New York, Columbia University Press) 477;

23 A/RES/37/98; 13 December 1982;

Saveta bezbednosti, kao što su dobre usluge, psoredovanje ili mirenje.

Od tri napred pomenuta slučaja intervencije Generalnog sekretara prema Savetu bezbednosti radi upozorenja na približavanje krize, samo se onaj u vezi Irana 1979. godine može smatrati ranim upozoravanjem, jer je inicijativa za razmatranje stigla pre nego što je izbio sukob oko talaca. Međutim, obraćanje Generalnog sekretara Savetu bezbednosti sa zahtevom za održavanje hitne sednice povodom izbijanja sukoba u Kongu 1960. godine i u Libanu 1989. godine u oba slučaja usledilo je posle izbijanja sukoba, te *stricto sensu* ne bi moglo biti podvedeno pod blagovremeno upozoravanje.

Istina, i problemi koji su nastali povodom zarobljavanja američkih pilota u Iranu 1979. godine već su bili dospeli u javnost, ali taj problem formalno nije bio iznet pred Savet bezbednosti. Da bi već poznatu situaciju podvrgao nadležnosti Saveta bezbednosti Generalni sekretar UN pozvao na član 99 Povelje UN i zatražio da se ova situacija uvrsti u dnevni red sednice Saveta bezbednosti.

U svim ostalim slučajevima angažovanja Generalnog sekretara radi sazivanja hitne sednice Saveta bezbednosti ili uvrštavanja određene situacije u dnevni red redovnog zasedanja Saveta bezbednosti nije se radilo o ranom upozoravanju. U pitanju je bilo klasičano utvrđivanje dnevnog reda, sa temama za raspravu na područjima gde su se već odvijali manji ili veći sukobi.

Prvi primer kada je Generalni sekretar (tada Trigve Li) izdejtvo-
vao sazivanje vanredne sednice Saveta bezbednosti desio se 1950. godine, povodom intervencije Severne Koreje u Južnoj Koreji. On je bio prvi govornik na sednici, ali ovde se nije radilo o ranom upozoravanju Saveta bezbednosti, s obzirom da je Generalni sekretar 12 sati pre sazivanja sednice dobio od zvaničnika SAD obaveštenje da se intervencija već dogodila.

Što se tiče izbijanja krize u Kongu 1960. godine, neposredno posle sticanja nezavisnosti, Generalni sekretar (Dag Hamaršeld) bio je u boljoj situaciji jer je neposredno pre toga obišao nekoliko zemalja u ovom području Afrike a na licu mesta je ostao njegov pomoćnik za politička pitanja. Taj pomoćnik je prvi sa lica mesta javio Generalnom sekretaru da sukob počinje, pa je ovaj sazvao sednicu Saveta bezbednosti pre nego što je sukob postao šire poznat. Ovde se takođe nije radilo o ranom upozoravanju, ali je Generalni skeretar bio prvi koji je informisao

Savet bezbednosti o počektu konflikta. Njegova uloga je bila aktivna a reakcija mnogo brža nego u svim drugim slučajevima gde je Generalni sekretar zahtevao hitno zasedanje Saveta bezbednosti.

U nizu drugih potencijalno opasnih međunarodnih situacija Generalni sekretar (U Tant, na primer) je davao prednost „tihoj diplomatiji”, smatrajući da „ništa ne može biti više odbojno ili nekorisno za Generalnog sekretara nego da se pozove na odredbe člana 99 u situaciji gde nema realnih mogućnosti da se Savet bezbednosti usaglasi oko bilo koje pozitivne uloge”²⁴. Međutim, kada je 1971. godine izbila kriza u Istočnom Pakistanu a ova oblast proglasila nezavisnu državu Bangladeš, Generalni sekretar je promenio uverenje pa se u obraćanju Savetu bezbednosti radi održavanja hitne sednice izričito pozvao na član 99.

Verovatno je najveći podbačaj u aktiviranju funkcije ranog upozoravanja Generalnog sekretara prema Savetu bezbednosti predstavljao tok događaja oko Ruande. Saznanja o opasnom zaoštavanju situacije stizala su iz različitih izvora ali tadašnji Generalni sekretar (Butros B. Gali) nije iskoristio svoje pravo iz člana 99, smatrajući da su Ujedinjene nacije nepripremljene i nemoćne da tu nešto ozbiljnije učine. Eskalacija nasilja koja je u narednih stotinak dana odnela život oko pola miliona stanovnika ove siromašne afričke države nije prethodno ličila Generalnom sekretaru na situaciju u kojoj bi imalo potrebe da se formalno pozove na član 99 i zatraži hitno zasedanje.

Za najveći uspeh preventivnog delovanja UN, u sklopu blagovremenog upozoravanja i pravovremenog preventivnog razmeštanja snaga, smatra se pak razvoj događaja oko Makedonije 1992. godine. Kada je izbio građanski rat u SFRJ, makedonski predsednik je alarmirao Generalnog sekretara u strahu od preliivanja krize iz bliskog okruženja. Usledila je akcija razmeštanja mirovne misije UN a način na koji je pitanje stiglo do Saveta bezbednosti, tok koji je dalje postupanje imalo, mere koje su preduzete i efekti koji su postignuti izučavaju se na studijama mira kao obrazac dobro obavljenog preventivnog posla od strane UN.

Funkcija ranog upozoravanja i ovlašćenja generalnog sekretara UN iz člana 99 Povelje UN dobili su novu konotaciju posle prestanka Hladnog rata. Unutrašnji sukobi a ne međunarodni konflikti, postali su oni događaji za koje je narastao interes da se uvrste u dnevni red

²⁴ *Public Papers of the Secretaries-General of the United Nations*, Volume VIII (U Tant 1968-1971) eds. Andrew W. Cordier and Max Harrelson, New York, Colombia University Press 1977, pp. 386;

razmatranja Saveta bezbednosti kao pretnja međunarodnom miru i bezbednosti. Međutim, radilo se o pitanjima koja su dugo bila u isključivoj unutrašnjoj nadležnosti država, pa se ni jedan Generalni sekretar nije usudio da se pozove na član 99 i zatraži hitnu sednicu u vezi nekog unutrašnjeg sukoba. Uvedena je nova praksa da se o tim pitanjima prvo otvari rasprava na neformalnim sednicama, pa tek ukoliko bi se tu postigao dogovor, ovo pitanje bi formalno bilo uvršteno u dnevni red sednice Saveta bezbednosti.

Na neformalnim zasedanjima, posvećenim pojedinim unutrašnjim sukobima, ovlašćenja Generalnog sekretara iz člana 99 Povelje su se svela na praksu dnevnog brifovanja članica Saveta bezbednosti o situaciji na određenom području. Informisanje u tom okviru, koliko god da je imalo značaj ranog upozoravanja, moglo je biti osnov samo za neobaveznu raspravu a ne za usvajanje zaključaka. Problem bi prelazio u drugu kategoriju, to jest dobijao status pretnje međunarodnom miru i bezbednosti, tek kada bi stalne članice Saveta bezbednosti to prihvatile, čime su određenu temu automatski kandidovale za formalnu tačku rasprave na zvaničnom delu sednice.

Intervencija Gruzije protiv Južne Osetije i Abhazije, kao i uzvratna intervencija Rusije protiv Gruzije, poslednji su primer jedne takve opasne situacije koja nije uspela da preraste okvire neformalne rasprave, niti je sadržavala elemente ranog upozoravanja od strane Generalnog sekretara znatno pre nego što je do sukoba došlo.

S obzirom na to da su neformalne sednice Saveta bezbednosti zatvorene za javnost, nije poznato da li je njima bilo aktivnosti Generalnog sekretara koje bi se striktno mogle podvesti pod rano upozoravanje i da li se on pri tom pozivao na član 99. Iz jedne informacije koja je 2002. godine objavljena u štampi, poznato je samo da se Generalni sekretar (Kofi Anan) obratio članovima Saveta bezbednosti „po osnovu člana 99” zahtevajući održavanje neformalne sednice povodom saznanja o predstojećoj eskalaciji nasilja na Bliskom istoku.²⁵

U zaključku o načinu ostvarivanja funkcije ranog upozoravanja od strane Generalnog sekretara UN, kao pretpostavke za blagovremeno

25 „*Annan warns of worse to come in Mideast Conflict*”, south African Broadcasting Corp. News, 2 april 2002, dostupno na www.sabcnews.co.za/world/the_middle_east/0,1009,31382,00.html; citirano prema: “*Early and Late Warning by the UN Secretary-General of Threats to the Peace: Article 99 Revisited*”, A. Walter Dorn;

preventivno delovanje kako Saveta bezbednosti tako i čitavog sistema UN, može se reći da su postupci Generalnog sekretara izašli iz striktnog okvira člana 99 i poprimili neka drugačija obeležja i sadržaje. Uprkos tome što su kapaciteti, sredstva i mogućnosti za rano upozoravanje izuzetno unapređeni, oni u praksi nisu korišćeni u funkciju sprovođenja ovlašćenja Generalnog sekretara po osnovu člana 99 Povelje UN.

Nezavisno od te činjenice, ovaj član i dalje zadržava svoj izvorni smisao a to je potreba da Generalni sekretar blagovremeno i što ranije upozorava Savet bezbednosti na potencijalno rizične situacije koje se mogu razviti u buduću pretnju miru i bezbednosti u svetu. To je startna pozicija i prethodni uslov za razvijanje preventivnih aktivnosti čitavog sistema UN kako u strukturalnom, tako i operativnom smislu.

3. Prekoračenje nadležnosti Generalnog sekretara – slučaj Kosova

Ako se na određenim primerima iz prakse Saveta bezbednosti može konstatovati da su izvesne funkcije Generalnog sekretara ostale nedovoljno razvijene ili su dobile drugačija obeležja, kao što smo pokazali na primeru funkcija ranog upozoravanja, za postupanje Generalnog sekretara u vezi razvoja situacije na Kosovu može se reći da je otišlo u drugu krajnost.

S jedne strane Generalni sekretar nije preduzeo korake koji su prikladni funkciji koju vrši i ulozi koju ima u sistemu UN da bi zaštitio integritet i suverenitet Srbije, a s druge strane načinio je poteze kojima je prekoračio ovlašćenja sadržana u Rezoluciji 1244 i opšte nadležnosti koje on ima prema Povelji UN.

U situaciji kada je albansko stanovništvo u srpskoj pokrajini Kosovo i Metohija početkom 2008. godine jednostrano proglasilo nezavisnost od Srbije i proklamovalo „Republiku Kosovo” aktuelni Generalni sekretar Ban Ki-mun nije regovao u skladu sa ovlašćenjima koja ima, niti u funkciji odbrane autoriteta Saveta bezbednosti. Sa stanovišta Srbije ovo samoproглаšenje predstavlja protivzakoniti čin, suprotan Ustavu Srbije. Iz ugla međunarodnog prava ono predstavlja grubo kršenje elementarnih načela i pravnih pravila koja su opštepriznata i zaštićena u čitavom civilizovanom svetu. S obzirom da su tim činom uzurpirana upravljačka prava civilne misije UN na Kosovu, ovaj čin kosovskih Albanaca predstavlja i akt kršenja Rezolucije Saveta bezbednosti 1244,

a otud i pretnju međunarodnom miru i bezbednosti

Kada se ovo protivzakonito i jednostrano proglašenje nezavisnosti dogodilo, Generalni sekretar je morao u najmanju ruku da sazove vanrednu sednicu Saveta bezbednosti ili predloži da se u dnevni red redovne sednice uvrsti pitanje kršenja Rezolucije 1244 od strane albanske etničke zajednice na KiM, pozivajući se na gore pomenuti član 99 Povenje UN. Kao uzor mogle su mu poslužiti aktivnosti Generalnog sekretara preduzete 1983. godine, kada je turska etnička zajednica na Kipru takođe proglasila nezavisnu državu, a Savet bezbednosti i Generalna skupština UN svojim rezolucijama nedvosmisleno odbacili takav čin, proglasili ga nevažećim i u potpunosti potvrdili teritorijalni integritet, nacionalni suverenitet i državno jedinstvo Kipra.

Generalni sekretar je u suočavanju sa ovim nasilnim činom albanskih separatista protiv suvereniteta Srbije i autoriteta privremene uprave UN, povukao izvesne poteze koji su nezabeleženi u diplomatskoj praksi i neprimereni tako visokoj funkciji međunarodnog službenika. U jednom danu, 12. juna 2008, on je sastavio tri različita dokumenta, u kojima je na drugačiji način prikazao situaciju na Kosovu i dopustio sebi jednostrano tumačenje rezolucije 1244.

U *Izveštaju Savetu bezbednosti*²⁶ on u tački 1 samo delimično, to jest polovično prikazuje ovlašćenja Generalnog sekretara po osnovu rezolucije 1244 (da organizuje incijalno razmeštanje civilnog i vojnog prisustva na KiM), izostavljajući onaj deo u kome se kaže da će albansko stanovništvo uživati široku samoupravu u okviru Jugoslavije.

U tački 3. Izveštaja on neutralno konstatuje da je skupština Kosova proglasila nezavisnost, umesto da kao funkcioner čiji je zadatak da se stara o poštovanju rezolucija SB UN i da štiti međunarodno pravo, osudi ili bar izrazi negativan odnos prema nezakonitom i sa stanovišta međunarodnog prava neprihvaljivom činu.

U tački 5. Izveštaja on šturo navodi da je Srbija usvojila odluku kojom se za taj čin kaže da „predstavlja nasilnu i unilateralnu secesiju”, a ni jednom rečju ne daje podršku Srbiji, kao suverenoj državi, punopravnoj članici i državi osnivaču UN, u odbrani njenog suvereniteta i integriteta. Sve to što su uradili albanski separatisti za njega, kako to navodi u tački 7, predstavanja samo „novu ralnost”, koja se, prema tvrdnji iznetoj u tački 10 „mora uzeti u obzir”.

26 S/208/354/ Izveštaj o ostvarivanju INTERIM misije na Kosovu, 12. jun 2008. Original: engleski 08-37790 (E) 120608;

On zaboravlja da, u skladu sa međunarodnim pravom, „nova realnost” koja je nastala oružanim i pravnim nasiljem albanskih separatista ne može biti osnova za rešenje problema ni za prilagođavanje ostalih činilaca. U već pomenutoj Rezoluciji Generalne skupštine UN o Kipru, kojom se odbacuje i osuđuje separatistički čin odcepljenja dela teritorije ove države, izričito stoji da „*de facto* situacija stvorena silom oružja ne može ni na koji način uticati na rešenje problema Kipra”.²⁷ A situacija na KiM je upravo stvorena silom oružja, gde je NATO nastupio kao vojska albanskih separatista, a predsednik SAD javno obećao Albancima da će im obezbediti nezavisnu državu.

Sve rezolucije koje je posle uspostavljanja misije UNMIK na Kosovu donosio Savet bezbednosti izričito su pozivale na puno poštavanje prvog i najvažnijeg dokumenta UN, rezolucije 1244, uz upozorenje na posledice za one koji se tako ne budu ponašali. Međutim, u tački 7 Izveštaja, Generalni sekretar samo navodi da „prema ovom Ustavu (misleći na kvazi Ustav albanskih separatista, napomena D.V.) UNMIK-u bi trebalo da budu oduzete njegove trenutne nadležnosti kao privremene civilne uprave”. Gotovo kao neki dokoni čitalac Povelje UN, a ne kao branilac njenih principa, on ni jednom rečju ne kritikuje ovo uzurpiranje nadležnosti, niti zahteva od Saveta bezbednosti da s tim u vezi preduzme mere.

Iako u tački 3. Izveštaja Generalni sekretar konstatuje da njegov (Ahtisarijev) plan za rešenje statusa Kosova nije prihvaćen od strane Saveta bezbednosti, a u tački 4 da će čekajući instrukcije Saveta bezbednosti nastaviti da primenjuje Reozoluciju 1244, on u tački 14 daje sebi pravo da „podesi(m) operativne aspekte međunarodnog civilnog prisustva na Kosovu”. Još više, on u tački 16 bez saglasnosti Saveta bezbednosti prihvata da EU „postepeno preuzima(ti) povećane operativne odgovornosti u oblastima međunarodne policije, pravosuđa i carina širom Kosova”.

Da se ovde ne radi o operativnim stvarima, već o sprovođenju politike koja je izričito suprotna stavovima Rezolucije 1244, posebno se vidi iz formulacija tačke 15(b) Izveštaja. Generalni sekretar je formulacijom ove tačke u potpunosti promenio mandat misije UNMIK i odredio novi sadržaj tog mandata. On doslovce kaže „UN će izvršavati sledeće funkcije, pored ostalih koje treba da se odrede: (a) nadgledanje

27 A/RES/37/253/1983;

i izveštavanje; (b) omogućavanje i olakšavanje, gde je to neophodno i ostvarivo, dogovora za uključivanje Kosova u međunarodne sporazume; (c) omogućavanje dijaloga između Prištine i Beograda za pitanja od praktične važnosti; i (d) funkcije u vezi sa dijalogom o sprovođenju odredbi koje su naznačene u mom pismu g. Tadiću i g. Sejdiu”(sva podvlačenja D.V).

Praktično, ovim je Generalni sekretar odustao od svih obaveza UNMIK koje su taksativno pobrojane u rezoluciji 1244 i njena dva aneksa i sveo ih na nadgledanje i izveštavanja, a zatim uveo nove, a pre svega uključivanje Kosova u međunarodne sporazume. Kada je Srbija (u to vreme SR Jugoslavije) poverila Ujedinjenim nacijama vršenje privremene uprave na KiM ona je to učinila sa ciljem očuvanja svog suvereniteta, kako i stoji u tekstu rezolucije 1244, a ne da bi taj suverenitet bio dodeljen separatističkom pokretu albanske nacionalne manjine.

Vrhunac ove jezičke konfuzije, gde se istovremeno jedna namera proklamuje a druga sprovodi, predstavlja završna tačka 19 Izveštaja. Generalni sekretar kaže „iz ovih razloga nameravam, čekajući preporuke Saveta bezbednosti (podvukao D.V.) da rekonfiguriram međunarodno civilno prisustvo na Kosovu”. Odmah zatim, on dodaje da će to učiniti odmah, dakle ne čekajući da stignu preporuke Saveta bezbednosti.

Poseban primer svesnog dovođenja u zabludu sagovornika, kako bi prihvatili kontraverznu promenu, u uverenju da se ništa suštinski ne menja, predstavlja manipulacija sa dva različita pisma o istoj stvari, upućena na različite adrese.

U pismu *predsedniku Srbije* od 12. juna 2008. godine, Generalni sekretar kaže da „namerava(m) da upotrebi(m) ovlašćenja koja sam stekao rezolucijom 1244 (iz 1999) da se preustroji međunarodno civilno prisustvo (podvukao D.V), Međutim, rezolucija 1244 ovlastila je generalnog sekretara da „zajedno sa relevantnim međunarodnim orgnizacijama uspostavi (a ne da menja, to jest „preustroji”) međunarodno civilno prisustvo na Kosovu” i to tako da „narod Kosova... uživa suštinsku autonomiju u okviru SR Jugoslavije” (podvukao D.V.), a ne izvan Jugoslavije, odnosno Srbije kao njenog pravnog sledbenika.

Navedena rezolucija na sadrži, niti implicira, ovlašćenje Generalnom sekretaru da izmeni sastav i mandat međunarodnog civilnog prisustva i da Kosovu pruži autonomiju izvan Jugoslavije, odnosno Srbije. Zadatak misije UN prema rezoluciji 1244 je da obezbedi prelaznu upravu, a ne da

uspostavi institucije vlasti nezavisne albanske države, što je praktično iz kasnije namere Generalnog sekretara.

U istom pismu predsedniku Srbije Generalni sekretar zatim pominje *Evropsku uniju* kao relevantnu međunarodnu organizaciju za sprovođenje ove rezolucije, a u rezoluciji 1244 se Evropska unija nigde ne pominje. Ona nije ni strana potpisnica, ni učesnica, ni garant sporazuma kojim je okončana agresija NATO na Kosovu.

Upravo je aranžman o okončanju agresije 1999. godine pravljen sa izričitim insistiranjem jugoslovenske strane da *Evropska unija* u to ne bude uključena, (zbog svoje ružne uloge u razbijanju SFRJ), niti se ona sa stanovišta međunarodnog prava može smatrati klasičnom međunarodnom organizacijom (ona je u prvom redu specifični trgovinski savez tri ekonomske zajednice i 27 država, bez ustava ili bar ustavne povelje kao konstitutivnog dokumenta, sa centralnim telima koja imaju uglavnom regulativnu ili savetodavnu nadležnost).

Ako bi proces rešavanja statusa Kosova bio izvučen iz Ujedinjenih nacija (gde je dosad samo 58 od 192 države priznalo Kosovo) i prebačen u nadležnost Evropske unije (gde je od 27 država čak 23 priznala Kosovo) Srbija bi izgubila mogućnost da sačuva svoja izvorna prava na ovu teritoriju i državno jedinstvo, a Generalni sekretar bi u tom slučaju ostao zapamćen kao ličnost koja je sopstvenim aktivnostima doprinela ilegalnom činu secesije jedne nacionalne manjine od svoje matične države.

Konačno, Generalni sekretar UN u pismu predsedniku Srbije kaže da „namerava(m) da se konsultuje(m) sa visokim predstavnikom EU za zajedničku spoljnu politiku i bezbednost, da odredimo operativnu ulogu EU u primeni gore navedenih mera, unutar statusno-neutralnog okvira UN”. Međutim, nije predstavnik EU, sa stanovišta Rezolucije 1244, kompetentna osoba za razgovor o redefinisaju misije UN, već su to samo članice Saveta bezbednosti. Jer ne samo da Evropska unija nije zastupljena u Savetu bezbednosti, već nema ni status strane u sporu.

U pismu predsedniku Kosova, Generalni sekretar se još više udaljava od rezolucije 1244, a svoja ovlašćenja još u većoj meri proizvoljno proširuje. On tu izričito kaže „moja namera je da se preustroji struktura i profil međunarodnog civilnog prisustva tako da korespondira nastaloj situaciji na Kosovu”, čime otvoreno potvrđuje nameru da „međunarodno civilno prisustvo” na Kosovu prilagodi potrebama i ciljevima jednostrano proglašene albanske države.

Izražavajući u daljem tekstu pisma uverenje da će „vlasti i narod Kosova nastaviti da saraduju sa Ujedinjenim nacijama”, Generalni sekretar ovom formulacijom implicitno priznaje Kosovo za nezavisnu državu, jer samo države imaju pravo saradnje sa Ujedinjenim nacijama. Instrukcije samouprave na Kosovu, koje su uspostavljene rezolucijom SB 1244 jedino preko UNMIK mogu saradivati sa UN a nikako neposredno.

Poređenjem sadržaja dva pisma vidi se da je Generalni sekretar srpskom predsedniku predočio da se misija UN menja kako bi se rešili operativni problemi, a u pismu predsedniku Kosova, da je smisao promene misije UN prilagođavanje Ustavu samoproklamovane države. Iz ovog nije teško zaključiti ko je od dvojice lidera doveden u zabludu.

Zaključak

U zaključku ovog dela razmatranja možemo konstatovati da su složeni odnosi između stalnih članica Saveta bezbednosti, specifičnost pojedinih kriznih situacija u svetu, razlike u zadacima mirovnih misija a ponekad i kontradiktorne obaveze pojedinih aktera, uticali da je u praksi angažovanja Generalnog sekretara došlo do suštinske evolucije u načinu, obimu i metodama ostvarivanja njegove uloge. Nije sporno da je on za takvo proširenje svoje nadležnosti često tražio i dobijao odobrenje.

S jedne strane, jačala je samostalnost Generalnog sekretara u postupanju sa pojedinim krizama, a sa druge strane slabila je njegova obaveza ranog upozoravanja Saveta bezbednosti na potencijalne krize. Samostalnost u preduzimanju akcija nije proisticala iz same funkcije ili iz svojstava ličnosti na toj dužnosti, već iz autorizacije koje je u konkretnoj situaciji dobijao. On nije mogao sam sebi da dodeljuje neograničenu slobodu akcije, već je mogao da preuzma samo one mere i postupke koji su prethodno odobreni „dogovorom između strana u sporu, koje proizilaze iz njegove opšte nadležnosti, koje su autorizovane od strane Saveta bezbednosti ili od strane Generalne skupštine”.²⁸

Transformacija uloge Generalnog sekretara imala je i svoju negativnu stranu, što je posebno došlo do izražaja u pogledu promene karaktera Misije UN na Kosovu i Metohiji, Generalni sekretara nije tražio takvu autorizaciju od Saveta bezbednosti. O takvoj promeni dalje nije postojao dogovor ili sporazum strana u sporu. Konačno, on ni od

²⁸ Thomas M. Franck: „*The Secretary-General's Role in Conflict Resolution; Past, Present and Pure Conjecture*”, EJIL 1995 6(1):360-387;

Generalne skupštine Ujedinjenih nacija s tim u vezi nije dobio bilo kakvu političku instrukciju ili sugestiju. Ipak, on je sproveo rekonfiguraciju međunarodnog prisustva u pokrajini na način koji je doveo u pitanje očuvanje suvereniteta i integriteta Srbije.

Dušan Vasić, MSc

Academy of Diplomacy and Security,
Belgrade

THE ROLE AND COMPETENCIES OF THE UN SECRETARY GENERAL IN SOLVING INTERNATIONAL CRISIS

-comparative analysis of legal framework and political practice
from 1945. to 2009.-

*This article aims to briefly examine the conditions and circumstances which lead to the gradual evolution of the role of the UN Secretary General in dealing with the international crisis. It will show that in the last 64 years some competencies of the Secretary General, stipulated in the UN Treaty, were neglected, while others, not mentioned in the Treaty, have been developed and become nowadays practice. Thus, it will be demonstrated that the most important changed in this matter reflects as a strengthening of independent activities of the Secretary General in solving international crisis. This transformation was consequence both the competencies granted through the some resolutions of the General Assembly and Security Council and the autonomous development which expressed the temper and ambitions of the person which performed the post of the Secretary General. Strengthening the position of the Secretary General has mainly contributed to the efficiency of crises solving, but in some situation it drove to new antagonize. In the case of Serbian province of Kosovo and Metohia we deem that independent activities of the Secretary General turned into **ultra vires** actions, which contributed to the limitation of sovereignty and integrity of Serbia and unauthorized changing of the UNMIK mandate without approving a new Security Council resolution.*

Key words: *United Nations, General Assembly, UN Secretary General, the UN Treaty, solving international crisis, Security Council resolution 1244, Autonomous province of Kosovo and Metohia.*

Professor dr Nikolay Natov

Doctoral and Postdoctoral Institute „Dialogue Europe”
The St. Kliment Ohridski University of Sofia, Bulgaria

UDK: 340.137(497.2:4-672EU)
Pregledni naučni rad

MY EXPERIENCE IN HARMONIZING BULGARIAN LAWS WITH THE EU PRINCIPLES AND STANDARDS

Oktobra 2009. godine u Institutu za uporedno pravo u Beogradu u saradnji sa Europa Institutom iz Ciriha održana je konferencija o razmeni iskustava u implementaciji prava EU u novoprimitim članicama EU. Tom prilikom, osim profesora Natova iz Bugarske, izlagali su i eksperti iz Estonije, Poljske, Slovačke, Mađarske, Slovenije, Hrvatske, Makedonije i naravno Srbije. Institut za uporedno pravo, štampao je u posebnoj publikaciji, koja se može pročitati na web sajtu Instituta, www.comparativelaw.info priloge svih učesnika, osim profesora Natova i kolega iz Švajcarske i Makedonije. Profesor Natov je bio ljubazan da nam svoj rad prosledi za časopis “Strani pravni život”. Rad je posvećen pre svega donošenju Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Bugarskoj, koji je usvojen 2005. godine, a koji je 2007. i 2009. godine, pretrpeo amandmane.

Ključne reči: implementacija prava EU; iskustva; Zakon o međunarodnom privatnom pravu; Bugarska

I. Drafting the Code of Private International Law

The history of the codification of Bulgarian Private international law dates back to the beginning of 20th century. First project had been made after the World War One but stopped at a very early stage. In the thirties another project entered the Parliament but for some reasons shared the destiny of the previous one.

During the negotiations for the accessing of Bulgaria to the European Union the question of modernisation and codification of Bulgarian

Private international law was put again. Country needed codification in order to meet the challenges of the full EU membership especially in the field of gradual establishment of an area of freedom, security and justice. Measures had to be taken to facilitate and accommodate the four freedoms of the Internal market within the national economy. Private international law is that branch of law which is able to make sure the smooth entrance and friendly legal environment for the said freedoms. Therefore drafting of the brand new Code of private international law was one of the requirements that the European commission put for the country as a condition to be met before signing of the Accession treaty. The Ministry of Justice of Bulgaria was engaged with the task of finding specialists and organizing the preparatory work.

Three attempts for drafting the Code of private international law were made and the process took couple of years. I had a pleasure and honour to take part in the third attempt. Firstly a contact with Canadian specialists in Private international law was made. The work had begun but at a given stage had been stopped. Then another working group had been formed with specialists from some Member-states but also no significant results at the end of this attempt.

For the third attempt the Ministry of Justice engaged some eminent specialists in Private international law from Max Plank Institute of Comparative and Private International Law in Hamburg – Germany as Prof. Ulrich Magnus, Prof. Dieter Martini and Dr. Christa Jessel-Holst. They worked together with a group of Bulgarian scientists and practitioners in the field.

The draft Code of private international law was ready by the end of 2004 and after having been put under consideration procedure by the Parliament, the Code was enacted on May 17th 2005. During the period of its application the Code was amended twice – on July 20th 2007 and on June 23rd 2009.

The new Code is based on the most modern principles and doctrines of the European Union Private international law as follows:

1. The subject matter covers substantive (private) relations with foreign element as well as procedural relations with foreign element.
2. The Code encompasses substantive as well as procedural rules.

3. The Code regulates grounds for international jurisdiction of Bulgarian courts and other bodies, the procedure before them, the private relations with foreign element as well as the recognition and enforcement of foreign judgments and other acts.
4. The closest connection principle is proclaimed and is accompanied by some escape clauses.
5. The party autonomy is applicable not only to contractual but to non-contractual as well as to family relations.
6. The overriding mandatory rules are specifically regulated.
7. The Code puts limits of the grounds for refusal of recognition and enforcement of foreign judgments.
8. Predominant use of conflict rather than substantive rules.
9. Harmonisation of the rules for determination of the law applicable to contractual as well as to non-contractual obligations with the same rules of the EU PIL.

II. Preparing of an opinion for some Bulgarian official bodies on:

„Relationships of the EU to the new neighbour states (esp. trade relations)”

The essence of the opinion is as follows:

More of the former socialist states of Central and Eastern Europe were signatories of the Central European Free Trade Agreement as well as had many bilateral trade agreements signed. What will be destiny of all these multilateral and bilateral international agreements?

The Act Concerning the Conditions of Accession of the Republic of Bulgaria and Rumania and the Adjustments to the Treaties on which the European Union is Founded (in short the Act) says that: “With the effect from the date of accession, the new Member States shall withdraw from any free trade agreements with third countries, including the Central European Free Trade Agreement.” (Art.6, par.10).

This norm could be interpreted as a rule that *forbids a participation of the new member states to any free trade agreement. This means as follows:*

- 1) *free trade agreements concluded between a new member state and a third country(or countries) are not acceptable and the new member state should withdraw from them;*
- 2) *free trade agreements between new member states (two or more), concluded before the accession, are not acceptable and the new member states should withdraw from them;*
- 3) *free trade agreements between member states are excluded and forbidden for the future;*
- 4) *all kinds of free trade agreements – bilateral and multilateral, fall under Art.6 par.10 of the Act.*

The above requirements are logical and in conformity with the principles of the internal market. Under the EC Treaty the “internal market” is defined as “an area without internal borders in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty”¹. Any free trade agreement (bilateral or multilateral) is incompatible with the first freedom, i.e. the free movement of goods and due to this it cannot regulate trade relations within the internal market. It is because the principles of a free trade agreement create privileges for import and export of goods in a given area, for instance the area of the territories of parties of a given free trade agreement. By this the said agreement excludes the goods from other countries from the above privileges established by its rules and as a result creates borders in trade. Obviously this result is in contrary to the above quoted Art.14 (2) of the E.C. Treaty. So the consequence is that such agreements cannot apply in the relations within the Union. When entering the internal market, which happens at the date of accession, a new member state shall withdraw from any free trade agreement signed by it before the date of accession.

A special attention is paid by Art.6 par. 10 to the Central European Free Trade Agreement. The later is a multilateral agreement. The new member states shall withdraw from it too. The Agreement shall continue between the countries that are not entering the Union now.

The new member states are obliged to withdraw from the free trade agreements (bilateral and multilateral) including the Central European Free Trade Agreement, unconditionally and with the effect from date of their accession. *This means as follows:*

¹ *Art.14 (2) (ex 7a (2)) E.C. Treaty.*

- 1) *once an agreement between a new member state and one or more third countries meets the legal features of a free trade agreement, notwithstanding bilateral or multilateral, the new member state is supposed to withdraw from it;*
- 2) *the withdrawal should take effect from the date of accession;*
- 3) *the obligation for withdrawal is unconditional, i.e. the new member state are not entitled to take any measures to adjust the agreement to the requirements of their membership or to other rules etc.;*
- 4) *the obligation covers unconditionally the Central European Free Trade Agreement too;*

Under subparagraph one of Art.6 par.10 of the Act: “To the extent that agreements between one or more of the new Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, are not compatible with the obligations arising from this Act, the new Member State shall take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities established. If a new Member State encounters difficulties in adjusting an agreement concluded with one or more third countries before accession, it shall, according to the terms of the agreement, withdraw from that agreement.”

The quoted norm introduces *another group of trade agreements from which the new member states are supposed to withdraw*. Some questions could be posed here. Firstly – is it true that subparagraph one deals with trade agreements? Second – does the subparagraph one deal with the bilateral or with multilateral agreements or with both? Third – is the obligation of withdrawal a conditional one? Fourth – when a new member state should take the necessary measures to adjust the agreement? Fifth – when a new member state is supposed to withdraw from it? To my opinion the answers of the above questions should be as follows:

Firstly – having in mind that paragraph 10 of Art. 6 of the Act is devoted to regulation of the obligations of the new member states concerning the free trade agreements (bilateral and multilateral), it is in line with the legal logics to suppose that the first subparagraph of the same paragraph shall deal with other forms of trade agreements. So

this subparagraph is devoted to regulate the attitude of the new member states to another group of trade agreements. *These are trade agreements different from the free trade ones.*

Secondly - the said subparagraph deals with *both bilateral and multilateral agreements*. This is explicitly mentioned in the text by saying "...agreements between one or more..." countries.

Thirdly – the new member states *are not unconditionally obliged to withdraw from the second group of trade agreements under subparagraph one of par.10 of Art.6*. They have two options of attitude which are proclaimed here. One – when an incompatibility (or incompatibilities) with the obligations arising from the Act of Accession is established, the new member state is supposed to take all appropriate steps to eliminate the incompatibility (or incompatibilities if they are more). It is possible the incompatibility to be full, i.e. to cover all the agreement as well as all the obligations of the new member state, or to be partial, i.e. to cover part of the agreement or part of the arising obligations of the new member state. *The text doesn't point who is entitled to establish the incompatibilities*. Logically these could be the appropriate bodies of both the new member states as well as the European Union (the national Parliaments and the Commission). As far as the steps to be taken is concerned, obviously these cover all possible legal steps in conformity with the EU law, with the national legislation of a new member state as well as with the agreements in question. The Act doesn't define the possible steps. The Act is satisfied by the result only. The later covers the elimination of the incompatibilities established, i.e. a total disappearance of the incompatibilities. The result is that the agreements are adjusted so they are in compliance with the obligations of the new member state arising from the Act. Two – in case a new member state encounters difficulties in reaching the above result, i.e. the said adjustment is not achieved before the accession then the new member state should withdraw from the agreement. *The unsuccessful actions of a member-state to fulfill this stage are precondition for the second option under subparagraph one of par.10 of Art.6.*

Fourthly – all the appropriate steps for adjustment of the agreements in question should be taken by a new member state before the accession. *A new member state is supposed to have an active position, in other words it should initiate steps for adjustment of an agreement or agreements*. The steps should be in conformity with the respective terms

of a given agreement. These steps could be of various kinds depending on the requirements of the agreement but their purpose is to adjust the agreement to the obligations of the new member-state arising from this Act. Therefore if a new member-state failed to initiate proper steps until the date of accession, a question about fulfillment of the obligation under Art.6 subparagraph one, could be posed.

In case the date of accession has passed with no result (the adjustment has not been reached) and this is not a fault of a member state, the first option expires and a member state faces the second option which is a withdrawal from the agreements according to their terms. Due to the fact that the Act does not define the term “difficulties” I would like to propose the following way of interpreting this term – as the Act needs a result (an adjustment), when the result is not reached this should mean that a member state encounters difficulties in adjustment. It follows that this member state should withdraw from the agreement. Of course as it has been mentioned above, here a question about whether a new member state has properly fulfilled its duties under Art.6 subparagraph one could be posed. *To me the withdrawal would be in conformity with the requirements of Art.6 subparagraph one of the Act only if a new member-state has fulfilled its duties to initiate steps for adjustment of the agreement to the obligation arising from this Act and the said steps appeared to be unsuccessful due to the reasons that are not a fault of a member-state.*

And fifthly – the withdrawal should take place after the date of accession and only if the new member-state did not manage to adjust an agreement with its obligations under this Act before the accession date. There is no term for withdrawal proclaimed by the Act. To my opinion the new member-state should, by using diplomatic routes, address an announcement for withdrawal (made in conformity with the terms of a given agreement) to a third country or countries shortly after the accession date. The withdrawal is going to take place later on and in compliance with the conditions of cessation of a given agreement stipulated in it. This means that the agreement shall cease to be in force on a concrete date or several months from the date of delivery of the proper diplomatic document for termination to the respective bodies of the third country or countries.

III. New Code of Civil Procedure of Bulgaria - 2008

I was only an observer of the process of drafting of this Code and made some remarks about the Chapter seven of the Code of civil procedure. The remarks made referred to the need of taking into consideration that the EU Regulations have supremacy over national legislation of the member-states as well as direct effect and immediate applicability. Based on these I tried to stress on the rules of Chapter seven of the new Code that (in their majority) are devoted to an implementation of some of EU Regulations and also tried to explain to the drafters that such an approach contravenes to Art. 249 of the EC Treaty.

Other specialists in Private international law shared my position and strived to convince drafters to make some changes in the project of the Code in question. Unfortunately these opinions were not taken into consideration and as a result we faced a new Code of civil procedure that implements in its Part seven some of the EU Regulations and introduces them into Bulgarian legal order.

Professor dr Nikolay Natov

Doctoral and Postdoctoral Institute “Dialogue Europe”
The St. Kliment Ohridski University of Sofia, Bulgaria

MOJE ISKUSTVO U HARMONIZACIJI BUGARSKOG PRAVA SA PRINCIPIMA I STANDARDIMA EU

In October 2009. in the Institute of Comparative Law in Belgrade it was held the conference concerning the exchange of the experiences in the implementation of the Acquis. The Institute published a book about that (see www.comparativelaw.info) with the contributions of experts from Estonia, Poland, Slovakia, Hungary, Slovenia, Croatia, and Serbia. This is the contribution of professor Natov from Bulgaria. In the contribution first of all the word is about the Code of Private International Law. That Code was enacted in 2005 and was amended in 2007 and 2009.

Key words: implementation of the Acquis, experiences, Code of Private International Law, Bulgaria

Dr Branko Pavlica,

Naučni savetnik,

Institut za međunarodnu privredu i politiku,

Beograd

UDK:342(497.2:4-672EU)

Originalni naučni rad

**BUGARSKA NA PUTU KA EVROPSKOJ UNIJI
– O IZMENI BUGARSKOG USTAVA
OD 24. SEPTEMBRA 2003. –**

Bugarska, kao zemlja koja pretenduje da bude članica EU, mora da zadovolji dva osnovna kriterijuma iz Mاستrihta: demokratski sistem vlasti i poštovanje ljudskih prava. U tom sklopu, i specifične kriterijume, precizirane na Evropskom savetu u Kopenhagenu 1993. godine, između ostalih: stabilnost institucija kojima se garantuju demokratija, pravna država, ljudska prava i poštovanje i zaštita manjina.¹

Uprkos izmeni bugarskog Ustava od 24. septembra 2003. godine, Bugarskoj stižu nova upozorenja od Evropske komisije. Rukovodilac pregovaračke ekipe EU sa Bugarskom Bridžet Černota ističe da "Bugarska previše kasni u reformi sudstva, promenama u zakonodavstvu: davno su istekli rokovi kada je parlament te zemlje trebalo da donese zakone o zaštiti potrošača i konkurencije, o onemogućavanju diskriminacije građana iz Evropske unije koji počinju biznis u Bugarskoj i neke druge". Otuda, EU – predočila je Černota – iz tih razloga, može da primeni zaštitne klauzule i odloži prijem Bugarske u EU, predviđen za 1. januar 2007. godine.

Ključne reči: Ustav Bugarske; Evropska unija, kopenhagenski kriterijumi,

UVODNE NAPOMENE

Prijem u NATO i EU najvažniji su ciljevi sadašnje spoljne politike Bugarske² – ciljevi koje nastoje da ostvare sve ozbiljnije stranke od

¹ "EU je upozorila Bugarsku da zaostaje u mnogim oblastima na ulasku u ovu organizaciju" – izveštava sofijski dnevnik "Sega". Cit. po: "Upozorenje Evropske unije: Bugarska zaostaje", "Borba", 26. 01. 2005, str. 7.

² Desetog novembra 1989. godine, jedan dan posle pada Berlinskog zida, bugarski komunistički diktator, koji je nekontrolisano upravljao Bugarskom više od 33 godine,

desnice do Ivice. Da bi postigla ove ciljeve Sofija nastoji da ostvari što tešnju saradnju sa Zapadom u svim spoljno-političkim pitanjima – ističe bugarski ministar inostranih poslova Salomon Pasi.³

Još 1993. godine, posle tzv. sporazuma o trgovinskoj i ekonomskoj saradnji, Bugarska je zaključila i Sporazum o asocijaciji ili pridruživanju Evropskoj uniji. Otada, Bugarska, na dugom putu ka Evropskoj uniji, uspostavlja tzv. “strukturni dijalog” (koristi finansijsku pomoć EU), ali na planu “realizivanja Bele knjige Komisije EU” (“koja sadrži inventar propisa koje zemlje kandidati treba da prilagode i integrišu u svoje zakonodavstvo”), Bugarskoj se nameću nove obaveze: čak i izmene Ustava, “koje bi otvorile vrata za reformu pravosuđa”.⁴

IZMENA BUGARSKOG USTAVA OD 24. SEPTEMBRA 2003.

Bugarsko Sobranje je 24. septembra 2003. godine – “prvi put prihvatilo određene izmene Ustava od 12. jula 1991. i to u oblasti pravosuđa. Iako su i do tada vođene javne rasprave o potrebi promena pojedinih ustavnih odredbi (recimo: da se stvore pravni okviri kako bi

srušen je sa svih svojih, funkcija u suštini unutrašnjim partijskim prevratom.. U samom početku prelaska Republika Bugarska odlučno je raskrstila sa svojim ponižavajućim položajem najvernijeg satelita bivšeg Sovjetskog Saveza u međunarodnim odnosima. Sa govornice Ujedinjenih nacija u oktobru 1990. godine predsednik Željko Želez izjavio je da Bugarska odbacuje doktrinu “Brežnjevi” o ograničenom suverenitetu, da raskida sa komunističkim totalitarizmom i proklamuje svoju nezavisnost i suverenitet i željku da se priključi porodici demokratskih evropskih naroda i njihovim organizacijama.. Izbor Bugarske nije bio konjukturan. On je zasnovan na duboko shvaćenoj privrženosti principima savremene zapadne civilizacije i ima podršku ogromnog dela bugarskog naroda...” – smatra doskorašnji bugarski ambasador u Beogradu Ivajlo Trifonov. Cit. po: Ivajlo Trifonov, Nova Bugarska i njena spoljna politika, Međunarodna politika, br. 1063-64, decembar 1997 – januar 1998, str. 3-4.

3 “Posle terorističkih napada u Vašingtonu i u Njujorku Bugarska nije oklevala ni sekundu i dozvolila je američkim vojnim avionima da preleću preko njenog vazdušnog prostora.. I kada je reč o drugim spoljno političkim pitanjima Sofija nastoji da deluje u što većoj saglasnosti sa NATO i EU.. “ - kaže bugarski ministar Salomon Pasi u intervjuu za bečki list “Die Presse”, Wieland Schneider, “Bugarski ministar inostranih poslova Salomon Pasi tvrdi da Bugarska nema pretenzije na svog “malog suseda” (Makedoniju), Die Presse, 9. XI 2001.

4 Entscheidung Nr. 4 vom 10. April 2003, DV Nr. 36/2003; Dr Klaus Schramever, Die bulgarische Justiz als Hebenregierung, (Bugarsko pravosuđe kao sporedna vlada), Sttdosteuropa, 10-12/2003, s. 594.

i stranci bili u mogućnosti da “kupuju nekretnine”; ili povodom odluke bugarskog Ustavnog suda o zabrani partije Makedonaca u Bugarskoj - OMO “Ilinden” (Pirin) sa sedištem. u Blagoevgradu od 29. februara 2000. godine)⁵ do “realizacije tih namera” nije došlo usled različitih političkih stavova (i interesa) stranaka zastupljenih u parlamentu.⁶ No, posle posete komesara za proširenje EU Verhojgena Sofiji 10. jula 2003. i zahteva da se, između ostalog, sprovedu (i) reforme pravosuđa (kada je “zapretio da je pristupanje Bugarske EU 2007. godine ugroženo ako se do septembra 2003. ne sprovedu određene reforme pravosuđa”), tek tada je postignuta tročetvrtinska većina a parlamentu, koja je neophodna, shodno članu 155. Ustava, da bi se usvojile njegove izmene.⁷

Gledano suštinski, izmene su više formalnopravne (prirode),

5 Bugarski ustavni sud je svojom odlukom od 29. februara 2000. godine proglasio protivustavnom stranku Makedonaca u oblasti Pirin, iako ju je, napokon, 9. februara 1999. odobrio sud grada Sofije. Bliže o tome: Dr Klaus Schrameyer, Ilinden - Das Verbot der Partei der Makedonier in Bulgarien durch das bulgarische Verfassungsgericht, *Sttdosteuropa*, 5-6/2000, s. 283-290.

6 Još početkom 1993. godine poslanici Socijalističke partije i predstavnici Unije demokratskih snaga, kao i političari svih frakcija nastupaju protiv Pokreta za prava i slobode, stranke turske manjine, donose i parlamentarnu odluku da se rezultati popisa stanovništva od 4. decembra 1992. u gradovima Goce Delčev i Jakoruda ponište. Kao razlog za to navodi se činjenica da tamo žive Pomaci, tzv. bugarski muslimani, etničkog slovenskog porekla, kojima je je turski samo maternji jezik. Ovakva, većinska odluka bugarskog parlamenta, prisiljava Pomake da prihvate etnički slovenski identitet i kao svoj – bugarski jezik. Oficijelna jezička politika – kako zaključuje dr Sabine Riedel – vraća se na pozicije pre 1989., tako da se na ovom području ne može govoriti o nekom početku demokratizacije, šta više, u pitanju je kontinuitet državne jezičke politike. U prilog tome govori i činjenica da je jula 1994. zabranjena upotreba turskog jezika i jezika drugih nacionalnih manjina u armiji. Naime, članom 3. novog bugarskog Ustava od 12. jula 1991. određeno je: „Oficijelni jezik u Republici je bugarski“. Vidi: S. Riedel, *Sprache und Politik in Bulgarien nach 1989. im Spannungsfeld zwischen Kontinuität und Wandel, Südosteuropa*, 3-4/1995, s. 219.;

Pored kontroverze oko prava upotrebe turskog jezika na unutrašnje-političkom planu, sredinom 1994. aktuelizuje se i „spoljnopolitički“ aspekt jezičke politike: tzv. jezički spor Bugarske sa Makedonijom itd. „Nacionalizam“ tako i nadalje ostaje „glavna smetnja procesu demokratizacije u Bugarskoj“, u tom sklopu, i bugarskoj manjinskoj politici. Vidi: Dr Stefan Troebst, *Nationalismus als Demokratisierungshemmnis in Bulgarien, Südosteuropa*, 3-4/1992, s. 208; R. Milev, *Veränderungen in der bulgarischen Medienlandschaft – Zur Entwicklung von Presse und elektronischen Medien im postkommunistischen Bulgarien, Osteuropa*, 7/1994, s. 687.

7 Dr Klaus Schrameyer, *Änderung der bulgarischen Verfassung vom 24. Septembar 2003, Südosteuropa-mitteilungen, (Dokumentation)*, 6/2003, s. 66.

nego sadržajne. Ovo konstatuje i komentator sofijskog nedeljnika "Kapital" u članku pod naslovom: "Prvo poboljšanje Ustava: Pre prvo nego poboljšanje". "Izmena neće postići svoj cilj da prosečnog bugarskog građanina zaštititi od pravosuđa sopstvene zemlje". "Upravo, to je utoliko tačno, što je Ustavni sud običnom ustavnim zakonodavcu oduzeo mogućnost za obuhvatne reforme. Bez sazivanja Velike nacionalne skupštine (koja donosi Ustav) shodno članu 157. i 158, "nemoguće je sprovesti neophodne reforme, osim ako se Ustavni sud distancira od ove odluke, čim se krajem 2003. godine (svake tri godine, član 147. stav 2. rečenica 2) po redosledu imenuju nove ustavne sudije i ukine većina (predstavnik) Unije demokratskih snaga u Ustavnom sudu".⁸

Prethodno, valja reći da se ostvarene izmene ne odnose na ustavne sudije, "koji prema opštem mišljenju nisu magistrati, nego sudije *sui generis*". Zato njihov imunitet ostaje nedodirnut shodno članu 147. stav 6. bugarskog ustava. Stoga, član 4. stav 2. Prelaznih i završnih odredbi utvrđuje da se neophodne izmene zakona, pre svega, Zakona o Ustavu moraju doneti u roku od tri meseca.

Bitna promena je zamena punog (parlamentarnog) imuniteta tzv. magistrata (sudija, državnih tužilaca i istražnih rukovodioca) shodno članu 132. stav 1 a.F. funkcionalnim građansko-pravnim i krivičnopravnim imunitetom. U tom smislu, magistrati u dva slučaja ne uživaju imunitet:

- a) kada počine delikte ili krivična dela van svoje službene nadležnosti (radnje ili pravne akte, član 132. stav 1), ili
- b) kada počine zločin s predumišljajem koji se goni po službenoj dužnosti (član 132 stav 1 polurečenica 2) Taj propis služi samo razjašnjenju, jer delo takve vrste ne može biti službena radnja.⁹

Iako za takva dela ne postoji imunitet, za podizanje tužbe, kao i za hapšenje ne na delu (član 132 stav 3) potrebna je još saglasnost Vrhovnog pravosudnog saveta (član 132 stav 2).

Zahtev za dozvolu Vrhovnog pravosudnog saveta ne može da podnese samo Generalni državni tužilac (tako glasi dosadašnji propis), nego i jedna petina Vrhovnog pravosudnog saveta, Time se i Generalnom državnom tužiocu imunitet može ukinuti na zahtev Vrhovnog pravosudnog saveta.

Potom, važna novina je produženje probnog perioda sa tri na pet godina (član 129 stav 3). Pored toga, za nesmenjivost neophodna je još i

8 Dr Klaus Schrameyer, Justiz in Bulgarien: Kampf der Gewalten, (Pravosuđe u Bugarskoj: Borba sila), Jahrbuch für Ostrecht, 44/2003, s. 147.

9 K. Schrameyer, nav. delo, str. 155.

ocena i rešenje Vrhovnog pravosudnog saveta.

Član 129 stav 3 uvodi *dva nova razloga za otpuštanje*:

- u tački 1 razrešenje dužnosti *sa 65 godina*. Time se treba sprečiti prestarevanje magistrata. Istovremeno verovatno postoji i politička skrivena namera da se eliminišu sudije koje su postavljene od strane vlade Unije demokratskih snaga. Posebno jasno to postaje uključivanjem trojice vrhovnih magistrata napomenutih u stavu 2, dvojice predsednika Vrhovnog suda i Generalnog državnog tužioca.¹⁰ Međutim, sporno je kako treba postupiti kada navršena 65. godina života pada u – takođe ustavno garantovani – sedmogodišnji mandat službe (član 129 stav 2 Ustava). Dok stav 5 (petogodišnje ograničenje na rukovodećim pozicijama uprave) izričito izuzimao ovaj krug lica iz petogodišnjeg ograničenja, on je ovde izričito obuhvaćen. U dnevniku “24. časa” od 19. septembra 2003. piše da će se tri navedena vrhovna magistrata penzionisati kod dostizanja starosne granice i pre isteka njihovog sedmogodišnjeg mandata. Pitanje da li za tu trojicu treba napraviti izuzetak je diskutovano, ali je odlučeno negativno.
- u tački 5 otpuštanje u slučaju “teške povrede ili sistematskog neispunjenja službenih dužnosti kao i kod radnji koje ugrožavaju ugled pravosuđa”. To su teška pravosudna disciplinsko-pravna činjenična stanja, kao dopuna razlozima navedenim u članu 168 Zakona o ustavu, koja političkim razmatranjima Vrhovnog pravosudnog saveta omogućavaju još više prostora.¹¹

Na kraju, član 129 uvodi mandatnost od pet godina. To znači – konstatuje dr K. Schrameyer – vremensko ograničenje nepremostivosti magistrata koji zauzimaju rukovodeće pozicije uprave (dakle, svi rukovodioci organa vlasti, predsednici organa koji donose presude, itd); Time se želi sprečiti da lica sa strane steknu isuviše trajan uticaj na određene važne magistrature, dakle, mera radi ograničenja političke i

¹⁰ Radi se o Ivanu Grigorovu iz Vrhovnog kasacionog suda i o Generalnom državnom tužiocu Filčevu; predsednik Vrhovnog upravnog suda, Slavov, je u međuvremenu imenovan za ustavnog sudiju; pošto je izbor ustavnog sudije Georgi Markova za njegovog naslednika propala zbog nedostatka većine, mesto je trenutno nepopunjeno – komentariše (u fusnoti) dr Schrameyer.

¹¹ Cit. po: Dr Klaus Schrameyer, *Anderung der bulgarischen Verfassung vom 24. September 2003*, (Zusammengestellt und komentiert), *Südosteuropa-Mitteilungen*, 6/2003, 66-67.

finansijske korupcije.¹²

Članom 131 se razjašnjava da se tajnim glasanjem mora dobiti i saglasnost Vrhovnog pravosudnog saveta za pokretanje tužbe protiv magistrata.

Imajući sve u vidu može se “konstatovati određeno poboljšanje situacije” u bugarskom pravosuđu. Jer, vladi će biti lakše da deluje protiv “politizacije i korumpiranosti magistrata”. S druge, pak, strane, sada “postoji suprotna opasnost da vlada iskoristi mogućnosti koje ima i da na važne pozicije postavi svoje pristalice”.¹³

U tom kontekstu, i predsednik bugarskog Sobraanja Gerdžikov konstatuje da “ova izmena ustava još ne predstavlja neophodno sveobuhvatno novo uređivanje., sadašnja izmena je samo prvi korak reforme pravosuđa” i da ona “otvara vrata za reformu pravosuđa”. Kako će se ova izvršiti – Velikom narodnom skupštinom ili izmenom jurisdikcije Ustavnog suda – treba sačekati. U svakom slučaju će, u vezi sa pristupanjem Bugarske EU i NATO-u, morati doći do dodatnih izmena Ustava.¹⁴

TEKST IZMENA (NAGLAŠENO):

Član 129

- 1) Imenovanje, unapređenje, vraćanje u niži rang i otpuštanje sudija, državnih tužilaca i istražnih rukovodilaca je u nadležnosti Vrhovnog pravosudnog saveta.
- 2) Predsednik Vrhovnog kasacionog suda, predsednik Vrhovnog upravnog suda i Generalni državni tužilac se imenuju i otpuštaju na predlog Vrhovnog pravosudnog saveta od strane Predsednika Republike. Njihov mandat iznosi sedam godina; nije moguć ponovni izbor. Ukoliko se predlog ponovi, Predsednik ne može da odbije imenovanje odnosno otpuštanje (stav 3, str. 1, stara verzija: Sudije itd. postaju nesmenjivi posle tri godine službe ...)
- 3) *Navršenjem petogodišnje službe u svojstvu sudije, tužioca ili istražnog rukovodioca i nakon ocene, sudije, državni tužioci i*

12 K. Schrameyer, nav. delo, str. 66.

13 K. Schrameyer, op. cit. str. 67.

14 Izjava predsednika bugarskog parlamenta Gerdžikova listu “24 časa”, 21. IX 2003, cit. po: K. Schrameyer, nav. delo, str. 67.

istražni rukovodioci prema odluci Vrhovnog pravosudnog saveta postaju nesmenjivi. Oni se - uključujući lica prema stavu 2 - iz službe otpuštaju samo

- *posle navršene 65. godine života;*
 - *posle davanja otkaza (povlačenja);*
 - *po pravosnažnosti presude na osnovu koje je izrečena zatvorska kazna zbog namernog zločina;*
 - *u slučaju trajne faktičke nemogućnosti vršenja službe duže od godinu dana;*
 - *teške povrede ili sistematskog neispunjenja službenih obaveza kao i kod radnji koje ugrožavaju ugled pravosuđa.*
- 4) *Stečena nesmenjivost se ponovo uspostavlja kod neke od sledećih ponovnih stupanja u službu sudije, državnog tužioca ili istražnog rukovodioca u slučajevima iz stava 3. tačke 2. i 4.*
- 5) *Uz izuzetak lica prema stavu 2, upravni šefovi pravosudnih organa se imenuju na rukovodeće mesto u trajanju od pet godina; oni se mogu ponovo imenovati.*

Član 131

Odluke Vrhovnog pravosudnog saveta koje se tiču imenovanja, unapređenja, vraćanja u niži rang, premeštaja i otpuštanja sudija, državnih tužilaca i istražnih rukovodilaca, *dodele dozvole prema članu 132. stav 2. i 3.* kao i predloga koje on daje prema članu 129 stav 2, donose se tajnim glasanjem.

Član 132

- 1) *Prilikom vršenja svojih pravosudnih ovlašćenja, sudije, državni tužioci i istražni rukovodioci ne odgovaraju krivično i građansko-pravno za svoje službene radnje i za odluke koje se doneli, osim ako su namerno počinili zločin koji se goni po službenoj dužnosti.*
- 2) *U slučajevima iz stava 1 se protiv sudija, državnih tužilaca i istražnih rukovodilaca ne može podneti tužba bez saglasnosti Vrhovnog pravosudnog saveta.*
- 3) *Sudije, državni tužioci i istražni rukovodioci se mogu uhapsiti samo u slučaju teškog zločina uz dozvolu Vrhovnog pravosudnog saveta. Dozvola za hapšenje nije neophodna ako se počinilac uhvati na delu činidbe teškog zločina.*

- 4) *Dozvola iz stava 2. i 3. se daje kada generalni državni tužilac ili petina članova Vrhovnog pravosudnog saveta podnesu obrazložen zahtev generalnog državnog tužioca Vrhovnom pravosudnom savetu.*¹⁵

Prelazne i završne odredbe

§4

- 1) *Parlament u roku od tri meseca nakon stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ustava donosi zakone koji se odnose na primenu izmena i dopuna.*
- 2) *Vrhovni pravosudni savet u roku od tri meseca nakon stupanja na snagu § 1 tačka 3 (129 V) imenuje šefove uprave pravosudnih organa.*¹⁶

§5

Šefovi uprave pravosudnih organa koji su bili na odgovarajućoj rukovodećoj poziciji duže od pet godina nakon stupanja na snagu ovog zakona, na istu poziciju se mogu imenovati samo za jedan mandat.

§6

Sudije, državni tužioci i istražni rukovodioci koji u trenutku stupanja na snagu ovog zakona još nisu navršili trogodišnji mandat na planiranoj poziciji koju zauzimaju, postaju nesmenjivi na osnovu uslova iz § 1. tačka 1. ovog zakona.

(§ 1 tačka 1 se odnosi na član 129 stav 3)

§7

§ 1 tačka 3 stupa na snagu 1. januara 2004.

15 1) Član 132 stare verzije: (1) Sudije, državni tužioci i istražni rukovodioci uživaju imunitet poslanika. (2) U zakonski određenim slučajevima Vrhovni pravosudni savet odlučuje o ukidanju imuniteta sudija, državnih tužilaca i istražnih rukovodilaca.

2) Prema članu 130 stav 1 Vrhovni pravosudni savet ima 25 članova.

3) § 1 tačka 3 se odnosi na član 129 stav 5.

Cit. po: Dr Klaus Schrameyer, Änderung der bulgarischen Velfassung vom 24. September 2003, Südosteuropa-Mitteilungen, (Dokumentation), 6/2003, s. 67-69.

16 Vidi zaključke sa sami ta EU iz Kopenhagena, 21-22. 06. 1993. godine. Navedeno prema: Dr Duško Lopandić, Evropska unija i Centralna i Istočna Evropa: dug put ka novom proširenju Unije, Međunarodna politika, br. 1048, 1. IX 1996, str. 27.

Branko Pavlica, LL.D

Institute of the International Economy and Policy,
Belgrade

ON THE CHANGES TO THE BULGARIAN CONSTITUTION OF 24. SEPTEMBER 2003

Taking into consideration the continuous complaints for corruption, organised crime and „the existence of the state not based on law“ the EU Commission required additional reforms of judiciary (transparency, openness, rendering of an accounting). Therefore, Sofia – being concerned that Brussels could stipulate the Bulgarian accession to EU by applying the so-called protection clauses – rapidly took on to carry out the Constitution reform.

Actually, for twelve years the Constitution of the Republic of Bulgaria had remained “untouchable” for the fear that it could provoke serious reactions due to different positions on the reform. However, after the European Commission had criticised “the state of the Bulgarian judiciary” and since the accession to NATO was soon to come, there was no other choice. Therefore, it adopted amendments in the following sequence: the first amendment – on 23 February 2003, the second amendment – on 25 February 2005 and the third amendment – on 30 March 2006.

The immediate cause for the adoption of the fourth constitutional amendment was, among other things, the Article 129, paragraph 4, which had been introduced by the third reform of 30 March 2006.

The European Commission realised that the division of power was jeopardised, what also affected the independence of the judiciary. This was because the President of the state was authorised by the parliament to dismiss three supreme magistrates (the President of the Supreme Court of Cassation, the President of the Supreme Constitutional Court as well as the General State Prosecutor) in the case related to the Article 128 paragraph 4 point 5.

As early as on 2 February 2007 the Assembly adopted the fourth amendment to the Constitution of the Republic of Bulgaria with 129 votes for, 28 against (with 6 abstentions), thus fulfilling some requests of the European Commission.

As during the consultations on the new Law on Constitutional Court the parliament requested to make amendments that would “additionally change the Constitution” the fifth amendment is likely be adopted afterwards.

Key words: Republic of Bulgaria, Constitution, past constitutional amendments, depoliticisation of judiciary, fight against corruption, fight against organised crime.

Prof. dr Vladimir Čolović,
viši naučni saradnik
Institut za uporedno pravo

UDK: 341.9
Originalni naučni rad

PROBLEM ODREĐIVANJA MERODAVNOG PRAVA PO LEX LOCI DELICTI COMMISSI

Lex loci delicti commissi kao osnovna tačka vezivanja kod određivanja merodavnog prava u vanugovornim odnosima sa elementom inostranosti izaziva probleme, koji se, pre svega, vezuju za različita shvatanja ovog pravila. Kod određivanja merodavnog prava po lex loci delicti commissi se može razlikovati pravo mesto štetne radnje od prava mesta nastupanja štetnih posledica. Problem, u vezi sa tim, može nastati i kod određivanja protivpravnosti delikta, odnosno, podnošenja zahteva za naknadu štete po jednom od navedena dva prava. Osim toga, postoje različite vrste delikata, tako da kod pojedinih, zbog njihove prirode, treba primenjivati pravila koja odstupaju od lex loci delicti commissi. Niz pitanja se postavlja kod primene ovog pravila, od mogućnosti primene teorije najbliže veze u ovoj oblasti, preko mogućnosti definisanja posebnih tačaka vezivanja kod pojedinih delikata, pa do primene autonomije volje. Rad se osvrće na rešenja u domaćem i uporednom zakonodavstvu, kao i na Uredbu Evropskog parlamenta i Saveta Evropske unije o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II) br. 864/2007, koja reguliše ovu oblast na, možemo reći, detaljniji način. Isto tako, rad analizira i pojedine nedostatke primene pojedinih opštih pravila u ovoj oblasti.

Ključne reči: lex loci delicti commissi, delikt, štetna radnja, šteta, odgovornost, merodavno pravo, Uredba 864/2007.

*
* *

I) LEX LOCI DELICTI COMMISSI – DVE TAČKE VEZIVANJA U JEDNOJ

Lex loci delicti commissi, kao tačka vezivanja koja se primenjuje kod određivanja merodavnog prava u oblasti vanugovorne odgovornosti sa elementom inostranosti, izaziva velike nedoumice i različita shvatanja

oko načina njene primene. Osnovni problem, koji se javlja kod ove tačke vezivanja, odnosi se na činjenicu da se, u mnogim slučajevima, razlikuje mesto štetne radnje iz koje je nastao delikt i mesto nastanka štetne posledice¹. Možemo reći da su ova dva mesta, odnosno, činjenice, sastavni deo *lex loci delicti commissi*. Postoje shvatanja koja su drugačija od navedenog, a koja se odnose na primenu istih na različita pitanja. Naime, mesto štetne radnje se primenjuje na odgovornost učesnika delikta, odnosno, na protivpravnost radnje, dok se mesto štetne posledice primenjuje na mogućnost podnošenja zahteva za naknadu štete i na sva pitanja u vezi sa štetom (visina štete, način naknade, itd.). Moramo se složiti sa ovim, ali, isto tako, moramo istaći da se radi o jednom deliktu, o jednoj šteti ili više šteta proizašlih iz jednog građanskopravnog odnosa.

Niz je različitih građanskopravnih odnosa iz kojih može nastati šteta. Nas će, pre svega, interesovati samo vanugovorna šteta. Spomenućemo i posebne slučajeve vezane za nastanak šteta iz tzv. kvazi delikata, koji imaju osnov u pravnim odnosima. Takođe, posvetićemo pažnju i određivanju merodavnog prava u ovoj oblasti putem najbliže veze, što je karakteristično, pre svega, za američko zakonodavstvo i sudsku praksu. Radi se o odstupanju od pravila *lex loci delicti commissi*, kada odredba zakona daje sudiji pravo da primeni neku drugu tačku vezivanja za određivanje merodavnog prava, koja je u mnogo tešnjoj vezi sa građanskopravnim deliktom². Zakonodavstvo Evropske unije je, takođe, dalo veliki doprinos uređenju ove materije definišući akt koji reguliše većinu pravila za vanugovorne obaveze. Naše zakonodavstvo sadrži navedena pravila u aktu koji reguliše odredbe sukoba zakona. U svakom slučaju, pitanja koja se nameću kod primene pravila za određivanje merodavnog prava u oblasti vanugovorne odgovornosti za štetu su sledeća:

- 1) Da li *lex loci delicti commissi* treba shvatati kao primenu samo jednog ili kao mogućnost izbora jednog od više prava ?
- 2) Da li teoriju najbliže veze treba stavljati ispred primene tačke vezivanja *lex loci delicti commissi* kod određivanja merodavnog prava u oblasti vanugovorne odgovornosti ?
- 3) Da li protivpravnost štetne radnje možemo određivati po pravu mesta štetne posledice, kad se ona ne može utvrditi po pravu

1 Pak, Međunarodno privatno pravo, Beograd 2000., str. 500

2 Stanivuković, Živković, Međunarodno privatno pravo, opšti deo, Beograd 2004., str.297

- mesta štetne radnje, u svakom slučaju ili ne ?³
- 4) Da li u zakonodavstvu treba odrediti pravila za pojedine slučajeve građanskopravnih delikata, u kojima mora doći do pojedinih odstupanja od loci delicti commissi ? i
 - 5) Da li stranke primenom autonomije volje mogu uređivati svoje odnose iz delikata ?

Polazne osnove za odgovore na navedena pitanja postoje, kako u pojedinim zakonodavstvima, tako i u teoriji. No, ono što je najvažnije, odnosi se na jednakost stranaka, odnosno, učesnika delikta i kad je u pitanju protivpravnost radnje i kad je u pitanju naknada štete, kao i na vezu građanskopravnog delikta sa merodavnim pravom.

I-1) Načelo ubikviteta

Kod određivanja merodavnog prava po lex loci delicti commissi postoji mogućnost alternativnog izbora između više prava, zbog različite primene i shvatanja te tačke vezivanja, kao što smo rekli. Alternativno upućivanje na jedno od više prava omogućava primena tzv. načela ubikviteta. To znači da ovo načelo omogućava da se bira, pre svega, između prava mesta gde je izvršena štetna radnja i prava mesta gde je nastupila štetna posledica. Načelo ubikviteta nije od važnosti, ako se ova dva mesta nalaze u istoj državi. Znači, načelo ubikviteta se primenjuje u deliktima u kojima postoji distanca, odnosno, kada se mesto izvršenja štetne radnje nalazi u jednoj, a mesto štetne posledice u drugoj državi. Načelo ubikviteta povezuje se s tzv. povlašćenim načelom, po kome oštećeno lice ima opciju između navedena dva prava. Po tome, načelo ubikviteta omogućava primenu prava koje je povoljnije za oštećeno lice. Davanje prednosti jednom od dva ili više prava, koje je povoljnije za oštećenog, određuje se ili odlukom suda, po službenoj dužnosti, kojom se upoređuju prava i utvrđuje koje je povoljnije za oštećenog, odnosno, povoljnije za podnošenje zahteva za naknadu štete ili će oštećeno lice izabrati povoljnije pravo za njega. Moramo reći da se načelo ubikviteta ne primenjuje kod delikata na brodovima i vazduhoplovima, kada se primenjuje pravo po državnoj pripadnosti broda, odnosno, vazduhoplova, kao što ćemo i kasnije videti.

³ Varadi, Bordaš, Knežević, Međunarodno privatno pravo, Novi Sad 2001., str. 423

I-2) Delikt – štetna radnja – štetna posledica – merodavno pravo

Veoma je bitno odrediti elemente koji će odvesti do merodavnog prava. Razdvajanje dva mesta, koja čine dva elementa delikta govori i o sledećem. Mesto štetne radnje nam daje odgovor na pitanje odgovornosti, odnosno, protivpravnosti tog akta, tako da se ona kvalifikuje po mestu gde je došlo do izvršenja te radnje. Kad je u pitanju mesto nastanka štete, tada govorimo o zaštiti pravnih dobara, odnosno, oštećeno lice će imati pravo na zaštitu svojih prava, tj. pravo na naknadu štete po pravu tog mesta⁴.

Ako bi, uopšte, morali da damo odgovor na pitanje na šta mora da nam odgovori merodavno pravo, određeno po *lex loci delicti commissi*, to bi se odnosilo na sledeće: 1) pre svega, mora se dati odgovor da li postoji protivpravnost štetne radnje, odnosno, u vezi sa tim, da li postoji deliktna odgovornost; 2) zatim, mora se odgovoriti koji oblik deliktne odgovornosti je u pitanju, subjektivna ili objektivna, odnosno, da li postoji krivica u izvršenju štetne radnje; 3) veza između radnje i štete mora postojati, ako govorimo o deliktu; 4) merodavno pravo po *lex loci delicti commissi* mora odgovoriti i o vrsti štete, kao i o načinu naknade štete; i 5) na kraju, mora se dati odgovor i na pitanje prenosa i nasleđivanja potraživanja, odnosno, da li se može preneti pravo potraživanja sa oštećenog na drugo lice. Isto pitanje se postavlja i kad je u pitanju nasleđivanje.

Ako pravo mesta štetne radnje određuje protivpravnost te radnje, odnosno, odgovornost, tada se može reći da ta tačka vezivanja ima i preventivnu funkciju, obzirom na odnos izvršene štetne radnje prema okolini u kojoj je izvršena. Sa druge strane, primena prava mesta štete, odnosno, njene posledice, ima funkciju zaštite pravnih dobara, tako da se tim pravom štiti oštećeno lice po pravilima i merilima okoline u kojoj je došlo do povređivanja tih dobara⁵. Ako mesto štetne radnje ima preventivnu funkciju, onda tu funkciju ima i mesto nastanka štetne posledice. Ali se mora reći da oba mesta imaju i represivnu funkciju, imajući u vidu da će odgovorno lice snositi određene sankcije za učinjeni delikt.

Ovde treba spomenuti i praksu Evropskog suda pravde koji navodi četiri činjenice, kojima se može definisati mesto štetne radnje.

4 Sajko, Međunarodno privatno pravo, Zagreb 2005., str. 152

5 Scoles, Hay, Borchers, Symeonides, Conflict of Laws, West&Thomson 2004., str. 786

Po tome, sledeće činjenice određuju mesto štetne radnje: 1) mesto gde je štetna radnja izvršena, u potpunosti ili delimično. To znači da mogu postojati dva ili više mesta štetnih radnji; 2) ako je u pitanju odgovornost za proizvode, mesto štetne radnje se može odrediti tek kada se određeni proizvod pusti u prodaju, odnosno, u promet; 3) takođe, kod odgovornosti proizvođača za proizvode, mestom štetne radnje može se smatrati i sedište proizvođača. No, postavlja se pitanje, da li se to kosi sa osnovnom definicijom mesta štetne radnje – gde je radnja izvršena; i 4) kod objektivne odgovornosti za štetu, odnosno, kod odgovornosti za opasne stvari ili opasnu delatnost, *lex loci delicti commissi* je mesto gde je opasna stvar bila nekontrolisana, što je prouzrokovalo štetu. Po istoj praksi, mesto nastanka štete je mesto u kome je došlo do povrede zaštićenog pravnog interesa.

Ono što je najbitnije jeste da tačka vezivanja *lex loci delicti commissi* upućuje na merodavno materijalno pravo, što znači da ne dolazi u obzir primena ustanove uzвраćanja i upućivanja (*renvoi*), koja je moguća u nekim drugim pravima.⁶

II) LEX LOCI DELICTI COMMISSI U DOMAĆEM I UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU

U našem, kao i u uporednom zakonodastvu, *lex loci delicti commissi* je osnovna tačka vezivanja za određivanje merodavnog prava u oblasti vanugovorne odgovornosti sa elementom inostranosti. Ono što se može odrediti kao zajednička karakteristika većine zakonodavstava, jeste da se *lex loci delicti commissi* shvata, upravo, onako kako smo i naveli na početku ovog rada. Međutim, i unutrašnja, nacionalna, zakonodavstva, kao i međunarodni izvori, kroz višestrano shvatanje ove tačke vezivanja, postavljaju pitanje opravdanosti primene *lex loci delicti commissi* kao prava mesta štetne radnje. Zbog toga se predviđaju alternativna pravila u situacijama, kada mesto štetne radnje nema dodirnih tačaka sa samim izvršenjem delikta i njegovim elementima. Posvetićemo pažnju odredbama četiri zakonodavstva, koja *lex loci delicti commissi* definišu u zakonskim aktima koji se bave sukobom zakona. Dva zakonodavstva (među njima i naše) definišu ovo pravilo, pre svega, na opšti način i ne sadrže alternativna pravila (izuzimajući kvazi delikte). Druga dva zako-

6 Austrija i Nemačka.

nodavstva sadrže obraćaju veliku pažnju na izuzetke od primene *lex loci delicti commissi*, odnosno, na odstupanja od tog pravila.

II-1) Zakonodavstvo Srbije

U Srbiji se za određivanje merodavnog prava za vanugovornu odgovornost koriste pravila Međunarodnog privatnog prava koja se nalaze u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje. Zakon o MPP)⁷. Osim opšteg pravila za određivanje merodavnog prava za vanugovornu odgovornost, naše zakonodavstvo predviđa i pravila za posebne oblike ove odgovornosti.

Zakon o MPP određuje *lex loci delicti commissi* na dva načina, kao pravo mesta, gde je radnja izvršena i kao pravo mesta, gde je posledica nastupila, zavisno od toga, koje je pravo povoljnije za oštećeno lice⁸. Od ocene suda zavisi koje je pravo povoljnije za oštećeno lice, imajući u vidu da od okolnosti samog slučaja, koji je doveo do nastanka štete, zavisi i koje će pravo biti primenjeno. Ovakvo rešenje možemo kritikovati, obzirom na neka druga shvatanja o razlikovanju navedene dve tačke vezivanja, kao i na činjenicu da se postavlja pitanje da li će se na oštećeno lice našeg državljanstva primenjivati strano pravo, ako je ono povoljnije za njega, ako se pitanje naknade štete postavlja pred domaćim sudom. Ne samo to, zakonodavac je široko odredio i pitanje protivpravnosti radnje, odnosno, odgovornosti za izvršenu štetnu radnju. Naime, za protivpravnost radnje merodavno je pravo mesta gde je radnja izvršena ili gde je posledica nastupila, a ako je radnja izvršena ili je posledica nastupila na više mesta, dovoljno je da je radnja protivpravna po pravu bilo kog od tih mesta⁹. Određivanje protivpravnosti na navedeni način nije dobro, iako se na prvo mesto, uvek, mora stavljati naknada štete oštećenom licu. Ali, naknadu štete treba odvojeno posmatrati od protivpravnosti. Naime, protivpravnost, odnosno, odgovornost treba, pre svega, utvrđivati po mestu štetne radnje, ako se to mesto razlikuje od mesta nastupanja štetnih posledica. No, sigurno je da, ako ta radnja nije protivpravna po pravu države, gde se ista preduzela, treba predvideti da se protivpravnost može utvrđivati i po mestu nastanka štetne posledice.

7 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Sl.list SFRJ br. 43/82, 72/82, Sl.list SRJ br. 46/96)

8 Član 28., st.1 Zakona o MPP

9 Član 28., st.3 Zakona o MPP

Ali, samo u slučaju, ako se protivpravnost radnje ne može utvrditi po mestu izvršenja štetne radnje.

Zakon o MPP, kao i drugi zakonski akti, sadrži rešenja za kvazi delikte, odnosno, za pojedine oblike vanugovorne odgovornosti, kod kojih se ne primenjuje osnovno pravilo. Naime, ako se radi o sticanju bez osnova, primeniće se pravo koje je merodavno za pravni odnos, povodom koga je nastalo sticanje. To pravo će se primeniti, bez obzira da li je pravni odnos nastao, bio očekivan ili pretpostavljen. Isto pravilo se primenjuje i kod neosnovanog obogaćenja. Što se tiče posloводства bez naloga, merodavno pravo za navedeno biće pravo mesto gde je poslovođa te radnje izvršio istu. A kad su u pitanju obaveze iz upotrebe stvari bez posloводства, merodavno je pravo, gde su se dogodile činjenice koje su prouzrokovale obavezu¹⁰. Interesantno je da Zakon o MPP sadrži odredbu koja se odnosi na vanugovornu odgovornost za štetu koja je nastala u vezi sa navedenim pravnim odnosima. Ta odredba se odnosi na primenu prava po *lex loci delicti commissi* na nastalu štetu¹¹.

Spomenućemo, kratko, i odredbu koja se odnosi na delikt nastao na brodu na otvorenom moru ili u vazduhoplovu. Tada će se primeniti pravo po *lex banderae*, odnosno, pravo mesta zastave broda ili vazduhoplova, tj. njihove državne pripadnosti¹².

II-2) Zbornik prava SAD

Kao što smo rekli, velika većina zakonodavstava ne odstupaju od osnovnih pravila koja se primenjuju u ovoj oblasti. To znači da se, na prvom mestu, primenjuje *lex loci delicti commissi*, sa svojim oblicima, kao i izuzeci, koji su predviđeni u zavisnosti od slučaja na koji se ova pravila primenjuju. Takav je slučaj i u Sjedinjenim Američkim Državama. Interesantne su odredbe Drugog zbornika prava Sjedinjenih Američkih Država – sukobi zakona od 23.05.1969.godine, koji predviđa pravila za primenu lokalnog prava, odnosno, prava članice SAD. Naime, prava i obaveze stranaka u pogledu delikata određuje lokalno pravo države, koje reguliše tu materiju i ima najbitniji odnos sa događajima i strankama¹³. Ono što je, napred, rečeno, vidi se iz ove odredbe. Primenuje se pravo

10 Član 27. Zakona o MPP

11 Član 28., st.2. Zakona o MPP

12 Član 29. Zakona o MPP

13 Član 145., st.1 Drugog zbornika prava SAD

države, koja ima najbližu vezu sa događajem i učesnicima događaja u kome je nastao delikt, tj. šteta. Osim toga, kod određivanja merodavnog prava za rešenje delikta i naknade štete, uzimaju se po odredbama ovog izvora i druge činjenice koje se odnose na delikt i na njegove učesnike. To su sledeće činjenice: 1) prvo, mesto gde se povreda dogodila (kako definiše američki Zbornik). Misli se na nastalu štetu, odnosno, na mesto gde su nastale štetne posledice; 2) zatim, mesto gde je izvršena štetna radnja, koja je dovela od nastanka zahteva za naknadu štete. To je, u stvari, osnovni oblik *lex loci delicti commissi*; 3) prebivalište, boravište, državljanstvo, mesto registracije i mesto poslovanja stranaka, odnosno, učesnika delikta. Radi se o tačkama vezivanja, koja određuju bitan odnos, najbližu vezu događaja i merodavnog prava. Ako su ove tačke vezivanja vezane za neko drugo pravo, a ne ono u kojoj je izvršena radnja, primeniće se pravo po navedenim činjenicama, a ne po *lex loci delicti commissi*; i 4) ako se radi o takvom deliktu, u kome se može utvrditi sedište stranaka, a što je bitno za sam delikt, onda će se primeniti pravo po tom mestu. Sve ove tačke vezivanja za primenu lokalnog prava država SAD se ocenjuju u svakom konkretnom slučaju, što znači da sud, na osnovu okolnosti i eventualnog utvrđivanja bliske veze delikta sa nekim pravom, primenjuje ove činjenice. Američki Zbornik prava je detaljnije utvrdio primenu pravila za određivanje merodavnog prava kod vanugovorne odgovornosti, upravo, zbog odstupanja od primene prava po *lex loci delicti commissi*, koje se odnosi na primenu prava po najbližoj vezi.

Spomenućemo jedan primer iz prakse SAD, koji govori o izboru prava kod delikta od strane stranaka. Radilo se o naknadi štete nakon saobraćajne nezgode. Naime, tužilja je bila povređena u Kaliforniji za vreme vožnje automobilom, koji je vozio njen muž i pokrenula je spor u Viskonsinu, gde je bio njihov zajednički domicil, protiv svog muža i njegovog osiguravača. Iako prema zakonu Viskonsina supruzi mogu jedan protiv drugog voditi spor zbog ličnih povreda, tuženi su tražili odbacivanje tužbe, jer zakon Kalifornije koji (kao zakon mesta gde je delikt izvršen) treba da bude primenjen, predviđa u ovakvim sporovima međusupružnički imunitet. Prvostepeni sud je usvojio zahtev tuženih. Apelacioni sud je poništio prvostepenu presudu, navodeći da se odluka o tome da li međusupružnički iminitet treba da postoji zasniva na razlozima porodične harmonije, te treba da bude primenjen zakon domicila, tj. zakon države kojeg se najviše tiču domaći (porodični) odnosi.

Ovde su samo dve jurisdikcije mogle biti zainteresovane za ishod spora – Viskonsin i Kalifornija, prvo kao mesto domicila supruga, drugo kao mesto delikta. Viskonsin ne bi imao interesa za davanje naknade, ali obzirom da ovde imaju suprugu domicil, on ima veoma jak interes da bude data naknada tužilji. Kalifornija nema nikakvog interesa za odbijanje naknade, tako da proizlazi da odluka da se primeni mesto delikta ima opravdanja.¹⁴

II-3) Mađarsko zakonodavstvo

Mađarska Uredba sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu od 31.05.1979.godine (dalje. mađarska Uredba) predviđa isto pravilo za primenu *lex loci delicti commissi* kao i naš Zakon o MPP. Osnovno pravilo koje se definiše, odnosi se na primenu i shvatanje ovog pravila ili po mestu štetne radnje ili po mestu štetne posledice. Naravno, koje će se pravo od navedena dva primeniti, zavisi od toga koje je povoljnije za oštećeno lice¹⁵. Jedina razlika u odnosu na naš Zakon o MPP se odnosi na to, što je mađarska Uredba predvidela i propuštanje, što znači da, ako je šteta nastala, usled propuštanja, primeniće se isto pravilo. Međutim, interesantno je da je mađarski zakonodavac jasno odredio da će se primeniti pravo mesta izvršenja štetne radnje na utvrđivanje odgovornosti, odnosno, protivpravnosti radnje u slučajevima saobraćajnih nezgoda, tj. nepoštovanja saobraćajnih i drugih propisa o bezbednosti¹⁶. Znači, samo za saobraćajne delikte je određeno, da će se na određivanje protivpravnosti tih štetnih radnji primeniti pravo mesta gde je nastala ta nezgoda. Napred smo rekli, da je izuzetno bitno odrediti protivpravnost štetne radnje, zbog postavljanja zahteva za naknadu štete. Sa druge strane, postavlja se pitanje da li bi bilo uputno određivati protivpravnost štetne radnje po pravu mesta nastanka štetnih posledica, ako to pravo nema nikakve veze ni sa mestom izvršenja štetne radnje, ni sa samim oštećenim licem, odnosno, sa njegovim državljanstvom ili prebivalištem.

14 Sukob (međudržavnih) zakona u SAD po pitanju sposobnosti supruga da jedno protiv drugog vodi spor za naknadu štete, Harvard Law Review, 1960. 4:785-787. Strani pravni život 26/60

15 Par. 32 mađarske Uredbe

16 Par. 33 mađarske Uredbe

II-4) Zakonodavstvo Švajcarske

Švajcarski Savezni zakon o međunarodnom privatnom pravu od 18.12.1987.godine na drugačiji način definiše tačke vezivanja za određivanje merodavnog prava kod vanugovorne odgovornosti. Naime, za razliku od našeg i mađarskog zakonodavca, ali slično američkom Zborniku prava, određuje bližu vezu delikta i učesnika delikta sa drugom državom, a ne onom u kojoj je došlo do izvršenja štetne radnje. Osim toga, odredba koja regliš e navedeno, nosi naslov »Nepostojanje izbora prava«¹⁷, čime je zakonodavac jasno odredio da se radi o situacijama u kojima stranke nemaju uticaja izborom prava po principu autonomije volje. Ako odgovorno lice i oštećenik imaju redovno boravište u istoj državi, onda će se primenjivati pravo te države, ako je između tih lica nastao zahtev za naknadu štete proizašle iz delikta. Time je švajcarski zakonodavac odredio bližu vezu učesnika delikta, na osnovu zajedničkog prebivališta, tj. redovnog boravišta. Međutim, ako to nije slučaj, tada će se primeniti pravo po mestu izvršenja štetne radnje. Ali, ako je posledica nastupila u drugoj državi, pravo te države je merodavno, ako je trebalo da odgovorno lice predvidi da će posledica nastupiti. Zakonodavac nije odredio, ali smatramo da se radi o predviđanju posledice u drugoj državi. Ono što možemo reći, jeste da je, na prvom mestu, švajcarski zakonodavac odredio pravilo za određivanje merodavnog prava, u ovoj oblasti, po bližoj vezi, odnosno, po zajedničkoj činjenici. Sa druge strane, *lex loci delicti commissi* je određen, prvo, kao mesto izvršenja štetne radnje, pa, ako se radi o mogućnosti da je odgovorno lice morao ili mogao da predvidi nastupanje štetne posledice u drugoj zemlji, tada će se primeniti pravo te zemlje. Ne predviđa se određivanje prava koje je povoljnije za oštećeno lice.

Spomenućemo još neka pravila švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu, koja se odnose na pojedine oblike građanskopravnih delikata. Pre svega, ovaj zakon jasno određuje da će se, kod saobraćajnih nezgoda, primenjivati Haška konvencija o merodavnom pravu u materiji udesa u drumskom saobraćaju od 4.maja 1971. godine, o kojoj će biti reči kasnije¹⁸. Zatim, kad je u pitanju odgovornost za proizvode, na zahteve zasnovane na nedostatku ili nepotpunom opisu proizvoda primeniće se po izboru oštećenog lica jedno od sledeća dva

17 Član 133. švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu

18 Član 134. švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu

prava: 1) pravo države, u kojoj odgovorno lice, štetnik, ima svoj poslovni nastan, a ako nedostaje, pravo države u kojoj se nalazi njegovo redovno boravište; ili 2) pravo države u kojoj je proizvod stečen, kupljen, osim ako štetnik dokaže da je proizvod bio komercijalizovan u toj državi bez njegove saglasnosti¹⁹. Švajcarski zakonodavac predviđa i tačke vezivanja kod štetnih imisija, gde dopušta oštećenom licu izbor jednog od dva prava. Znači, ukoliko se postavi zahtev za naknadu štete zbog imisija, koje potiču od nepokretnosti, primenjuje se, prema izboru oštećenog, pravo države u kojoj se nepokretnost nalazi ili pravo države u kojoj je posledica nastupila²⁰.

III) UREDBA 864/2007 O MERODAVNOM PRAVU ZA VANUGOVORNE OBAVEZE

Evropsko zakonodavstvo je bogatije za akt koji reguliše vanugovorne odnose sa elementom inostranosti. Taj akt je na prvo mesto stavio tačku vezivanja *lex loci delicti commissi*. No, ovaj akt je predvideo i niz drugih pravila i primenu opštih principa, od kojih ćemo najvažnije i predstaviti. Naime, Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II) br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine (dalje: Uredba 864/2007)²¹ primenjuje se na situacije u kojoj se rešava sukob zakona kod vanugovornih obaveza u građanskim i trgovačkim stvarima. Uredba 864/2007 se ne primenjuje u poreskim, carinskim i upravnim stvarima ili kod odgovornosti države u vršenju državne vlasti – akti *iure imperii*²². Primena Uredbe 864/2007 biće isključena i kod vanugovornih obaveza proisteklih iz porodičnih odnosa, zatim bračnih imovinskih odnosa i meničnih i čekovnih odnosa. Isto tako, Uredba 864/2007 se neće primenjivati i kod vanugovornih obaveza vezanih za subjekte u kompanijskom pravu, zatim kod nuklearne štete, kao i kod povrede privatnosti i prava vezanih za ličnost, uključujući i klevetu²³. Uredba 864/2007 definiše da će se primenjivati na štete nastale

19 Član 135. švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu

20 Član 138. švajcarskog Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu

21 Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal of the European Communities L 199, 31.7.2007., p. 40-49

22 Član 1.1 Uredbe 864/2007

23 Član 1.2 Uredbe 864/2007

iz štetnih radnji, neosnovanog obogaćenja, negotiorum gestio i culpa in contrahendo²⁴. Uredba 864/2007 određuje i da će događaj iz kog je proistekla šteta obuhvatiti i događaje kod kojih je verovatno da će se šteta dogoditi. Isto tako, šteta uključuje i štetu koja će, verovatno, nastati²⁵. Pravo jedne države će se primeniti, ako je merodavno po odredbama Uredbe 864/2007, bez obzira da li je ta država članica EU ili ne²⁶.

Uredba 864/2007 definiše i opšta i posebna pravila za određivanje merodavnog prava u slučaju postojanja vanugovorne odgovornosti. Ne samo to, ona određuje i slučajeve kada se primenjuje autonomija volje stranaka, kao i zajednička pravila koja se tiču nekih opštih pitanja u ovoj oblasti, kao što su direktna tužba, subrogacija, solidarna odgovornost i sl²⁷.

III-1) Osnovno pravilo

Ako nešto drugo nije predviđeno, Uredba 864/2007 predviđa da će se merodavno pravo za vanugovorne obaveze nastale iz delikata odrediti po pravu zemlje u kojoj se šteta dogodila, nezavisno od toga da li je to zemlja u kojoj se dogodila štetna radnja ili zemlja u kojoj je nastala posledica²⁸. Ako su oštećeno i odgovorno lice u istoj zemlji imali prebivalište, u vreme kada se šteta dogodila, onda će se primenjivati pravo to zemlje²⁹. Najzad, ako je štetni događaj bliže povezan sa nekom drugom zemljom, a ne zemljama koje su, napred navedene, tada će se primeniti pravo te zemlje³⁰. Bliža povezanost sa drugom zemljom zasniva se na odnosu između stranaka koji se zasniva na ugovoru koji je tesno povezan sa štetnim događajem³¹.

Vidimo da Uredba 864/2007 reguliše mesto štetnog događaja, kao mesto gde je nastala štetna radnja i kao mesto u kome su nastale štetne posledice. Teškoća kod primene tačke vezivanja *lex loci delicti commissi* se i javlja, kad za različita mesta vezujemo štetnu radnju i

24 Član 2.1 Uredbe 864/2007

25 Član 2.3 Uredbe 864/2007

26 Član 3. Uredbe 864/2007

27 Cheshire, North, Fawcett, Private International Law, Oxford University Press 2008., str. 770

28 Član 4.1 Uredbe 864/2007

29 Član 4.2 Uredbe 864/2007

30 Cheshire, North, Fawcett, nav.delo, str. 771

31 Član 4.3 Uredbe 864/2007

štetne posledice. To se, kao što smo rekli, naročito odnosi na rešavanje pravnih pitanja, kao što su osnov odgovornosti, visina naknade, vrsta naknade i sl. I kod primene Uredbe 864/2007 se postavlja pitanje, da li na isti način treba regulisati primenu merodavnog prava po *lex loci delicti commissi*, bez obzira o kom, navedenom, pitanju se radi.³² Upravo zbog ovog problema i Uredba 864/2007 je regulisala osnovno pravilo za određivanje merodavnog prava za vanugovornu odgovornost na navedeni način.

III-2) Neosnovano obogaćenje, negotiorum gestio i culpa in contrahendo

Uredba 864/2007 reguliše i vanugovornu odgovornost za štetu koja može nastati i u vezi sa neosnovanim obogaćenjem, upotrebom stvari i poslovođstvom bez naloga, kao i u vezi sa drugim vanugovornim obavezama, koje ne proizlaze iz delikata. Iako Uredba 864/2007 polazi od opštih pravila u rešavanju ovih pitanja, spomenućemo i shvatanje, koje kaže da će i u ovim slučajevima biti određivano merodavno pravo po opštem kolizionom pravilu *lex loci delicti commissi* i ono će biti nadležno za rešavanje pitanja naknade štete oštećenom licu, dok će za obaveze proistekle iz pravnog posla biti merodavno pravo po činjenicama iz tog posla.³³

Ako vanugovorna obaveza proizlazi iz neosnovanog obogaćenja, uključujući i neosnovani prijem iznosa plaćanja, primeniće se merodavno pravo po činjenici pravnog posla između stranaka, koji je blisko povezan sa neosnovanim obogaćenjem³⁴. Ako se ne može primeniti napred navedeno pravilo, tada će se primeniti pravo zemlje u kojoj su, u vreme šetnog događaja, obe stranke imale prebivalište³⁵. Ako se ni to pravilo ne može primeniti, tada će se merodavno pravo odrediti po mestu u kome je došlo do neosnovanog obogaćenja³⁶. I, na kraju, ako je vanugovorna obaveza proistekla iz neosnovanog obogaćenja bliže povezana sa nekom drugom zemljom, u odnosu na navedene zemlje, tada će se primeniti

32 Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, Međunarodno privatno pravo, Beograd 2007., str. 448

33 Pak, nav.delo, str. 504

34 Član 10.1 Uredbe 864/2007

35 Član 10.2 Uredbe 864/2007

36 Član 10.3 Uredbe 864/2007

pravo te zemlje³⁷.

Ista pravila se primenjuju i kod negotiorum gestio, odnosno u slučaju kad je vanugovorna obaveza nastala iz delovanja jednog lica u poslovima drugog lica, koje je njemu u korist, ali bez ovlašćenja tog drugog lica, pa se na takav način stvara obaveza između njih³⁸.

U slučaju da je vanugovorna obaveza nastala iz culpa in contrahendo, odnosno iz predugovorne odgovornosti, ako jedna od stranaka prekine pregovore u vezi zaključenja ugovora bez osnovanog razloga i zbog toga nastane šteta, primeniće se merodavno pravo koje je predviđeno u ugovoru ili bi bilo predviđeno, da je ugovor bio zaključen³⁹. Ako se to pravilo ne može primeniti, tada će se primeniti pravo zemlje u kojoj je nastala šteta, nezavisno od toga da li je to zemlja u kojoj se dogodila štetna radnja ili zemlja u kojoj je nastala posledica. Zatim, ako se ni to pravo ne može primeniti, tada će se primeniti pravo zemlje u kojoj su obe stranke imale prebivalište u vreme nastanka štete. I na kraju, ukoliko se ni navedeno ne može primeniti, tada će se primeniti princip bliske povezanosti, ako je vanugovorna obaveza proistekla iz culpa in contrahendo, bliže povezana sa nekom drugom zemljom⁴⁰.

III-3) Sloboda izbora (autonomija volje)

Stranke se mogu sporazumeti oko određivanja merodavnog prava za vanugovorne obaveze, na dva načina. 1) sporazumom nakon događaja koji je prouzrokovao štetu i 2) ako se stranke bave privrednom delatnošću, mogu odrediti merodavno pravo sporazumom pre nastanka događaja, koji je prouzrokovao štetu. Stranke svojim sporazumom o određivanju merodavnog prava ne smeju uticati na prava trećih lica⁴¹. Ukoliko su posledice nastanka štete u vreme njenog nastanka, vezani za drugu državu, a ne onu, čije su pravo stranke izabrale, tada izbor stranaka ne sme da prejudicira primenu odredaba prava te druge države, koje ne sme biti derogirano sporazumom⁴².

37 Član 10.4 Uredbe 864/2007

38 Član 11. Uredbe 864/2007

39 Član 12.1 Uredbe 864/2007

40 Član 12.2 Uredbe 864/2007

41 Član 14.1 Uredbe 864/2007

42 Član 14.2 Uredbe 864/2007

Na osnovu odredaba o slobodi izbora stranaka u regulisanju vanugovorne odgovornosti, možemo zaključiti da je autonomija volje ograničena pojedinim opštim pravilima i da sporazum stranaka ima dejstva, samo ako se rešavanje ovog pitanja tiče njih samih.

III-4) Odgovornost za proizvode

Štetna radnja i štetna posledica su sastavni deo svih građansko-pravnih delikata, odnosno, nema delikta bez radnje, kao ni bez nastanka štete.⁴³ Mesto štetne radnje je, pre svega, mesto gde je štetna radnja u potpunosti ili delimično izvršena. Šta je štetna radnja, treba odgovoriti kvalifikacijom tog pojma. Ovo pitanje se postavlja i kod odgovornosti proizvođača za proizvode, tako da se ovde mora reći da se o mestu štetne radnje može govoriti tek kada se proizvod stavi u promet⁴⁴. Kad je u pitanju Uredba 864/2007, ona, kod odgovornosti za proizvode, predviđa da će se merodavno pravo odrediti: 1) po mestu prebivališta lica koje je pretrpelo štetu od proizvoda, ako se taj proizvod prodaje u toj zemlji, odnosno, ako to nije slučaj 2) po mestu kupovine tog proizvoda, ako se taj proizvod prodaje u toj zemlji, odnosno, ako to nije slučaj 3) po mestu gde je šteta nastala, ako se taj proizvod prodaje u toj zemlji⁴⁵. U svakom slučaju, primeniće se merodavno pravo zemlje u kojoj odgovorno lice ima uobičajeno prebivalište, ako to lice nije moglo, u razumnim okvirima, da predvidi tržište navedenog proizvoda ili proizvoda iste vrste u zemlji čije je pravo merodavno pod 1), 2) i 3)⁴⁶. Mesto nastanka štete se, najčešće definiše, kao mesto gde je došlo do povrede zaštićenog interesa⁴⁷. Kod odgovornosti za proizvode, to mesto se, znači, može shvatati na različite načine⁴⁸.

U okviru ovog odeljka, moramo spomenuti i Hašku konvenciju o merodavnom pravu za odgovornost proizvođača za svoje proizvode iz 1973.godine. Osnovno pravilo ove Konvencije je da je merodavno pravo ono unutrašnje pravo države na čijoj se teritoriji dogodila šteta. Osim tog kriterijuma, merodavno pravo se po ovom aktu, može odrediti

43 Sajko, nav.delo, str. 150

44 Sajko, nav.delo, str. 152

45 Član 5.1 Uredbe 864/2007

46 Član 5.2 Uredbe 864/2007

47 Sajko, nav.delo, str. 152

48 Scoles, Hay, Borchers, Symeonides, nav.delo, str. 896

i po državi redovnog boravišta oštećenog lica, zatim po državi glavnog poslovnog sedišta odgovornog lica za delikt, kao i po kriterijumu nabvake proizvoda, odnosno, primeniće se pravo one države u kojoj je oštećeno lice nabavilo taj proizvod kojim je pričinjena šteta⁴⁹. Vidimo da, kad je u pitanju odgovornost za proizvode, ne možemo se osloniti, jedino, na osnovno pravilo *lex loci delicti commissi*, bez obzira, na koji način ga shvatamo. Ostali kriterijumi su poželjni, imajući u vidu favorizacije oštećenog lica u njegovom zahtevanju naknade štete.

IV) HAŠKA KONVENCIJA O MERODAVNOM PRAVU ZA DRUMSKE SAOBRAĆAJNE NEZGODE

Haška konvencija o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode (dalje: Konvencija)⁵⁰ se primenjuje na vanugovornu odgovornost, koja proizlazi iz saobraćajne nezgode. Konvencija definiše saobraćajnu nezgodu i koja vozila mogu biti uključena u nezgodu, odnosno određuje da u jednoj saobraćajnoj nezgodi, koja se može dogoditi i na javnom putu, kao i na putu u privatnom vlasništvu, mogu učestvovati i motorna i nemotorna vozila.⁵¹ Predmet Konvencije je, pre svega, određivanje merodavnog prava, koje se primenjuje na regulisanje naknade štete, proizašle iz saobraćajnih nezgoda sa elementom inostranosti. Merodavno pravo, koje je, kao primarno, određeno u Konvenciji će se određivati po mestu nezgode, odnosno po *lex loci delicti commissi*.⁵² Navedeno pravilo je osnovno pravilo, ali postoje i određeni izuzeci, kada će se umesto *lex loci delicti commissi*, primenjivati pravo određeno po mestu registracije vozila. Konvencija određuje pod kojim okolnostima će se odrediti merodavno pravo po registraciji vozila. Te okolnosti su vezane, kako za samo vozilo, odnosno učesnike saobraćajne nezgode, tako i za podnosioca zahteva za naknadu štete⁵³.

Pravila Konvencije, koja se odnose na primenu alternativne tačke vezivanja – mesto registracije vozila, postavljena su tako, da se odnose,

49 Pak, nav.delo, str. 508

50 The Hague Convention on the law applicable to traffic accidents, zaključena 4. maja 1971. godine; Konvencija o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode (Sl.list SFRJ – dodatak Međunarodni ugovori br.26/76)

51 Član 1. Konvencije

52 Član 3. Konvencije

53 Čolović, Međunarodno osiguranje autoodgovornosti (sistem zelene karte), Beograd 2007., str. 57

kako na samu nezgodu (tu se misli i na vozilo i na učesnike nezgode, kao što je rečeno), tako i na podnosioca zahteva. Merodavno pravo će se odrediti prema mestu registracije vozila, ako je u saobraćajnoj nezgodi učestvovalo jedno vozilo, koje je registrovano u drugoj zemlji, a ne u onoj u kojoj je mesto nezgode. Konvencija definiše i slučaj, kada u jednoj saobraćajnoj nezgodi ima više oštećenih lica. Tada će se merodavno pravo određivati, posebno, prema svakom od njih, u zavisnosti gde se nalazi njihovo redovno boravište (u mestu nezgode ili u mestu registracije vozila), što znači da će se merodavno pravo određivati po obe tačke vezivanja.⁵⁴ To, praktično, znači da je moguće da se, u vezi jedne saobraćajne nezgode, vodi više postupaka za naknadu štete u različitim državama. Ako je, sa druge strane, u jednoj saobraćajnoj nezgodi, učestvovalo više vozila, tada će se merodavno pravo odrediti prema mestu nezgode, osim ako su sva vozila registrovana u istoj zemlji.⁵⁵ Konvencija određuje i posebna pravila, kada je u pitanju postavljanje zahteva za naknadu štete, nastale na stvarima, bez obzira da li su se nalazile u vozilu ili van njega. Kada je u pitanju merodavno pravo, primenjuju se obe tačke vezivanja, i mesto nezgode i mesto registracije vozila. Merodavno pravo koje određuju pravila Konvencije (bez obzira da li je određeno po mestu nezgode ili mestu registracije vozila) će odrediti osnov i širinu odgovornosti, zatim limit odgovornosti, vrste povreda i šteta, kao i druga pitanja vezana za štetu, štetnika i oštećeno lice.⁵⁶ Vidimo da se, po Konvenciji, bliža veza građanskopravnog delikta sa drugim pravom, a ne sa onim po *lex loci delicti commissi*, definisala, pre svega, po vezi učesnika nezgode i registracije vozila, koje je učestvovalo u saobraćajnoj nezgodi.

V) LEX LOCI DELICTI COMMISSI I ZASTARELOST ZAHTEVA ZA NAKNADU ŠTETE

Jedno od pitanja, koje moramo spomenuti, jeste i odnos zastarelosti i postavljanja zahteva za naknadu štete. Naime, na zastarelost se uvek primenjuje tzv. deliktни statut, odnosno, mesto štetne radnje. To znači da će se o zastarelosti postavljanja zahteva za naknadu štete odlučivati po *lex loci delicti commissi*. U Zakonu o MPP nema izričite odredbe o tome.

54 Član 4., t.a) Konvencije

55 Član 4., t.b) Konvencije

56 Član 8. Konvencije

Pomenućemo dva primera koja se odnose na računjanje roka zastarelosti po pravu mesta štetne radnje. Prvi primer govori o Austrijanki Margareti C. koja je povređena u automobilskoj nesreći u tadašnjoj Čehoslovačkoj 12.04.1971., a imalac, koji je bio i vozač automobila takođe je bio Austrijanac. Povređena Margareta bila je obavezno osigurana, a osiguravajući zavod je 19.06. 1972. podneo tužbu radi utvrđivanja odgovornosti vozača za naknadu štete. Prvostepeni sud je odbio tužbu zbog zastarelosti, jer je od saznanja štete i zahteva učinio prošlo više od godinu dana, a po čehoslovačkom zakonu zahtev za naknadu štete može se ostvariti samo u roku od godinu dana. Drugostepeni sud je potvrdio tu presudu, a Vrhovni sud nije prihvatio razloge revizije. Na zahteve za naknadu štete zbog nedozvoljene radnje, uvek se primenjivao deliktни statut, bez obzira da li će u pojedinom slučaju pravo mesta izvršenja dela biti povoljnije za oštećenog ili štetnika. To pravo važi i za zastarevanje zahteva za naknadu štete zbog saobraćajnih udesa, a čehoslovački jednogodišnji rok zastarelosti ne protivi se austrijskom javnom poretку.⁵⁷

Sledeći primer govori o zastarelosti u situaciji kada postoji drugi građanskopravni odnos, koji je, na neki način, uzrokovao delikt, ali je ostao izvan njega. Zastarelost je tretirana, takođe, po deliktном statutu, odnosno, po mestu nastanka štete. Naime, izvesni Patino, koji je želeo da poseti Njujork iz poslovnih razloga, zatražio je od svoje žene koja je živela u tom gradu, dozvolu da može boraviti 10 dana u Njujorku i da ona neće za to vreme tražiti da se protiv njega preduzmu zakonske prinudne mere, koje predviđa američki zakon zbog toga što Patino ne izvršava svoje obaveze o plaćanju alimentacije svojoj ženi, na koje je bio osuđen u SAD. Pošto je njegova žena preuzela takvu obavezu, Patino je stigao u Njujork. Međutim, pre isteka roka od 10 dana njegova žena je zatražila od nadležnog organa u Njujorku da izda protiv Patina nalog za hapšenje, zbog neplaćanja alimentacije, što je i izvršeno, tako da je on bio lišen slobode. Po povratku u Francusku, Patino je podneo tužbu protiv svoje žene, tražeći da mu bude nadoknađena šteta, koju je on u vezi sa događajem u Njujorku pretrpeo.

Povodom ovog spora, u kome se postavilo pitanje, koji materijalni zakon treba primeniti u konkretnom slučaju, pariski apelacioni sud u svojoj presudi od 01.07.1959. godine, istakao je da je, prema francus-

⁵⁷ Zastarelost prava na naknadu štete sa elementom instranosti, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1976., 1:57-63 Strani pravni život 98/78

koj kolizionoj normi zakon države Njujork nadležan za presuđenje ovog spora, jer su se i štetna radnja i nastupela šteta odigrali u Njujorku. S obzirom na to, prema zakonu države Njujork treba ceniti kako suštinu spora, tako i pitanje da li je tužba za naknadu štete zastarela ili ne. Kako je tužba po zakonu države Njujork predana o roku i kako je osnovni princip deliktne odgovornosti priznat u anglosaksonskom pravu, apelacioni sud je preinačio presudu prvostepenog suda i osudio suprugu Patino da plati na ime naknade štete iznos od dvadeset miliona franaka.⁵⁸

Sud je stao u ovom slučaju na gledište da je za deliktnu odgovornost merodavan *lex loci delicti* i da činjenica da je delikt izvršen u odnosima između supružnika nije dovoljna da se sud opredeli za primenu personalnog zakona. Delikt se dogodio u Njujorku i odluka je donesena po pravu te američke države. Neplaćanje alimentacije sud, kod donošenja ovakve odluke, nije uzimao u obzir, pa zbog toga, nije uzimana u obzir primena jednog od personalnih zakona supružnika.

Lex loci delicti bio je primenjen i na ocenu zastarelosti tužbe za naknadu. Postojala je mogućnost kolebanja između *lex loci delicti* – zakona suštine i *lex fori* – zakona postupka, koji se u konkretnom slučaju nisu poklapali. No, opšta je tendencija da se u ovom slučaju primeni zakon mesta delikta. I radnja i šteta, po navodima suda, odigrali su se u Njujorku, pa je po tom pravu ocenjena i zastarelost tužbe za naknadu štete.

VI) ZAKLJUČAK

Odgovori na pitanja, postavljena na početku ovog rada neće predstavljati samo zaključak, već i razmišljanje, kojim pravcem bi trebalo da krene naše zakonodavstvo u regulisanju ove oblasti. Naime, odgovori na postavljenih pet pitanja su sadržani i u unutrašnjim zakonodavstvima, kao i u međunarodnim izvorima. Potrebno je, jedino, odlučiti, na koji način će se regulisati sve navedeno. U svakom slučaju, potrebno je, u rečenom smislu, pojasniti pojedine činjenice vezane za primenu prava po *lex loci delicti commissi*.

Odgovori su sledeći:

⁵⁸ Nadležni zakon u materiji građanske odgovornosti, *Journal du Droit international*, 1960, 2:424-428.

Strani pravni život 28/61.

- 1) Lex loci delicti commissi treba shvatati kao mogućnost izbora prava od više njih, imajući u vidu da se mesto štetne radnje i mesto štetne posledice ne moraju nalaziti u istoj zemlji, kao i da možemo imati više mesta štetnih radnji i više mesta štetnih posledica. Favorizacija oštećenog lica ima smisla, po našem mišljenju, jedino ako se radi o naknadi štete proizašle iz delikta. Moramo imati u vidu da mesto štetne posledice ne mora imati veze ni sa samim oštećenim, odnosno, sa njegovim državljanstvom, prebivalištem i sl.;
- 2) Što se tiče primene teorije najbliže veze, ona može služiti za određivanje merodavnog prava, jedino u slučajevima, kada su svi elementi delikta (misli se na lica i stvari) vezane za jednu zemlju, u kojoj nije izvršena štetna radnja. Ako je delikt, bilo kojim elementom, vezan za mesto izvršenja štetne radnje ili za drugu zemlju, merodavno pravo bi se odredilo po lex loci delicti commissi. Na takav način su određene tačke vezivanja za saobraćajne nezgode, dok kod drugih delikata, kod kojih imamo alternativne tačke vezivanja, kao npr. kod odgovornosti proizvođača za proizvode, ne možemo govoriti o primeni teorije najbliže veze;
- 3) Protivpravnost delikta se, pre svega, određuje po pravu mesta štetne radnje, dok se po pravu mesta štetne posledice može određivati samo u slučaju, ako se po pravu mesta štetne radnje oštećeno lice stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na primenu prava po mestu štetne posledice, koje mora da ima vezu sa oštećenim licem po državljanstvu, prebivalištu i mestu rada;
- 4) Određivanje posebnih tačaka vezivanja za posebne grupe građanskopravnih delikata, odnosno, definisanje izuzetaka od lex loci delicti commissi je neophodno. To se već čini u pojedinim zakonima, kao i u međunarodnim izvorima. Ova odstupanja doprinose zaštiti i oštećenih i odgovornih lica, o čemu je bilo reči; i
- 5) Autonomiju volje, kod određivanja merodavnog prava u oblasti vanugovorne odgovornosti, treba strogo ograničiti na slučajeve kada između stranaka postoji neki poslovni odnos. Izborom prava od strane stranaka ne smeju biti povređena prava trećih. Smatramo da su, ovde, dobra rešenja iz Uredbe 864/2007.

Kad je u pitanju zakonodavstvo naše zemlje, odnosno, Zakon o MPP, treba reći da bi u eventualnim izmenama Zakona, odnosno, donošenju novog, trebalo proširiti odredbe koje regulišu ovu oblast. To se, naročito, odnosi na jasnije razlikovanje mesta štetne radnje i mesta štetne posledice, kao i određivanja pravila kod posebnih oblika građanskopravnih delikata. Iako je *lex loci delicti commissi* osnovna tačka vezivanja za određivanje merodavnog prava u ovoj oblasti, mora se reći da će kod mnogih oblika građanskopravnih delikata biti određeno pravo po sedištu ili prebivalištu oštećenog lica, odnosno, u nekim situacijama i štetnika, ali i po poreklu stvari koja je predmet delikta. Međutim, tada ne možemo reći da je *lex loci delicti commissi* slučajan, on je vezan za delikt, vezan je za zahtev za naknadu štete, po mestu štetne radnje i određivanju prirode i protivpravnosti te radnje.

Prof. Vladimir Čolović, LL.D.
senior research associate
Institute of Comparative Law, Belgrade

PROBLEM OF THE DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW BY THE LEX LOCI DELICTI COMMISSI

Lex loci delicti commissi as the rule of determining the applicable law in non-contractual relations with a foreign element causing the problems, which are primarily associated with different interpretations of this rule. In determining the applicable law by lex loci delicti commissi, we can make the difference between the law of the place of the harmful action and the law of the place of the harmful consequences. Both of the places are an integral parts of the abovementioned rule. About it, the problem may arise in determining of the unlawfulness of the delict, ie, applying for compensation of the damage, by one of the abovementioned

*two laws. In addition, there are different types of delicts, and, because of their nature, we must apply different rules, but not the *lex loci delicti commissi*. A number of issues arise in applying this rule, from the possibility of applying the theory of the most close connection in this area, over the possibility of defining specific rules (points of attachment) for certain delicts, and the application of the autonomy of the will. The paper looks at solutions in domestic and comparative legislation, and the Regulation of the European Parliament and Council of the European Union on the applicable law for non-treaty obligations (Rome II) No. 864/2007, which regulates this area, we can say, on a more detailed way. Similarly, the paper analyzes the shortcomings of some particular application of general rules in this area.*

Key words: *lex loci delicti commissi, tort, damage action, damage, liability, applicable law, Regulation 864/2007.*

Dr Jovan Ćirić,
Institut za uporedno pravo,
Beograd

UDK: 343.143

Originalni naučni rad

ĐENOVEZE SINDROM

Marta 1964. godine, Katarina Đenoveze, 28-godišnja devojka, bila je u Njujorku ispred svoje kuće silovana i ubijena. Taj događaj posmatralo je više njenih komšija, ali niko joj nije na bilo koji način pružio pomoć. Tek, nakon što se napasnik udaljio, komšije su pozvale policiju i hitnu medicinsku pomoć, ali bilo je kasno, Katarina Đenoveze je već bila mrtva. Slučaj je šokirao američku javnost, u „Njujork Tajmsu“ je veoma mnogo pisano o tome. Socijalni psiholozi su tada lansirali i pojam „Đenoveze sindrom“, odnosno „Bystander efekat“, gde se u stvari događa da što je veći broj prisutnih ljudi, kao slučajnih prolaznika – svedoka, to je manja verovatnoća da će neko od njih na odgovarajući način reagovati i pružiti pomoć. U vezi sa tim u SAD su se razvili mnogi projekti komšijskog nadgledanja, ili neki drugi slični projekti, koji imaju za cilj da što je veći broj ljudi, volontera, slučajnih prolaznika, običnih građana, bude uključen u poslove (samo)zaštite od kriminala, odnosno bude pripremljen da reaguje na pravi, adekvatan način. O tome se govori takođe i u međunarodnim organizacijama ombudsmana, koje pokušavaju da animiraju i aktiviraju što je veći broj slučajnih svedoka – očevidaca nekog koruptivnog ili sličnog ponašanja, da takve stvari na vreme prijavljuju i o tome obaveštavaju nadležne. O svemu tome autor govori u ovom tekstu.

Gljučne reči: Katarina Đenoveze; slučajni posmatrač; komšijsko nadgledanje, prijavljivanje kriminaliteta

Da bismo na adekvatan način ilustrovali šta podrazumevamo pod pojmom – terminom „Đenoveze sindrom“, pojmom, terminom, koji se u socijalnoj psihologiji, kriminologiji, nalazi u upotrebi još od početka šezdesetih godina XX veka, opisaćemo događaje sa ulaza u jednu metro-stanicu, događaje koji su se nedavno dogodili, tačnije u Napulju u maju 2009. godine.

Rumunski državljanin, Petru Barladeanu, 26. maja 2009. godine bio je ubijen na ulazu u jednu metro stanicu u centru Napulja. Bio je

pogođen sa dva hica iz pištolja, jednim u grudi, drugim u nogu. Barladeanu se slučajno zatekao u pogrešno vreme na pogrešnom mestu, u središtu obračuna dve mafijaške grupe. Osim ovog rumuskog državljanina, u tom obračunu je bio pogođen i jedan 14-godišnji Italijan, koji je međutim uspeo da pobegne i izbegne eventualne dalje povrede, kao i to da se kasnije pojavi pred pravosudnim organima kao svedok.

Ono što je za čitav slučaj Barladeanua karakteristično, jeste to da je njegova pogibija bila snimljena sigurnosnim kamerama, postavljenim na ulazu u metro stanicu. Taj snimak bio je prikazivan više puta na italijanskim tv-stanicama, a može se pronaći i na internetu, na Youtube-u.¹ Na snimku se vidi da nesrećni Rumun, pravi nekoliko koraka, kojima dolazi do mesta za prodaju i poništavanje karata i tu pada. U tom trenutku, gomila ljudi, slučajnih prolaznika, koja se nalazi na tom mestu, beži „glavom bez obzira“ i ostavlja Barladeanua da leži na zemlji i njegovu ženu da vrišti, zapomaže, hvatajući se za glavu. Niko međutim ne prilazi ni nesrećniku, ni njegovoj ženi koja zapomaže, a hitna pomoć stiže tek pola sata kasnije, kada je pogođeni već bio skoro izdahnuo, što se na žalost i dogodilo u bolničkim kolima na putu za bolnicu.

I rumunski i italijanski mediji su ovom slučaju pridali znatnu pažnju i veoma mnogo izveštavali o svemu, pogotovu zato što treba imati u vidu da se bolnica u koju je Barladeanu prebačen, nalazi u neposrednoj blizini. Do kraja nije ostalo sasvim razjašnjeno da li se slučaj tragično okončao zahvaljujući sporosti medicinske pomoći, ili indolentnosti slučajnih prolaznika koji su na kraju krajeva pokazali nezainteresovanost i sasvim kasno obavestili nadležne o svemu što se dogodilo.²

Zanimljivo je, ako je to prava reč za čitav ovaj slučaj, da su neki slučajni prolaznici, umesto da na vreme pozovu hitnu medicinsku pomoć, ili na bilo koji drugi način nesrećniku priteknu u pomoć, ovoga slikali svojim foto-aparatima – telefonima,³ što naravno ukazuje pre svega na to da je Barladeanu izdahnuo zbog nemara, nezainteresovanosti, nebrige slučajnih prolaznika, koji su mogli da mu pruže pomoć, ali mu ipak nisu pružili odgovarajuću pomoć. Taj detalj u kojem nesrećnik u agoniji

1 www.youtube.com/watch?u=7uIXogsHFki

2 <http://infowebexplore.blogspot.com/2009/06/live-death-of-petru-barladeanu-romanian.html>.

3 www.bucharestherald.ro/dailyevents/41-dailyevents/3692-un-roman-ucis-din-gresea-in-italia-in-timpul-unei-rafuieli-intre-mafioti-

preklinje za pomoć,⁴ a prolaznici mu pomoć ne pružaju, već sve to ne samo da nemo posmatraju, naprotiv, čak, pomalo cinično, a u svakom slučaju bezosećajno, snimaju svojim mobilnim telefonima, podseća po mnogo čemu na ono što se par meseci pre toga dogodilo i u Beogradu.

Radi se o tome da se krajem februara 2009. godine, jedan mladić, u trenutku svog nervnog rastrojstva, popeo na ivicu beogradskog mosta „Gazela“, preteći da će skočiti i izvršiti samoubistvo. Most je bio blokiran, saobraćaj zaustavljen, ljudi su gundali zbog toga što nisu mogli da dođu na svoje odredište, a neki prolaznici su čak zastajkivali i slikali se sa nesrećnim mladićem u pozadini. Sve u svemu, stariji prolaznici su protestovali zbog toga što kasne, a mlađi su sve to slikali i „navijali“ za nesrećnog mladića da skoči.⁵ Sve se to u tom trenutku kada se dogodilo moglo protumačiti kao znak vrlo izrazite krize morala u našem društvu i otuđenja među našim ljudima. Međutim, vrlo brzo, svega par meseci nakon toga, slično se, kao što smo videli, dogodilo i u ovom slučaju iz Napulja, što je sve moglo da govori o jednoj socijalno-psihološkoj zakonitosti, koja i nije toliko vezana za samo jedno aktuelno društvo i trenutno stanje stvari u tom društvu, već obuhvata neke šire zakonitosti, koje su izgleda karakteristične za čoveka uopšte, bez obzira gde, u kojem društvu, u kojoj državi i u kojem vremenu dotični čovek živi.⁶

Slučaj Petru Barladeanu u tom se smislu svakako može povezati sa jednim drugim, na neki način sličnim slučajem koji se dogodio 40 i više godina pre toga u Njujorku. Radi se o jednoj Italo-Amerikanki, Katarini Đenoveze, po čijoj nesrećnoj sudbini se usvojio, uobičajio i termin – pojam „Đenoveze sindrom“ o kojem mi ovde govorimo.

Slučaj Katarine Đenoveze prvenstveno se vezuje za viktimološka promišljanja i za jednu promenu u stanju svesti najšire javnosti kada se radi o odnosu prema žrtvama i njenim ljudskim pravima. Marta 1964. godine u Njujorku se dogodio zločin koji je u dobroj meri promenio pre svega stanje svesti kako kod najšire javnosti, tako i kod stručnjaka

4 Za pomoć u stvari pre svega moli Barladeanuova žena koja vrišti, zapomaže, ali, kako se na snimku jasno vidi, niko joj ne prilazi.

5 O tom događaju i svemu ostalom pročitati u članku u dnevnom listu „Politika“: „Pokušaj samoubistva na ‘Gazeli‘. Dostupno na internet adresi: www.politika.rs./rubrike/Hronika/Posmatrachi-samoubistva.sr.html 27.februar 2009.

6 Upravo nedavno, tačnije u januaru 2010. godine u Srbiji, tj. u Boru se dogodilo nešto slično, kada su petnaestorica pretukla na smrt petnaestodišnjaka na ulazu u diskoteku, a prolaznici su to „mirno posmatrali“. O svemu tome u članku pod naslovom „Mirno posmatrali prebijanje mladića“ na strani 08. dnevnog lista „Politika“ od 18.01.2010.

odgovarajuće struke. Sve je to takođe uticalo i na promenu zakonodavne, odnosno ne samo zakonodavne prakse, ali pre svega odnosa prema žrtvama kriminaliteta, posebno onog najtežeg.

Devojka, 28 godina stara, Italo-Amerikanka, vraćala se kasno, odnosno rano ujutru u 3 sata, posle posla kući⁷ i pred kućom u kojoj je stanovala je bila napadnuta od strane napasnika sa leđa. Zapomagala je i jedan od komšija je izašao na prozor i viknuo da će zvati policiju. Izgledalo je u prvi mah da se napasnik povukao, da je pobegao. Zapravo je on to zaista i uradio, ali samo za trenutak, jer čim je dotični komšija zatvorio prozor, a dok je Katarina Đenoveze otključavala ulazna vrata od kuće u kojoj je stanovala, napasnik se vratio. On je tada u stvari nastavio da napada nesrećnu devojku, udarajući je u leđa i vrat. Devojka se branila, čak je i nož iz tašne izvukla, pokušavajući i na taj način da se odbrani, ali je napasnik bio i jači i spretiji od devojke, te joj je nož izbacio iz ruke i nastavio pesnicom da je udara po licu. Uprkos tome što je ceo događaj posmatralo više ljudi, uglavnom sakrivenih iza zavesa svojih osvetljenih i neosvetljenih prozora,⁸ stvar se završila tako što je napasnik silovao Katarinu Đenoveze, što znači da je čitav događaj trajao ne baš ni tako kratko vreme, - napadanje, udaranje, na kraju i samo silovanje. A to zapravo znači da čitava stvar ipak nije trajala tek tako kratko, odnosno da ipak nije bio u pitanju jedan kratkotrajni šok, koji je paralisao posmatrača. Nakon što ju je silovao, napasnik se udaljio i tek tada su komšije, tj. oni koji su bili svedoci čitavog događaja, reagovali, odnosno pozvali su policiju, koja je zajedno sa hitnom medicinskom pomoći stigla u roku od svega nekoliko minuta. Ali sve je bilo uzalud, nesrećna devojka je izdahnula na putu do bolnice, a što je sve bilo posledica teških povreda koje je preživela, frakture vilice, lobanje i sl.

Slučaj je na svaki način šokirao američku javnost. Usledila je serija članaka u „Njujork Tajmsu“. Naravno, ti članci su ponekad bili intonirani i u određenom populističkom tonu, pre svega zalažući se za strogost i represivnost države prema učiniocima teških krivičnih dela. Ipak, prvenstveno se insistiralo na većim pravima žrtve, na tome da se

7 Radila je u jednom restoranu –noćnom baru kao konobarica.

8 U početku se špekulisalo da je bilo čak 38 onih koji su sve to gledali, ali, kasnije je utvrđeno da je taj broj ipak bio manji, negde oko 15-ak. No to za našu priču možda i nije toliko važno, jer, u svakom slučaju, posmatrača je bilo više, čini se njih sasvim dovoljno da makar neko od tih petnaest ljudi možda samo pokuša da dotičnoj devojci pruži neku, bilo kakvu pomoć.

u većoj meri nego do tada država i njeni organi moraju okrenuti žrtvi i zaštiti njenih prava. Upravo taj događaj pokrenuo je i stručnjake i laike da se više okrenu pravima žrtve u krivičnim postupcima i da dođe do početka razvoja nove discipline – viktimologije.⁹

U čitavoj seriji članaka koji su tada objavljeni u „Njujork Tajmsu“, dominirala su i mnoga druga pitanja koja su bila upućena i državnim vlastima, ali i najširoj javnosti. Novinari, ali i političari i obični ljudi su, pored ostalog sami sebi postavljali pitanje, kako je moguće da niko nije pokušao da makar na neki, bilo koji način, pomogne nesrećnoj devojci. Ljudi su ili mirno, ili zaprepašćeno, paralisano stajali iza zavesa na svojim prozorima i iza svojih zabavljenih vrata i niko nije čak ni policiju pozvao dok na kraju nije sve ipak bilo kasno. Slično dakle kao 45 godina kasnije u Napulju. Usledila su i brojna istraživanja, socijalni psiholozi su čak ceo slučaj da gomila prolaznika nemo posmatra žrtvu, njene patnje i to kako joj se nanose povrede i da joj pri tome niko ne pruža pomoć, nazvali „Đenoveze sindrom“, utvrdivši, ukratko rečeno, da postoji jedno nepisano pravilo da, što je veći broj ljudi – posmatrača, to je manja verovatnoća da će neko na bilo koji način priteći u pomoć, odnosno na bilo koji efektivan način pružiti potrebnu pomoć.¹⁰

O slučaju Katarine Đenoveze¹¹ raspravljalo se dakle ne samo neposredno nakon što se sve to negativno dogodilo, već je u stvari povodom svega ojačao čitav viktimološki pokret, najpre u SAD, a kasnije i u čitavom svetu, pa su ne mnogo godina kasnije doneti i odgovarajući zakonski propisi i programi za pomoć i nadoknadu štete žrtvama krivičnih dela. Najpre je u SAD, a zatim i u ostalim Anglo-saksonskim zemljama započela šira primena jednog, do tada novog, nepoznatog, instituta - korišćenja javnih, državnih fondova za naknadu štete žrtvama kriminaliteta. Upravo su dakle ove zemlje usvojile novu koncepciju naknade štete žrtvama krivičnih dela,¹² a kasnije je ta ideja proširena i na druge zemlje, te su različiti zakoni počeli da budu donošeni i u drugim zemljama, ali u suštini, ideja se sastojala u tome da žrtvi, naročito ako i

9 Nataša Mrvić-Petrović; - Naknada štete žrtvi krivičnog dela; - Beograd, 2001. str. 144

10 Svako računa: „Zašto baš ja, kad može onaj drugi“. www.usatoday.com/tech/science/discoveries/2007-10-01-genovese-questioned_N.htm

11 http://en.wikipedia.org/wiki/Kitty_Genovese

12 Nataša Mrvić-Petrović; - Naknada štete žrtvama krivičnih dela u Common Law zakonodavstvima; - „Strani pravni život“ 1-3/2000. str. 35-54

kada se radi o žrtvi jednog najtežeg krivičnog dela, kao što je ubistvo, ili silovanje, da žrtvi dakle, iz javnih, državnih fondova, treba da bude data određena nadoknada za pretrpljene fizičke i psihičke bolove i patnje.¹³

To međutim nije sve, što se tiče brige za žrtve i njihov položaj i prava. U mnogim, a ponajpre u anglo-saksonskim zemljama, formiraju se posebne službe, uglavnom nevladine organizacije, sa kojima međutim vladine organizacije vrlo aktivno saraduju, a koje imaju za cilj i zadatak pružanje pomoći žrtvama krivičnih dela.¹⁴ U pitanju je i materijalna i psihoterapeutska i savetodavna i svaka druga vrsta pomoći koje imaju za cilj da se žrtvi olakša povratak u svakodnevnu društvenu stvarnost. Smatra se da sve te i takve službe imaju vrlo značajnu preventivnu ulogu, da se dakle njihova svrha i uloga ne iscrpljuje samo nakon što se delikt dogodi, već da se u ne malom broju slučajeva pokazuje i dokazuje da takve službe za pomoć žrtvama imaju svoju i te kako važnu preventivnu ulogu, te da one zemlje u kojima je mreža takvih službi – organizacija razvijenija, da su te i takve države one u kojima se stopa kriminaliteta relativno uspešno drži pod kontrolom. Kao primer za takvu tvrdnju navodi se Malta, država sa niskom stopom kriminaliteta, ali istovremeno i država u kojoj su službe za pomoć žrtvama kriminaliteta, dobro i uspešno organizovane i razrađene.¹⁵

Moglo bi se dakle reći da je ovaj slučaj silovane i ubijene devojke u Njujorku, označio izvesnu prekretnicu u kriminalno-političkom smislu, kada se o problemima žrtve i drugim viktimološkim problemima počinje sve više da govori i vodi računa.¹⁶ No, i pored svega, ostaje pitanje kako i zašto toj silovanoj devojci u Njujorku, kao i upucanom Rumunu u Napulju, niko nije pružio pomoć na adekvatan način i u pravo vreme. Odnosno, nakon 1964. godine uobičajio se jedan novi termin – pojam, pojam koji se naziva, kao što smo već govorili, „Denoveze sindrom“. Neki to nazivaju i „bystander effect“, što bi u bukvalnom smislu moglo biti prevedeno kao „efekat slučajnog (nezainteresovanog) prolaznika (posmatrača)“, odnosno onoga koji se na licu mesta zatekao slučajno i

13 Jovan Ćirić; - Tužioc i žrtve; - Beograd, 2009.

14 Sanja Ćopić; Ivana Vidaković; - Službe za pomoć žrtvama kriminaliteta u Engleskoj, Velsu i Sev.Irskoj; „Temida“ br.2/2002.

15 Đorđe Ignjatović; - Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte; - „Strani pravni život“ 3/2009, str. 49-66

16 Nataša Mrvić – Petrović; . Naknada štete žrtvi krivičnog dela; - Beograd, 2001. str. 145

koji ne želi da se mnogo meša u zbivanja i događanja oko njega, ne želi ništa da rizikuje, a pre svega neki svoj mir i komoditet. Uvođenje sistema javnih fondova iz kojih bi se finansiralo obeštećenje žrtava kriminaliteta, jednim svojim delom pravda se upravo i time da se na taj način podstiču građani da ne ćute i da ne prolaze zatvarajući oči, bez da ih mnogo zanima šta se događa sa žrtvama krivičnih dela, pogotovu u njihovom neposrednom susedstvu.¹⁷

Sistem za pomoć i obeštećenje žrtvama kriminaliteta, jednim svojim delom jeste i sistem kojim se ljudi stimulišu da budu solidarniji, da jedni drugima pružaju pomoć, pa i u onim slučajevima, kada je neko od njih žrtva nekog krivičnih dela. Potrebno je pokazati, smatra se u teoriji, da žrtva nije i ne sme biti ostavljena sama bez brige, pomoći i zaštite, a to *de facto* znači, da ni oni koji prijave neko krivično delo koje se događa pored njih, na „njihove oči“, neće biti ostavljeni sami, bez brige i zaštite šire društvene zajednice.¹⁸ To naravno ne treba shvatati i tumačiti u tom smislu da sada „slučajni prolaznici (očevici)“ treba da uzimaju posebno aktivnu ulogu u jednom slučaju i da se izlažu znatnim rizicima i opasnostima za svoju, kao i za bezbednost svojih najbližih.

Ne bi bilo racionalno, logično, rečju životno, očekivati od komšija iz priče o Katarini Đenoveze, da oni istrče iz svog stana i da počnu da se tuku sa silovateljom. Isto tako ne može se očekivati ni da slučajni prolaznici iz napuljskog metroa, priskoče i uključe se u međumafijaški obračun i pucnjavu. Ili na primer, ko može očekivati od onih koji su tog februarskog dana 2009. prelazili preko beogradske „Gazele“, da skoče u hladnu i mutnu reku i zaplivaju u pokušaju da spasu nesrećnog samoubicu. Odnosno da u Boru u januaru 2010 „uleti u gužvu“ i na taj način rizikuje da možda i sam bude prebijen od strane razularene, obesne gomile. Sve se to naravno ne može očekivati, ali ostaje pitanje zašto su komšije iz Njujorka ćutale i čekale da se sve završi, pa da tek onda alarmiraju policiju i pozovu hitnu medicinsku pomoć. Isto kao što ostaje i pitanje zašto su se u Napulju u metro stanici, najpre svi razbežali, a onda čak i sve slikali svojim mobilnim telefonima, pa tek onda na kraju pozvali pomoć, iako je žena sve vreme stajala, vrištala, molila

17 Nataša Mrvić-Petrović; - Naknada štete žrtvama krivičnih dela u Common Law zakonodavstvima; - „Strani pravni život“ 1-3/2000. str. 35-54

18 Oliver Bačanović; - Fond za obeštećenje žrtava krivičnih dela; - u zborniku radova „Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja III“, - priredio Đorđe Ignjatović; - Beograd, 2009.

za pomoć.¹⁹ U svakom slučaju, mogli su i to ih ne bi stajalo nikakvih napora ni opasnosti, da telefonom (danas mobilnim), a pre više od 40 godina svojim fiksnim telefonom, mogli su da pozovu policiju za pomoć i time u stvari ukažu pomoć i Katarini Đenoveze i Petruu Baldareanuu i nesrećnom petnasetogodišnjaku iz Bora.

Dvojica američkih socijalnih psihologa su 1968. godine sprovedli u svojim laboratorijama seriju zanimljivih eksperimenata. Oni su bili podstaknuti, imeđu ostalog, upravo i onim što se nekoliko godina ranije dogodilo nesrećnoj italo-američkoj devojci u Njujorku. U tim eksperimentima su učesnici bili podeljeni u nekoliko grupa, kojima su se događale neobične, bizarne situacije, a u kojima su učesnici trebali da intervenišu, tj. da na ovaj ili onaj način pruže odgovarajuću pomoć. U jednom slučaju, u jednoj učinioci, iznenada je počeo da kroz jedan otvor, kulja dim. U učinioci nije, osim učesnika u eksperimentu, učesnika koji nisu znali da učestvuju u nečemu što je eksperiment, u učinioci dakle nije bilo nikog drugog i eksperiment se sastojao u tome da se utvrdi koliko će vremena proteći dok neko ne izađe iz učinioce i alarmira nadležne da se u učinioci događa nešto neobično. Zatim je urađen eksperiment sa studentom koji ulazi u učiniocu i pada na pod dobijajući epileptični napad. Sve u svemu, u situaciji kada se u učinioci nalazio samo jedan učesnik u eksperimentu, on je po pravilu reagovao vrlo brzo i istrčavao iz učinioce, tražeći nekoga kome bi mogao da predoči da se događa nešto nesvakidašnje, te da treba reagovati pružanjem pomoći, pomoći u vidu zaustavljanja daljeg kuljanja dima, ili pomoći studentu epileptičaru. Međutim, rezultati ovakvog eksperimenta bitno su drugačiji, ukoliko se u učinioci nalazio veći broj učesnika u eksperimentu. Naime, što je veći broj učesnika u eksperimentu bio, to je vreme za reakciju bilo duže, odnosno verovatnoća da će se ukazati pravovremena i efikasna pomoć znatno se smanjivala. Eksperimentatori su zaključivali da ljudi u takvim situacijama, učesnici u eksperimentu, prvenstveno gledaju da li i kako reaguju druge osobe pored njih, da li oni ostaju „mrtvi – hladni“, ili na bilo koji način reaguju. Kako međutim svako reaguje na taj način što

¹⁹ Beogradski slučaj sa mosta „Gazela“ možda jeste malo specifičniji, možda on više govori o ljudskoj otuđenosti i krizi morala i solidarnosti, jer policija je na sreću stigla na vreme i spasla nesrećnika, ali, po mnogo čemu drugom i ovo jeste slično sa slučajevima iz Njujorka i Napulja. O slučaju iz Bora, o tome kako se sve odigralo ovde ne raspoložemo podacima, ali, najverovatnije, sve se događalo na sličan način, po sličnim socio-psihološkim zakonitostima kao i u Njujorku, kao i u Napulju.

gleda kako drugi (ostali) reaguju, onda ljudi zaključuju da u konkretnom slučaju nema ni potrebe intervenirati, ukazati na bizarnu situaciju u pitanju i pružiti pomoć. Drugi, također vrlo važan razlog zbog kojeg ljudi u većoj grupi manje, ređe i sporije intervišu, nego kada su sami, mogao bi se nazvati „difuzija (odnosno rasipanje) odgovornosti.“ Ljudi u takvim situacijama očekuju da će neko drugi (umesto njih) intervenirati i pružiti pomoć. Tada zapravo dolazi do tog rasipanja – difuzije odgovornosti. Ovo pogotovu dolazi do izražaja, kada ljudi očekuju i smatraju da su drugi očevidci, slučajni posmatrači-prolaznici kvalifikovaniji od njih da intervišu u konkretnom slučaju. Ljudi znaju, ili očekuju da među njima, u njihovoj grupi postoji, ili doktor, ili policajac, te da će taj drugi, kvalifikovaniji, reagovati na adekvatniji način i pružiti bolju pomoć, pomoć od koje neće biti više štete nego koristi.²⁰ Tako nastaje „bystander effect“, efekat slučajnog posmatrača, slučajnog očevidca, socio-psihološki fenomen koji je zaokupio pažnju stručne i šire društvene javnosti nakon tragičnog silovanja u Njujorku 1964.godine. Taj efekat, ili, kako ga neki nazivaju „Đenoveze sindrom“ može imati svog vrlo značajnog efekta u kriminalnopolitičkom smislu.

O čemu se radi? Radi se o tome da niti jedno društvo ne bi trebalo da dopusti da sve poslove oko prevencije kriminaliteta, sve poslove u vezi kriminalne politike, obavlja samo policija, odnosno samo organi i organizacije formalne društvene kontrole. Sasvim je jasno da ukoliko svi u jednom društvu očekuju da policija i samo policija obavlja sve poslove od prijavljivanja, preko isleđivanja do potpunog razotkrivanja, sasvim je jasno da će u takvoj situaciji rezultati u sprečavanju i zaustavljanju svake vrste kriminaliteta biti znatno manji nego tamo gde se svaki pojedinac i brojne, ne samo formalne, nego i neformalne grupe uključuju u sistem aktivne prevencije, ili kako se to kod nas nekada nazivalo „društvene samozaštite“. Uostalom, „neočekivani“ uspesi u smanjivanju stope kriminaliteta u poslednjoj deceniji, u SAD, kada je došlo do aktiviranja brojnih ne samo formalnih, nego i neformalnih organizacija i neformalnih vidova kontrole, nadzora i prijavljivanja, ovo nedvosmisleno pokazuju.²¹ Pisac ovih redova, mora da ovom prilikom pomene i svoje lično iskustvo

20 O ovim eksperimentima u jednom radu dvojice američkih psihologa – John Darley; Bibb Latane; - „Bystander intervention in emergencies“ – „Journal of Personality and Social Psychology“ no 8/1969 pp 377-383

21 Đorđe Ignjatović; - Stanje kriminaliteta u SAD i njegova kontrola; - u zborniku radova „Uvod u pravo SAD“, priredio Jovan Ćirić; - Beograd, 2008.

kada je pre nekoliko godina boravio u SAD, jedne večeri u mirnom predgrađu San Franciska. Tražeći adresu jednog našeg iseljenika, u potpuno pustoj ulici, pisac ovih redova, očigledno je bio veoma sumnjiv komšijama i verovatno da su ga oni prijavili policiji, te su se u roku od oko pet minuta, u mračnoj i pustoj ulici,²² pojavila dva policijska patrolna automobila. Na sveopšte zadovoljstvo, nije bilo potrebe da policajci na bilo koji način intervenišu, ali ovaj slučaj pokazuje da i bez neposredne primene zakona mnogi sasvim delotvorni instrumenti i mehanizmi u borbi protiv kriminaliteta mogu postići zadovoljavajuće rezultate. Očigledno u dotičnom slučaju, nije došao do izražaja „bystander effect“, ili kako ga neki još nazivaju „Đenoveze sindrom“. Ljudi se nisu ustezali da prijave i reaguju na vreme i spreče eventualno činj enje nekog krivičnog dela. Izgleda da se u tom smislu dosta toga promenilo od vremena 1964. godine, kada je nesrećna Italo-Amerikanka na očigled mirnih i nezainteresovanih komšija bila silovana i ubijena. A do promene je došlo, čini se pre svega zato što je u najširoj javnosti, od najnižih obrazovnih institucija, do sredstava masovne komunikacije, učinjeno veoma mnogo na edukaciji i promeni mentaliteta i načina razmišljanja u samim SAD, ali i u drugim državama sveta.

U tom smislu, prvenstveno u SAD, ali i u drugim zemljama, lansirana je ideja i koncept „komšijskog nadgledanja“, tzv neighborhood watch, gde se edukativnim i drugim sličnim sredstvima pokušavalo uticati na obične ljude da u što je moguće većoj meri saraduju pre svega sa policijom i da prijavljuju neke kriminalistički interesantne podatke o tome da se određeni ljudi u njihovom neposrednom okruženju - komšilukum u poslednje vreme neuobičajeno ponašaju, o tome da postoje indicije da u određenoj porodici dolazi do nasilja, odnosno zlostavljanja dece; o tome da se neki nepoznati, a bezbednosno sumnjivi pojedinci u poslednje vreme učestalo pojavljuju u okolini, i tsl. Tako je na primer 80-ih godina, najpre u Kaliforniji, a kasnije se to proširilo na čitave SAD, osnovan „National Neighborhood Watch Institute“, koji je imao za cilj da daje

22 Ulica jeste bila i mračna i pusta, ali u suštini se radilo o nešto elitnijem delu grada, za razliku od centralnih delova San Franciska, koji deluje znatno nebezbednije. sa dosta skitnica i klošara U pitanju je verovatno kombinacija tri faktora: „security cams“, „neighborhood watch“, „private property“ U svakom slučaju u pitanju je ne samo ista zemlja (SAD-Kalifornija) već i isti grad – San Francisko sa istim zakonskim propisima i u osnovi istim ljudima koji primenjuju te zakone, ali, iako se radi o svega nekoliko milja razdaljine, razlika u bezbednosnom opažaju, jeste vrlo izrazita. Krivični zakonik dakle ipak nije „sve i svja“ u borbi protiv kriminaliteta.

odgovarajuću podršku policiju. Isto tako, specifične edukacije, treninzi, izdavanje odgovarajućih publikacija, internet prezentacije, imale su za cilj da podignu bezbednosnu svest i kulturu pojedinaca, tj. da podstaknu obične ljude da sarađuju sa policijom i da prijavljuju policiji sve ono što smatraju bezbednosno interesantnim i provokativnim u njihovom komšiluku (neighborhood).²³

Sličnu misiju, sličan koncept imaju i neke druge organizacije u SAD, a pre svega u smislu prevencije kriminaliteta i olakšavanja policiji da obavlja svoj posao.²⁴ Stvari se međutim ne završavaju samo na tome da komšije prijavljuju pljačku, ili tome slično, već se u stvari radi o jednom sveobuhvatnom pokušaju da se animiraju obični građani da u što je moguće većem broju i obimu posmatraju bezbednosno interesantne, neobične pojave, te da ih prijavljuju nadležnim organima i organizacijama.²⁵

I u nekim drugim zemljama postoje slične organizacije koje imaju sličan cilj i misiju i koje postupaju na sličan način, po sličnim principima. Pomenimo u tom smislu na primer Kanadu, gde je sistem „neighborhood watch-a“ takođe značajno razvijen. U tom smislu pominjemo na primer organizaciju „Canada Safety Council“,²⁶ a možda je posebno interesantna i kanadska organizacija „Block Parent Watch“, koja ima čak 300.000 volontera- aktivista,²⁷ što je zaista više nego respektabilna cifra. Sa takvim brojem aktivista, makar dve stvari se mogu zaključiti. Prvo, svest običnih ljudi je zaista veoma razvijena, odnosno vrlo veliki broj ljudi je spreman

23 www.nnwi.org/about_us.asp.mission_statement.asp

24 www.usaonwatch.org/

25 Ne mora pri tome biti reč samo o sumnjivom neznancu koji se iznenada pojavio u kraju i koji je sumnjiv da nešto sprema, da nekoga ugrožava. Može se raditi, kao što smo već pominjali i o nekim drugim stvarima i situacijama. Na primer komšijino dete se često pojavljuje sa modricama po telu, ili se iz nečije kuće učestalo čuje galama ili neki drugi neobični zvuci koji pobuđuju sumnju da se unutar dotične kuće odigrava nasilje u porodici, ili nešto tome slično. Komšije će tada sumnjive slučajeve i situacije prijavljivati ne samo policiji, nego i centrima za socijalni rad i drugim sličnim organizacijama. U tom smislu postoji u SAD na primer, pri Clemson Univerzitetu, čak i Institut za porodični i komšijski život- Institute on Family and Neighborhood life, koji razvija tzv. Olweus Bullying Prevention Program, što je u stvari program za prevenciju porodičnog nasilja, koji se razvija putem edukacije kroz razne nivoe školovanja, od osnovnog školstva do univerziteta. (videti o tome na adresama www.clemson.edu/ifnl ili www.olweus.org/)

26 <http://archive.safety-council.org/csc/aboutus.htm>

27 http://wikipedia.org/wiki/Block_Parent_Program

da aktivno sudeluje u aktivnostima na planu prevencije kriminaliteta.²⁸ I drugo, sa tolikim brojem ljudi – volontera aktivista, posao policije i drugih organizacija formalne društvene kontrole je bitno olakšan, pa možemo reći, da je na neki način taj policijski posao postao i jevtiniji. Zamislimo koliko bi koštalo da 300.000 policajaca bude angažovano na tim poslovima, da tih 300.000 policajaca biva redovno plaćeno. Ovako sami ljudi, same komšije, to rade besplatno, što naravno pojevtinjuje čitavu stvar, a sa druge strane, same komšije uvek bolje poznaju situaciju i stanje stvari u svom komšiluku, te su i njihove aktivnosti i zapažanja u tom smislu često i bolja i svrsishodnija i dragocenija, od zapažanja koja bi sprovodili ljudi koji ipak ne poznaju toliko dobro dotični kraj i situaciju u tom kraju.

Ovde se međutim takođe pojavljuju bar dva pitanja, dve dileme. Prva dilema se tiče pitanja, da li bi se tako nešto moglo uspostaviti i u Srbiji i da li bi i kako bi to funkcionisalo u našim uslovima. Drugo pitanje jeste pitanje da li i koliko čitav taj sistem „neighborhood watch“ u stvari predstavlja nešto što je tipično za komunizam, za komunističku represiju i ono što je Orvel nazivao „Veliki brat te posmatra“? U tom smislu, krenimo od ovog drugog.

Da zaista, sve to u vrlo velikoj meri, makar samo na prvi pogled, podseća na komunističku opresiju i svakojako ugrožavanje privatnosti građana. Već se na prvi pogled nameću asocijacije na tzv. babuške koje su postojale i obavljale svoju funkciju u hotelima u SSSR-u. U mnogim situacijama u stvari se čini da ono za šta smo mislili da je karakteristično za socijalizam, da je to u suštini, ponekad još u većoj meri karakteristično za savremeni kapitalizam, savremeni zapadni svet.²⁹

²⁸ Možda ovde nije neosnovano zaključiti i to da u dotičnim zemljama postoji i strah, da ne kažemo panika od kriminaliteta, što je takođe fenomen koji sam po sebi zavređuje pažnju.

²⁹ Turisti koji su šezdesetih i sedamdesetih godina boravili u SSSR-u sa strahopoštovanjem su pričali o „babuškama“, koje su izigravale recepcionarke na svakom pojedinačnom spratu hotela, a u stvari bile su policijski doušnici. U zapadnom svetu ne postoje niti su postojale „babuške“, ali danas postoji ovo o čemu govorimo – „Neighborhood watch“, a postoje i sigurnosne kamere i na spratovima hotela i na mnogim drugim mestima, tako i toliko da je privatnost građana svedena na najmanju moguću meru. Tako na primer u Londonu ima 96 postavljenih kamera na aerodromu Hitrou, 1.800 na železničkim stanicama, oko 6.000 u podzemnoj železnici, itd. (O tome u članku „Gde god da ste, snimljeni ste“ u listu „Politika“ str. 04 od 29.03. 2009) Orvelova negativna utopija, danas se ispostavlja, nije se u tolikoj meri odnosila na socijalizam - komunizam. Šta više, ideja „velikog brata“, postaje nešto što je komercijalno isplativo i predstavlja

U stvari, ne radi se o slučajnim sličnostima i o tome da se nama samo čini da je sistem „neighborhood watch“ replika sistema komunističkog nadgledanja i ugrožavanja privatnosti. U tom smislu, moramo pomenuti i organizaciju „Družina dobrovoljaca“ („Voluntary People’s Druzhina“). Ta organizacija ima relativno dugačku istoriju. Osnovana je još 1913, a 1917. godine nakon Oktobarske revolucije dobija na posebnom značaju u procesima učvršćivanja nove boljševičke vlasti, dok tridesetih godina, biva inkorporisana u zvanične policijske organe, i organe NKVD-a, - a radi se o organizaciji БРИГАДМИЛ – Brigade za podršku miliciji („Militsya Support Brigades“). Sa raspadom SSSR, raspada se i ova organizacija, ali, istovremeno, počev od 1992. u Rusiji se beleže pokušaji ponovnog aktiviranja i reetabliranja ove organizacije.³⁰ U svakom slučaju, čini se da je odgovor na pitanje da li u sistemima „neighborhood watch-a“ ima elemenata izvesnog komunizma, čini se da je tu odgovor vrlo jasan i decidan – da, u tome ima i te kako mnogo elemenata komunizma, ako ništa drugo, onda makar samo u psihološkom smislu, zavirivanja u tuđi život i ugrožavanja privatnosti građana.

Drugo pitanje jeste pitanje, da li i koliko ovaj sistem i koncept „neighborhood watch-a“ može funkcionisati u Srbiji i kakve bi rezultate on u našim uslovima dao. Pa najpre treba reći da u principu treba biti vrlo oprezan sa primenom stranih iskustava i uvođenjem novih inostranih rešenja. U stvari treba biti oprezan sa uporednim pravom u principu, što kod nas inače nije uvek slučaj, već se ne tako retko upravo radi obrnuto – nekritički se prepisuju i preuzimaju tuđa rešenja i tuđa iskustva, koja međutim u našim društvenim i psihološkim, tj. uslovima našeg mentaliteta i naših iskustava, ne da ne daju dobre rezultate, nego upravo obrnuto.³¹ Konkretno, ovde nam se nameće pitanje da li bi se i koliko sistem komšijskog nadgledanja u našim uslovima pretvorio u nešto što bi u suštini bilo komšijsko zlonamerno tužakanje i ono naše već poznato da „komšiji crkne krava“. Takav način razmišljanja i postupanja je, kako iskustva pokazuju karakterističan pre svega za naš svet, a u daleko manjoj meri je karakterističan za anglo-saksonski, možda bismo mogli reći pre svega protestantski svet, gde osećaj dužnosti i disciplinovanosti, pa i poslušnosti, u daleko većoj meri dolazi do izražaja nego što je to slučaj sa društvima u kojima dominiraju bilo katolički, bilo pravoslavni

jednu od najpopularnijih televizijskih emisija, koja se sa zanimanjem prati.

30 http://en.wikipedia.org/wiki/Voluntary_People%27s_Druzhina

31 Jovan Ćirić; - Nevolje sa uporednim pravom; - „Strani pravni život“ 1/2008.

obrazac ponašanja. Osim toga, činjenica jeste i ta da sistem komšijskog nadgledanja ne može uspešno funkcionisati ni svuda u zemljama protestantskog kulturno-civilizacijskog kruga. Hoćemo da kažemo u stvari i sledeće: jedna situacija jesu veliki gradovi – megapolisi, tipa Njujorka, Londona, Toronta, Sidneja, a drugo su mali gradovi u unutrašnjosti, ili predgrađa na periferiji ovih gradova, gde komšije ipak jedan drugog mnogo bolje poznaju, nego što je to slučaj na Menhetnu na primer. Tamo gde ljudi jedan drugog bolje i svestranije poznaju, tamo obično ima daleko više rezultata ono što nazivamo „komšijskim nadgledanjem“, tamo se daleko bolje uočava kada se pojavi neki stranac sa neobičnim ponašanjem, nego tamo gde su svi, ili gotovo svi, jedan drugom „stranci“ i gde više ništa nije ni novo, ni neobično.

Sve u svemu dakle, jedan slučaj, slučaj silovanja i ubistva Katarine Đenoveze, imao je neobično mnogo uticaja na razvoj kriminoloških, viktimoloških, pa i kriminalno-političkih razmišljanja i akcija u vremenima koja su nakon te 1964. usledila. Ne radi se samo o teorijsko-doktrinarnim istraživanjima o tzv. bystander effect-u, odnosno o „Đenoveze sindromu“, već se radi o čitavom sistemu aktivnosti, edukacija, treninga, u suštini aktiviranja običnih ljudi, potencijalnih očevidaca, slučajnih posmatrača-svedoka, da pomognu policiji u razotkrivanju čitavog niza različitih nezakonitih aktivnosti. Ne mora se pri tome raditi samo o nasilničkom kriminalitetu, o ubistvima, pljačkama, silovanjima, može se raditi o mnogim drugim situacijama, o mnogim drugim slučajevima finansijskog i korporacijskog kriminaliteta, gde, uslovno rečeno, komšijska, odnosno insajderska informacija, može biti od izuzetnog, najvećeg mogućeg značaja za otkrivanje, ali i prevenciju kriminaliteta.

Da bismo ovo sasvim pojasnili, pomenimo ovde i jednu od preporuka koju je međunarodna organizacija za borbu protiv korupcije, GRECO, uputila Srbiji, 2006. godine, prilikom evaluacije stanja korupcije u Srbiji: - „obezbediti takav sistem i takvu društvenu realnost u kojoj osobe kada dobronamerno (sa dobrom namerom) prijave neki događaj koji im izaziva sumnju na korupciju, pa kada se ispostavi da ipak nisu u pravu, da ne budu predmet revanšizma u svojoj sredini.“³² Drugim rečima, potrebno je obezbediti da unutar jedne socijalne, a, pre svega radne sredine, odnosno jednog kolektiva na primer, ljudi budu, sa jedne strane

32 Jovan Ćirić; - GRECO u borbi protiv korupcije; - „Strani pravni život“ br. 1-3/2006.

dovoljno slobodni, a sa druge strane dovoljno zainteresovani da prijavljuju sva ona ponašanja kojima se krše odgovarajuće zakonske norme, pravila ponašanja i poslovanja. Nezainteresovanost za prijavljivanje koruptivnih i nelegalnih ponašanja u jednom preduzeću, a i uopšte, jeste u stvari ona ista nezainteresovanost, koja je bila karakteristična za komšije Katarine Đenoveze koje su stajale i sve što se događalo posmatrale sakriveni iza svojih zavesa, nemo, bez reči, ne pružajući pomoć kojom su možda mogli sprečiti najgore.

Imajući sve to u vidu i međunarodna organizacija, udruženje ombudsmana, zaštitnika prava građana, u jednom od svojih najnovijih časopisa upravo tretira i razmatra ovu problematiku. Tako na primer, ističe se da ljudi u različitim organizacijama često uočavaju ponašanja za koja smatraju da su neprihvatljiva, čak i kriminalna, ali se oni ipak ustručavaju da prijave nadležnima takva ponašanja. U pitanju jeste „bystander effect“, ali i ne samo to, Ljudi se ustručavaju zbog straha od prekida odnosa i komunikacije sa drugim ljudima, kolegama. Takođe ustručavaju se i zbog drugih mogućih loših posledica, gubitka privatnosti, ali isto tako i gubitka posla u vremenima ekonomskih kriza i nezaposlenosti. U nekim istraživanjima koja su sprovedena upravo u vezi sa tim, „zašto se ljudi ustručavaju da prijavljuju „neprihvatljiva“ ponašanja“, ispitanici su upravo odgovarali na taj način, ističući strah da se ne zamere i svojim šefovima, ali i drugim svojim kolegama.³³

Ističe se takođe i to da posmatrači, očevici, ukoliko su aktivni, ukoliko nisu pasivni, nezainteresovani, mogu odigrati značajnu ulogu u jačanju, tj. promovisanju pozitivnih, zakonitih, moralnih ponašanja u jednoj užoj, lokalnoj sredini, pre svega u organizaciji u kojoj su zaposleni. Oni dakle ne treba samo da prijavljuju ono što je negativno (nezakonito) već pre svega da ističu kao pozitivno sve ono što je zakonito, moralno poželjno, rečju sve ono što je pozitivno. U tom smislu, smatra se da aktivni treninzi sa zaposlenima u kojima bi im se upravo ukazivalo na tu njihovu važnu ulogu, mogu biti od značajne koristi.³⁴

Ipak, kada su u pitanju domaće, srpske prilike tu treba biti sa jedne strane krajnje oprezan, a sa druge strane krajnje skeptičan u

33 Mary Rowe; Linda Wilcox; Howard Gadlin; - Dealing with – or Reporting „Unacceptable“ Behavior; - „Journal of the International Ombudsman Association“ – Vol. 2 Number 1 2009. pp. 55-62

34 Maureen Scully and Mary Rowe; - Bystander Training within Organizations; - „Journal of the International Ombudsman Association“ Vol. 2 Number 1 pp. 89-96

pogledu toga koliko se zaista može očekivati od zaposlenih u, domaćim, a možda pogotovu u inostranim preduzećima, da prijavljuju, ili makar samo ukazuju na negativna, protivzakonita ponašanja svojih kolega, a pogotovu svojih šefova. U pitanju je čitav niz i formalnih i neformalnih prepreka koje faktički sprečavaju zaposlene – „očevice“ da se zameraju i rizikuju kažjavanje, pa čak i gubitak posla, zbog čega se istražni i inspekcijски organi mogu susretati sa nečim što je u stvari jedan novi vid „zavere ćutanja“. ³⁵

Dakle, to više nije samo nezainteresovanost i „gledanje svog posla“, to je već i nešto više – strah, strah od različitih posledica, ekonomskih i drugih. U pitanju je sličan mentalitet, upravo nešto slično, odnosno slična kombinacija koja je postojala kod onih ljudi sa metro stanice u Napulju, koji su naučeni da „gledaju svoja posla“, da ne rizikuju previše i da se ne mešaju u poslove i razračunavanja jačih od sebe, pa bez obzira da li su ti „jači“, njihovi šefovi od kojih im preti otkaz, ili čitave mafijaške organizacije.

Sve u svemu dakle, mi smo ovde pokušali da pokažemo kako je i koliko silovanje i ubistvo jedne devojke u Njujorku, imalo značaja za razvoj kriminološko - viktimoloških razmatranja, odnosno razvoj novih kriminalno-političkih koncepcija prevencije kriminaliteta i uvođenje nekih novih standarda u oblasti neformalnih sredstava u borbi protiv kriminaliteta. Malo je dakle pojedinačnih slučajeva kriminaliteta koji su toliko mnogo uticali i na najširu javnost i na stručnjake u oblasti prevencije kriminaliteta i na promenu načina razmišljanja kada se radi o potrebi (samo)zaštite od kriminaliteta i o tome šta je sve potrebno raditi da bi se jedno društvo uspešnije moglo nositi sa problemima kriminaliteta. Zbog toga nam se i učinilo potrebnim da ovde ispričamo priču o nesrećnoj Katarini Đenoveze, o „Đenoveze sindromu“, „bystander effect-u“, ali i komšijskom nadgledanju („neifgborhood watch-u“) Pojedinačni slučajevi ponekad zaista mogu biti ilustrativniji nego čitave teorije i teorijska promišljanja. Slučaj koji se marta 1964. odigrao u Njujorku, jeste upravo takav slučaj i mi smo ga upravo zato ovde i ispričali.

35 Jovan Ćirić; - Tužioc i „zavera ćutanja“ u novom ruhu; - u zborniku radova „Zakonik o krivičnom postupku i javno tužilaštvo“ – izdanje Udruženja javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije; - Beograd, 2009. str. 225-238

Jovan Ćirić, LL.D
Institute of Comparative Law,
Belgrade

GENOVESE SYNDROM

In March 1964 in New York, Catherine Genovese, a 28 years old girl was raped and killed in front of her house. Many of her neighbors were watching that, but nobody tried to help her. Only after the seducer finished his job, neighbors called police and emergency, but it was too late, Catherine Geoneve died on the road to the hospital. That case shocked America and many articles has been written in New York Times about that. Social psychologists that phenomenon that many people are staying without try to give a help, or at least to react on some way, called „bystander effect“, or „Genovese syndrom“. Some of them made experiments in which they have shown that people usually do not react if they are in group, if there are many witnessess – it is in some way the difusion of the responsibility. Anyway, that „bystander effect“, or „Genovese syndrom“, could play very important role in the prevention of the criiminality. Because of that, experts, especially in the USA, work very much with ordinary people, who could be in the possition of bystanders. In that sense, there are many projects, called „neighborhood watch“, or on some other, similar way, that has to prepare people to react on the adequate way if they notice some unacceptable behavior. The word is not only about murders, robberies, rapes, or similar offences, the word is also about the corruption in one enterprise, or some other economic crimes. The international organization of ombusmans, points out some of those problems. The author of this text talks here about the case of Catherine Genovese, about the „bystander effect“, about the „neighborhood watch“.

Key words: *Catherine Genovese; bystander effect; witnessess, neighborhood watch; reporting crime*

Проф. др Љиљана Радуловић,
Правни факултет у Београду,

UDK: 37.014.542:343.915
Оригинални научни рад

ФУНКЦИЈА ОБРАЗОВАЊА У СУЗБИЈАЊУ МАЛОЛЕТНИЧКОГ КРИМИНАЛИТЕТА

*Укључивање /реинтеграција/ малолетника у друштвену заједницу представља крајњи циљ примене кривичноправних мера, који се остварује кроз деловање на **васпитање и правилан развој личности малолетника**. Кривичноправне мере и санкције су тако конципиране, да је **образовање и стручно оспособљавање малолетних учиниоца** њихов саставни и незаобилазни садржај управо због базичног значаја који имају на процес формирања личности младих људи. Полазећи од оваквог значаја образовања, релевантни међународни документи који се баве превенцијом малолетничког криминалитета и положајем малолетника у сукобу са законом, препоручују државама да укључе образовне садржаје и у систем друштвене превенције и у кривичноправне мере које се примењују на малолетне учиниоце кривичних дела. Наше законодавство је усклађено са одредбама ових докумената, што се потврђује кроз садржину свих кривичноправних мера за малолетнике, укључујући и малолетнички затвор.*

Кључне речи: образовање, друштвена превенција, кривичноправна политика, сузбијање малолетничког криминалитета

УВОД

*Превенција малолетничке делинквенције је кључни део превенције криминалитета у друштву. Млади могу да развијају некриминогене ставове у правно регулисаним, друштвено корисним активностима, те усвајањем хуманистичке оријентације према друштву и хуманистичког погледа на живот... **Напредна превентивна политика** треба да укључи стварање, пре свега **образовних могућности** које одговарају различитим потребама младих и служе као механизам подршке обезбеђивању развоја*

њихових личности, нарочито оних који су очигледно угрожени или изложени друштвеним ризицима и којима је потребна специјална брига и заштита.¹

Циљ поступка у институцијама у које се смештају малолетни учиниоци кривичних дела јесте и **обезбеђивање образовања и стручног оспособљавања**, како би им се помогло у преузимању конструктивне и продуктивне улоге у друштву.²

Наводи из два значајна међународна документа који се баве проблематиком превенције малолетничког криминалитета и поступање са малолетницима у сукобу са законом, указују на значај образовања и стручног оспособљавања, како на плану превенције малолетничке делинквенције, тако и у поступку извршавања санкција институционалног карактера. Другим речима, образовање је значајан део како **друштвено-превентивне**, тако и **кривично-правне политике сузбијања малолетничког криминалитета**. Треба истаћи да савремена законодавства препознају образовање као важан сегмент у остварењу посебне и опште сврхе не само санкција институционалног карактера, већ укупног система санкција и мера за малолетне учиниоце кривичних дела, од којих само мањи део чине санкције институционалног карактера.

Без обзира на разлике у приступу појединих држава у конципирању стратегије сузбијања малолетничког криминалитета, одређене тачке повезивања постоје. Данас је опште прихваћен стандард да и превентивне и репресивне мере укључују разноврсне едукативне садржаје као базичне претпоставке за развој личности малолетника, за њихову успешну социјализацију и укључивање у друштвене токове који воде у живот изван криминалитета.

Поред породице, образовне институције почев од основног образовања, утичу на социјализацију малолетника, на изградњу његових индивидуалних капацитета за толеранцију, заједништво, одговорност и солидарност, што је заједно са позитивним утицајем образовања на јачање осећања самопоштовања, важно за развој личности која ће бити способна за укључивање у живот

1 Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције-Ријадске смернице, Основни принципи 1. и 5. а).

2 Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе-Пекиншка правила, Поступак у институцијама 26.1.

и конструктивне активности у оквиру уже и шире друштвене заједнице. Овај аспект раног укључивања малолетника у образовни систем је подједнако значајан као и функција коју образовање има на плану оспособљавања појединаца за одређена занимања, што је веома важно за економско осамостаљивање и успешну социјалну инклузију младих људи.

1. образовање као део друштвено-превентивне политике сузбијања малолетничког криминалитета

У савременим државама се све више води рачуна о чињеници да криминал, укључујући и малолетнички, има огромну цену која оптерећује и кочи друштвени развој. У питању су са једне стране велики материјални и други губитци који настају извршењем кривичних дела, а са друге, велика материјална улагања у правосудни апарат, полицију, изградњу и одржавање затворских и других пренитензијарних установа, затим у исхрану, здравствену заштиту и друге потребе осуђених лица, у трошкове за затворску администрацију, затим, значајна средства се издвајају за пробацијске и социјалне службе, и др.³ Тако, на пример, у Енглеској и Велсу је Ревизорска комисија у извештају за 2003-2004 годину навела да боравак једног малолетника у институцијама кошта годишње 50,000 фунти, приватизоване институције за малолетнике /*Secure Training Centre*/, по једном осуђенику потроше невероватних 164,750 фунти. Према извештају председавајућег *Youth Justice Board*-а за Енглеску и Велс, укупна сума која је потрошена на годишњем нивоу за малолетнике осуђене на институционалне санкције у 2003-2004 години износила је 293.5 милиона фунти.⁴ Чињеница да велики број држава одваја већа буџетска средства у ове сврхе него за развој културе, образовања, здравствене заштите, за различите социјалне потребе, указује да је смањење криминалитета а самим тим и растерећење државе од материјалних и других оптерећења која намеће ова појава, од капиталног значаја.

3 I.Taylor, *The Political Economy of Crime*, *The Oxford Handbook of Criminology*, Edited By M.Maguire, R.Morgan, R.Reiner, Clarendon Press, Oxford 1997, 295-297.

4 B.Goldson, *Penal Custody: Intolerance, Irrationality and Indifference*, *Youth Crime and Justice*, Edited by B.Goldson&J:Muncie, Saga Publ., London 2006, 144-146.

Генерална скупштина УН је у више наврата путем резолуција препоручивала чланицама да у оквиру својих планова друштвеног и економског развоја одговарајућу пажњу посвете политици спречавања малолетничке делинквенције, имајући при томе у виду да нема универзалне превентивне формуле, али да постоје одређена подручја у сваком друштву чије унапређење и развој значајно доприносе сузбијању и спречавању свих форми криминалитета. Та друштвена подручја су пре свега економија, политички и правни систем, здравство, **образовање**, широко подручје социјалне политике. Уједињене нације су развиле и правне инструменте који су данас у великом броју држава окосница како система малолетничког правосуђа, тако и система друштвене превенције малолетничке делинквенције.⁵

1.1. Општа и посебна друштвена превенција и образовање

1. Општа и посебна социјална превенција обухватају систем разноврсних мера и активности које се плански спроводе у различитим подручјима друштвеног живота а које имају утицај и на стање криминалитета у одређеној средини.⁶ **Општа друштвена превенција** криминалитета у значајној мери зависи од стања у области економске, социјалне, здравствене и образовне политике, од карактера правног и политичког система у одређеном друштву. При томе треба имати у виду да су све ове области међусобно

⁵ Посебно су значајни: 1. Пекиншка правила /Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе/ од 29. новембра 1985. Резолуција 40/33 Генералне скупштине УН; 2. Токијска правила /Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману/ од 14. децембра 1990. године, усвојена Резолуцијом Генералне скупштине УН 45/110; 3. Ријадске смернице /Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције/ од 14. децембра 1990. године, 68. пленарно заседање, Резолуција 45/112; 4. Правила УН за заштиту малолетника лишених слободе, од 14. децембра 1990. године, 68. пленарно заседање, Резолуција 45/113. У тексту ће мо се служити оригиналним преводом ових докумената са енглеског језика Центра за права детета-Београд: "Права детета и малолетничко правосуђе-одабрани међународни инструменти". Прихватање препорука и стандарда садржаних у овим документима, доприноси да државе унапреде не само кривично-правну, него и друштвено-превентивну политику сузбијања малолетничког криминалитета.

⁶ Опширније: Љ. Радуловић, Криминална политика, Београд 1999, 228-252.

повезане, па је у том смислу важно да сваки од наведених сегмената делује подстицајно и на општем плану. Неповољна кретања и неадекватне мере које се предузимају у било којој од наведених области, могу генерисати раст појединих облика криминалитета, и обратно, битно утицати на његово сузбијање. Тако, на пример, познато је да мере економске политике које позитивно утичу на смањење незапослености имају значајну превентивну улогу, али је исто тако важно да систем образовања буде комплементаран мерама које на плану економске политике подстицајно делују на решавање проблема незапослености. Исто тако, уколико је систем вредности који се афирмише у пракси од стране политичких субјеката и политичких институција такве природе да се образовање истиче као приоритет у развојној стратегији, политички односи ће значајно стимулисати развој општих и индивидуалних образовних потенцијала и тако доприносити превенцији антисоцијалних форми понашања, нарочито код младе популације.

Постоји повезаност између криминалитета и стања и промена у економским, политичким, социјалним и другим сферама друштвеног живота. У условима општег друштвеног развоја не само да се смањују фактори који представљају научно и практично потврђене криминогене факторе, већ су и веће реалне могућности да борба против криминалитета буде успешна, да резултира свођењем ове појаве у друштвено подношљиве границе. *Чињеница да се општа развојна политика у друштву не води превентивно у функцији сузбијања и спречавања криминалитета, не умањује позитиван превентивни утицај друштвеног прогреса.*⁷ Мере опште социјалне превенције се више исказују као фактори који посредно остварују превентивну функцију, али непосредно условљавају степен могућности да се планирају и остварују разноврсни облици посебне и индивидуалне превенције. Мере опште социјалне превенције могу значајно да допринесу сузбијању криминалитета, али саме нису довољне за разрешење овога проблема, па се друштвена превенција не може зауставити само на овако широким захватима. На њих се надограђују **мере посебне друштвене превенције** које су усмерене на сузбијање и отклањање конкретних криминогенних фактора испољених у одређеној, по правилу ужој средини или

7 Ibid., 250.

везаних за одређену категорију лица, на пример за малолетнике. **Мере индивидуалне превенције** су управљене на отклањање индивидуалних и социјалних криминогених фактора који непосредно делују на поједине личности. Повезано и синхронизовано деловање сва три превентивна сегмента гарантује успешније сузбијање криминалитета.

2. У оквиру друштвене и индивидуалне превенције одређени сегменти су од посебног значаја за **сузбијање малолетничког криминалитета**. Образовање је на том плану од битног утицаја, због чега је веома важно да се са посебном пажњом планирају и дефинишу конкретне мере у овој области.

Опште и стручно образовање представљају значајне покретачке снаге економског, политичког, културног и општег друштвеног и индивидуалног просперитета. Стварање услова за широко укључивање посебно младе популације у образовне процесе, значајно повећава шансе појединаца да се лакше интегришу у укупне друштвене токове и процесе, али и да се прилагоде неповољним друштвеним кретањима. У ситуацији привредне рецесије образовани појединац ће се, по правилу, лакше професионално преоријентисати и прилагодити, док за појединце без довољног образовања постоји велика вероватноћа да буду део незапослене популације са свим материјалним, психолошким и другим негативним консеквенцама које таква ситуација повлачи, а које су значајан фактор изазивања негативних појава укључујући и криминалитет.

У савременим условима значајну превентивну функцију имају како *образовне институције*, тако и *специјализоване службе за професионалну оријентацију, за пружење помоћи у запошљавању, доквалификацији или преквалификацији*. Значај ове форме превентивног деловања заснива се на сазнањима о криминогеном деловању раног напуштања образовног процеса, ниског нивоа образовања и са тим блиско повезане незапослености или неадекватног упослења. При разматрању овога проблема са аспекта превенције криминалитета, треба имати у виду да лоша позиција на овоме плану најчешће представља део комплексног узрочно-последичног низа у који су укључени неповољан економски статус породице и (или) занемаривање родитељске контроле и помоћи у образовном процесу детета, негативан утицај вршњака и других фактора из

окужења у коме одраста и у коме се формира личност малолетника, затим интелектуални и емотивни проблеми који се одражавају и на лоше резултате током школовања. Такав животни циклус најчешће резултира инсуфицијенцијом општег и стручног образовања, запослењем на пословима нижег ранга, чему по правилу претходи период незапослености, што све заједно, како истичу поједини теоретичари, отежава таквим појединцима да жељене циљеве остварују легитимним путем.⁸ Други аспект овога проблема изражава се у ситуацијама када су незапосленост и немогућност налажења адекватног радног места резултат нагомиланих пре свега економских, али и других проблема који постоје у друштву. Тада је овај проблем рефлексија ширег стања и захтева предузимање комплакснијих друштвених мера у правцу ефикаснијег решавања питања незапослености као и смањивања и неутрализације утицаја овог фактора на криминогено понашање појединаца, нарочито младих.

3. Мере *посебне друштвене превенције* када је реч о превенцији криминалитета малолетника, посебно су усмерене на решавање проблема недовољног нивоа образовања и незапослености, фактора који су међусобно уско повезани. Савремене државе се у великој мери суочавају са проблемом великог броја младих који живе на друштвеној маргини, са минималним могућностима за запослење. Углавном потичу из сиромашних друштвених слојева, а у великом броју земаља нарочито је значајан проблем младих емиграната и оних који припадају другој или трећој генерацији емиграната, од којих значајан број није интегрисан у економске, политичке и културне токове у друштву. Изливи насиља у западноевропским земљама у срединама у којима живи највећи део ове популације,⁹ показују да се проблем не може зауставити на границама, може се слободно рећи, гетоизираних градске периферије, већ да се само инклузијом, пре свега кроз образовање и запослење, решава проблем и остварује превенција ширег насиља и криминала не само ове категорије

8 D. Farrington, Human Development and Criminal Careers, The Oxford Handbook of Criminology, Edited By M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, Clarendon Press, Oxford 1997, 397.

9 Л. Микиели, „Једно насилније друштво? Друштвено-историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас“, Анали Правног факултета у Београду бр.1, 2008.

становништва, него и грађана који живе на друштвеној маргини, у сиромаштву и без стабилних прихода које остварују својим радом.

Разматрајући овај проблем поједини аутори указују да рационалан одговор на повезаност сиромаштва-криминала-социјалне маргинализације, у великој мери лежи у стварању услова за укључивање младих у образовне процесе који ће им олакшати добијање одрживог, смисленог и добро плаћеног посла. Препуштање појединаца на милост непредвидивом, “флексибилном”, слободном тржишту рада и лоше плаћеним пословима, по правилу привременим и несигурним, има низ негативних последица, између осталог утиче и на деградацију породичних односа, као и на окретање појединаца криминалу.¹⁰ Свест о томе се исказује и кроз настојање да се конструктивним програмима побољша стање на овоме плану. Може се рећи да свако друштво сходно својим могућностима настоји да помогне младима у решавању егзистенцијалних проблема различитим стимулативним програмима пре свега на економском плану. Са аспекта превенције криминалитета, посебан значај имају програми који су директно осмишљени са циљем да делују у срединама и на младе који спадају у ризичну групу са становишта опасности од уласка у свет криминала. На том плану позитиван пример јесте програм за незапослене младе грађане-”*New Deal*” for Young People (NDYP), који је почео да се спроводи у **Енглеској и Велсу** после победе лабуриста на изборима 1997. године, са нагласком на деловање у правцу јачања социјалне правде и сузбијања криминалитета младих. Програм је промовисан са амбицијом да буде одговор на проблеме дела младе популације која је у дугом временском периоду суочена са проблемом незапослености. У исто време, влада је као свој приоритет одредила и инвестирање у образовање и обуку младих, како би се на слободном тржишту повећала понуда квалификоване, способне и мотивисане радне снаге. Смисао је да се улагање у људски капитал одрази на мотивисање послодаваца да у већој мери пружају шансу младима за запослење, да се “откључају” потенцијали младих људи, како би се кроз образовање и оспособљавање ова категорија радно способног становништва адаптирала на захтеве слободног тржишта и била фактор економског напретка друштва. Програмом су обухваћени различити модалитети који су подразумевали период образовања и

10 D.Cook, Criminal And Social Justice, Sage Publ. London 2006,180-181.

обуке за одређена знања и вештине, упућивање како се аплицира за запослење, затим финансијску помоћ у периоду у коме се тражи запослење, уз асистенцију стручњака из различитих области који се на индивидуалном принципу повезују са младима који су укључени у програм.¹¹

Лабуристичка влада је уложила значајне напоре и у успостављање различитих превентивних /пре-делинквентних/ програма, који су као циљну групу обухватили младе код којих је присутан повећан ризик од вршења кривичних дела. У све програме су укључени образовни садржаји, а поједине активности су посебно усмерене на сузбијање изостанака и напуштања школе, што је један од раних и битних показатеља постојања ризика од укључивања малолетника у криминалне структуре. Посебно се издваја неколико програма:

У “*Splash*” програм који је преименован у “*Positive Activities for Young People*”, укључују се малолетници од 13-17 година који живе у срединама са високом стопом криминалитета, посебно уличног. Малолетницима су у току летњег распуста организоване разноврсне активности са циљем да се не само физички, већ и ментално одвоје из свог окружења, укључе у спортске, културне, образовне и сличне активности.

Youth Inclusion Programmes /YIPs/ имају сличну садржину, стим што се спроводетокм целе године. Циљна група су малолетници такође из високо ризичних средина, посебно категорија малолетника која је склона бежању из школе.

Сличан претходном је *Youth Inclusion and Support Panels /YISPs/* чија су циљна група малолетна лица узраста од 8-13 година, који су испољавали особине и понашање које их сврстава у високо ризичну групу потецијалних делинквената. Програмом су обухваћени и њихови родитељи.

У 2005. је било 72 оваква програма, а влада је због позитивних резултата подржала даље ширење ових програма за 50% до 2008 г.¹²

11 P.Mizen, *Work and Social Order: The “New Deal” for the Young Unemployed, Youth Crime and Justice*, Edited by B.Goldson&J.Muncie, Saga Publ., London 2006, 187-191.

12 M.Cavadino-J.Digam, *The Penal System: An Introduction*, Sage publ. London 2007, 327, 340.

Настојање државе да ојача програме који су усмерени на укључивање малолетника у образовне садржаје, треба повезати са истраживањима која су објављена у Извештају инспектората затворских институција за 1999. годину, према коме је у 1999.г. у установама пеналног система било смештено 10,570 младих испод 22. године. Већина од њих, више од две трећине, су били без икаквих формалних квалификација, 50% је или избачено из школе, или су добровољно прекинули школовање пре навршених 16. година. Ови подаци су симптоматични са аспекта потврде повезаности образовања и криминалитета малолетника, о чему говоре бројна истраживања вршена у Енглеској и Велсу, САД, као и у другим државама.¹³

4. У нашој земљи се од деведесетих година прошлог века започиње са новим програмима по узору на сличне програме који се примењују у развијеним земљама, чији је циљ рана превенција малолетничког криминалитета. Посебно охрабрују резултати програма *Дневни боравак* који се у назад неколико година примењује у Београду и појединим другим градовима од стране Градских центара за социјални рад.

Програмом су обухваћена деца и млади са израженим тешкоћама у понашању које су се манифестовале у виду незаинтересованости, вербалне и физичке агресије, слабог успеха у школи, нередовног похађања наставе, деструктивног понашања, злоупотреба психоактивних супстанци, недовољне контроле од стране родитеља, и др. Програм је први пут реализован у Земуну, укључује децу школског узраста, а реализација програма је везана за школу. Деца сваки дан у школским просторијама у мањим групама раде са стручњацима различитих профила на проблемима везаним за њихове породичне односе, понашање, успех у школи, коришћење слободног времена, и др. Учешће у програму и деце и родитеља је на принципу добровољност. Програм су прихватала деца која нису била укључена у вршење кривичних дела али су се кретала у друштву делинквената, а неки су чинили ситне прекршаје. Истраживања су показала да су учесници који су у континуитету били укључени у програм најмање три месеца, показивали побољшање у погледу емотивне стабилности, успеха у школи, смањења могућности за

13 К.Hansen, „Education and Crime-Age Profile“, British Journal of Criminology, (2003) 43, 141-168, 142-143.

негативну идентификацију, и др.¹⁴

1.2. образовање у функцији превенције-препоруке Конвенције о правима детета и Ријадских смерница

1. Конвенција о правима детета у члану 28. указује да стране уговорнице имају одређене обавезе чије поштовање треба да обезбеди остваривање циљева образовања. У том смислу, основно образовање треба учинити обавезним и бесплатним за све, а различите облике средњег образовање укључујући и опште и стручно образовање, треба подстицати и учинити доступним сваком детету или кроз бесплатно образовање, или путем пружања финансијске помоћи када је то потребно. У погледу високог образовања, треба омогућити, свим расположивим средствима, да буде доступно свима у складу са способностима. Посебно се наглашава да треба предузимати мере за обезбеђивање редовног похађања школе и смањење стопе напуштања школе. Ова одредба има посебан значај и са аспекта превенције малолетничког криминалитета у светлу бројних истраживања и анализа које показују везу између раног напуштања школовања и уласка малолетника у свет криминала.¹⁵

Члан 29. Конвенције подвлачи обавезу страна уговорница да образовање детета буде усмерено на развој његове личности, талената, менталних и физичких способности, на поштовање људских права, основних слобода и принципа утврђених Повељом Уједињених нација, као и на припремање детета за одговоран живот у слободном друштву, у духу разумевања, мира, толеранције, једнакости полова, пријатељства међу народима, етничким, националним и верским групама и др.

Поред тога што је образовање услов за достизање знања и способности на основу којих ће млади људи лакше стварати добре животне позиције и боље изгледе за проналажење адекватног

14 М. Шкулић, И. Стевановић, Малолетни делинквенти у Србији, Југословенски центар за права детета, Београд 1999. 403-408.

15 Тако, на пример, истраживање публиковано у Великој Британији 2005.г. садржи податке да је у оквиру затворске популације искључених из школе међу мушкарцима 49% и 33% код затвореница. Када је реч о малолетницима, три четвртине затвореника узраста до 20 година, било је искључено из школе. D.Cook, Criminal And Social Justice, Sage Publications, London 2006, 144.

запослења, наведене одредбе Конвенције о правима детета указују на значај образовања за изграђивање и прихватање од стране малолетника позитивних вредносних категорија које укључују и поштовање другог, различитости на националним, верским и другим основама, вредности које малолетници треба да прихвате кроз образовање у што ранијем периоду, како би се развили у толерантне и одговорне личности.

2. Смернице Уједињених нација за превенцију малолетничке делинквенције- Ријадске смернице, посебан део /IV-Б.Образовање/ посвећују превентивној функцији образовног процеса и образовних институција. На том плану се наглашава потреба да образовне институције посвете нарочиту пажњу младима који су у ситуацији повећаног друштвеног ризика, да се развија политика и стратегија спречавања употребе алкохола, дроге, са посебним нагласком да наставници и други запослени у образовању треба да буду оспособљени и обучени како за превенцију, тако и за решавање ових проблема. Образовне институције треба да буду референтни центри за пружање медицинских, саветодавних и других услуга младима, нарочито онима који имају посебне потребе и проблеме (сиромаштво, припадност угроженим етничким и другим мањинским групама, и сл.), који су жртве злоупотреба, занемаривања, виктимизирања и експлоатације, који имају тешкоће са присуствовањем настави и који напуштају наставу. Препоручује се да се у образовном процесу форсирају политика и правила која су правична, да млади буду заступљени у телима у којима се креира школска политика и доносе одлуке. Посебан значај у превентивном смислу, придаје се ваннаставним активностима од интереса за младе, које школе треба да организују у сарадњи са групама из локалне заједнице.

2. Образовање као сегмент кривичноправне политике сузбијања малолетничког криминалитета

1. До јачања значаја образовања и стручног оспособљавања у политици сузбијања малолетничког криминалитета долази у XIX веку, када се у оквиру реформаторских процеса у овој области водила борба за превласт између две струје. Једна је реформу примарно сагледавала као процес раздвајања малолетника од

пунолетних криминалаца кроз формирања посебних затворских институција за малолетнике у којима ће они доживети морални преображај. Друга струја је сматрала да малолетне делинквенте треба реформисати, па у складу са тим, процес промена треба да води установљавању посебних институција другачијег типа у односу на затворе, у којима ће тежиште бити пре свега на мерама васпитног и образовног карактера.¹⁶ Значајно је да су и у том времену неке од институција у које су смештани малолетни учиниоци кривичних дела, биле део образовних, а не пеналних институција.¹⁷ Затвори су били реалност и извесност за велики број малолетних учинилаца кривичних дела, али се у XIX и у XX веку у великом броју земаља формирају установе за малолетне делинквенте реформаторског типа, у којима је процес образовања и стручног оспособљавања представљао окосницу процеса реформе малолетника у правцу личности која је способна за друштвени живот изван криминала.¹⁸ Усмеравање у стратегији сузбијања малолетничког криминалитета ка образовању и преваспитавању, односно ка циљевима специјално-превентивног карактера, значило је да се уместо стратегије изолације

16 I. Pinchbeck-M.Hewitt, Vagrancy and delinquency in an urban setting, Crime & Society, Compiled by M.Fitzgerald, G. Mc Lennan, J. Pawson, Routledge, London 1993, 199-202. Почев од средине XIX века установљавају се заводи реформаторског типа у којима су се малолетници образовали и оспособљавали за различите индустријске, занатске, пољопривредне и друге послове. Истакнути поборник реформаторске струје је била Mary Carpenter која је снажно пропагирала образовање и професионално оспособљавање малолетних делинквената, али и организовала више установа за малолетнике и малолетнице, са циљем да се образују и оспособе за занате и друге професије, и тако лакше укључе у друштво као поштовања вредни чланови. M.Fitzgerald, G.McLennan, J. Pawson, Crime & Society, Routledge, London 1993, 199-207.

17 Тако, на пример, The Youthful Offenders Act из 1854.г. установио је реформаторске индустријске школе које нису биле део пеналног, већ образовног система. T.Newburn, Youth, Crime and Justice, The Oxford Handbook of Criminology, Edited by M.Maguire et all., Clarendon Press, Oxford 1997, 638.

18 У Немачкој, Швајцарској, Холандији, Белгији, Француској, и др. у XIX веку се установљавају пољопривредне и индустријске колоније и школе, са циљем да се малолетни делинквенти кроз преваспитавање, радно оспособљавање и стицање радних навика, спрече да постану ноторни криминалци. Rauhe Haus основан 1833.г. у близини Хамбурга и Mettray основан 1839.г. у Француској, представљају најзначајније примере таквих институција за малолетне делинквенте. О.Перић, Кривичноправни положај малолетника, Докторска дисертација, Београд 1973, 231.

малолетника и њихове елиминације из друштва, што је у многим земљама спровођено слањем малолетника на трговачке или војне бродове и исељавањем у далеке колоније,¹⁹ законодавства и пракса постепено окрећу идеји социјалне инклузије, као битном аспекту ресоцијализације малолетних делинквената.

2. Познато је да начин поступања са малолетницима који се огреше о законске норме, управо због осетљивости која прати процес развоја личности, може битно да утиче на њихов каснији живот како у позитивном, тако и у негативном смислу ако у раном узрасту буде обележен као делинквент.²⁰ Имајући ово у виду, савремена малолетничка кривична права у великом броју земаља тежиште у сузбијању малолетничког криминалитета стављају на парипеналне мере са васпитним, образовним и терапеутским садржајем, а кажњавање малолетника се прихвата само као изузетна солуција. И када се изрекне казна, њена сврха у већини система није репресија, већ превентивно деловање на малолетнике, па се у складу са тим у поступку извршења афирмишу превентивни садржаји кроз образовање, лечење, третман, јачање позитивних личних особина малолетних осуђеника, и сл. Да је неопходно уложити напоре да се подигне образовни ниво младих, показују и новија истраживања према којима затворску популацију у високом проценту чине осуђеници без квалификација, а велики број је функционално

19 У Енглеској се 1756.г. оснива Marine Society са циљем да се слањем на море дечаци одвоје од лоповлука, беспосличења, алкохола и сл., а на делу је била и политика транспортације малолетних осуђеника у Аустралију, која је врхунац достигла у првој половини XIX века. То је био део стратегије да се малолетницима помогне да раскину са дотадашњим животом, дођу до посла и да започну нови живот слободно и достојанственије, али и да се друштво растерети од великог броја криминалаца. L.Radzinowicz-R.Hood, A History of English Criminal Law, Vol. 5., The Emergence of penal policy in Victorian and Edwardian England, Stevens and Sons, London 1986, 135-139. Слична пракса је постојала и у другим европским земљама.

20 Ријадске смернице указују да треба уважавати чињенице да је младалачко понашање или деловање које није у складу са општим друштвеним нормама и вредностима често део процеса сазревања и одрастања, те да код највећег броја појединаца спонтано нестаје током процеса одрастања /основни принцип бр.5/д/; као и да према преовлађујућем мишљењу стручњака, обележавање младе особе као “девијантне”, “делинквентне” или “предделинквентне” често доприноси стварању утврђеног обрасца непожељног понашања младих /основни принцип бр.5/ђ/.

неписмен.²¹

2.1. образовање, стручна обука и рад-препоруке Међународних правних инструмената

Када је реч о малолетним учиниоцима кривичних дела којима је изречена затворска казна или нека од санкција институционалног карактера, заштита њихових права је посебно регулисана **Стандардним минималним правилима УН за поступање са затвореницима**²² као и **Правилима УН о заштити малолетника лишених слободe**,²³ која се ослањају на Стандардна минимална правила у многим одредбама. Правила представљају допуну Пекиншких правила, и сматрају се једним од кључних и интегралних инструмената у области малолетничког правосуђа.

У оквиру дела IV */Руковођење установама за малолетнике/*, тачка Д. се односи на **образовање, стручну обуку и рад** институционализованих малолетника.

Полазно становиште је да сваки малолетник у узрасту за обавезно школовање има право на образовање, које када год је то могуће треба да се одвија у редовним школама, изван затворске или друге институције, по програмима који важе у датој држави, како би малолетник по напуштању институције могао да настави школовање. Дипломе или сертификати о образовању не би требало да указују да их је малолетник добио док је био институционализован. Препоручује се да посебна пажња буде поклоњена неписменим малолетницима. Малолетнике који су прерасли узраст за основно образовање, треба подстицати да наставе школовање и треба им

21 Наведено истраживање публиковано у Великој Британији 2005.г. садржи податке да је без квалификација за посао 52% мушке и 71% женске затворске популације, а највећи број је у раном узрасту напустио школу. D. Cook, Criminal And Social Justice, Sage Publications, London 2006, 144. Истраживања која су код нас вршена ранијих година, такође указују на низак образовни ниво малолетних учинилаца кривичних дела. Тако према подацима са краја 70-тих година прошлог века, међу малолетницима осуђеним на казну малолетничког затвора, свега 54% имало основно образовање, а готово 65% у време извршења кривичног дела није имало никакво занимање. О.Перић, Малолетнички затвор, Привредна штампа, Београд 1979, 54-56.

22 Резолуција 663 од 31. јула 1957.г. и 2076 од 13 маја 1977.г.

23 Резолуција /45/ 113 од 14. децембра 1990.г.

омогућити приступ одговарајућим образовним програмима. Такође је истакнуто да свако малолетно лице треба да има право да буде обучено за занимање за које је вероватно да ће га оспособити за будуће запослење. Када је реч о раду који малолетно лице обавља, препорука је да за обављени посао буду плаћени, а посебно треба настојати да рад обављају у оквиру локалне заједнице уз обуку за одређено занимање, како би им се омогућило да се лакше запосле по напуштању установе, а надлежним органима олакшало да помогну малолетницима да по повратку у друштво нађу запослење и тако се лакше реинтегришу.

У закључцима и примедбама Комитета УН за права детета за период 1999-2000.,²⁴ између осталог се указује и на значај поштовања одредби о образовању и стручном оспособљавању које садржи како Конвенција о Правима детета, тако и други међународни инструменти који се баве заштитом младих у сукобу са законом.

У уводном делу у оквиру анализе поштовања Међународне конвенције о правима детета и препорука међународноправних инструмената релевантних за малолетничко правосуђе, указује се да је образовање изузетно значајно за здрав развој младих људи, а када је реч о малолетним учиниоцима кривичних дела који су смештени у институције, има виталну улогу у процесу њихове реинтеграције и превенције поврата. У процесу мониторинга, запажени су недостаци у организовању образовних садржаја у затворским и другим институцијама које препоручују међународни правни инструменти, не само у мање развијеним државама, него и у појединим западноевропским земљама као што је, на пример, Луксембург.²⁵

2.2. Образовни садржаји мера и санкција прописаних у ЗОМУКД

1. Систем санкција у нашем малолетничком праву у великој мери наглашава образовне садржаје као и оне који су усмерени на стицање радних квалификација. ЗОМУКД у одредбама о *сврси* васпитних налога, васпитних мера и малолетничког затвора,

24 Juvenile Justice “The Unwanted Child” of State Responsibilities, An analysis and commentary on issues of Juvenile Justice in the Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child 1993-2000.

25 Ibid., 5-8.

препознаје значај **општег и стручног оспособљавања** за развој и јачање личне одговорности малолетника, васпитање и правилан развој његове личности, чиме се доприноси **поновном укључивању малолетника у друштвену заједницу**. Процес васпитања и правилан развој личности се не могу успешно одвијати изван образовног процеса, па је разумљиво да су образовни садржаји саставни део свих мера и санкција које се према ЗОМУКД могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела.

Редовно испуњавање школских и радних обавеза утиче на јачање дисциплине, формирање радних навика, сужавање простора у коме је малолетник препуштен утицајима неадекватног друштва и другим негативним изазовима који представљају факторе ризика од поврата.

Код малолетних учинилаца кривичних дела је веома чест случај занемаривања школских или радних обавеза, што је потврђено истраживањима вршеним у многим државама. У том смислу је значајно да малолетничко законодавство садржи систем мера и санкција образовног карактера, односно да се и принудним путем обезбеди њихово укључивање у систем редовног образовања, у програме стручног оспособљавања за занимања која одговарају њиховим способностима и склоностима, као и да се применом санкција обезбеди да испуњавају своје радне обавезе. Приликом избора појединих санкција или мера, води се рачуна да је у појединим конкретним случајевима целисходнија примена програма стручног оспособљавања, него мере редовног похађања школе, ако се ради о малолетнику код кога је очигледно да има веће потенцијале да се оспособи за одређени занат, вештине рада на рачунарима, и сл., него да заврши започето школовање за које нема афинитета. Некада су и породичне прилике малолетног учиниоца такве да је потребно да се што пре оспособи за проналажење запослења и издржава себе и своју породицу.

2. Васпитни налози и Посебне обавезе представљају инструменте васпитавања и правилног развоја личности малолетника у које су укључени и образовање и стручно оспособљавање. Законодавац је као један од *васпитних налога* прописао да малолетник **редовно похађа школу или да редовно одлази на посао** /чл.7.тачка 2. ЗОМУКД/, а у оквиру *посебних обавеза* такав садржај имају три обавезе прописане у ст.2. тачка 3.-да малолетник **редовно похађа**

школу или да не изостаје са посла; тачка 4.-оспособљавање малолетника за занимање које одговара његовим способностима или склоностима; тачка 9.- да малолетник похађа курсеве за стручно оспособљавање или да се припрема и полаже испите којима се проверава одређено знање.

3. Мере појачаног надзора подразумевају да субјекти који врше појачан надзор, као и службеник органа старатељства који је непосредно инволвиран у праћење реализације мере и пружање помоћи у њеном спровођењу, воде рачуна да малолетник редовно похађа наставу или испуњава своје радне обавезе. Од коликог је то значаја, потврђује и определење законодавца да прихвати могућност да се уз ове мере примењују и *посебне обавезе*, укључујући и оне које имају за циљ образовање и стручно оспособљавање малолетника. У спровођењу мера појачаног надзора од изузетне важности је успостављање међусобне сарадње образовних институција које похађа малолетник и органа старатељства, односно родитеља или других субјеката који врше појачан надзор над малолетником. У оквиру ове врсте васпитних мера са аспекта утицаја на образовање и оспособљавање малолетног учиниоца, посебан значај има **Појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника** /чл. 18. ЗОМУКД/, који се изриче уз неку од одговарајућих мера појачаног надзора, када је потребно да се малолетнику пружи помоћ стручних лица у некој од посебних установа које се баве васпитавањем и образовањем малолетника.

У упоредним законодавствима и литератури појам *Educational measures* има шири садржај и односи се на васпитне мере, у оквиру којих образовни садржаји нису једини, али су значан сегмент ових санкција. Посебно се апострофира немачко малолетничко кривично право као пример система заснованог на идеји ресоцијализације путем примене васпитно-едукативних мера као доминантних у деловању на малолетне учиниоце кривичних дела. У литератури се наводи да висок минимум казне затвора за малолетнике од шест месеци, управо има исходиште у чињеници да је основни садржај ове казне у немачком законодавству такође васпитно-едукативног карактера, и да се овакви учинци не могу остварити у краћем

периоду,²⁶ што је и основ на коме је и у нашем законодавству општи минимум малолетничког затвора одређен у износу од шест месеци.

4. Када је реч о алтернативним мерама, многи програми су усмерени на стицање основног и ширег образовања, које по правилу недостаје малолетним учиниоцима кривичних дела. У литератури се указује на значајне резултате диверзионог програма *Juvenile Detention Alternative Initiative*, који се примењује у округу Cook / *Cook County, Chicago*, у држави *Illinois*, на основу кога је у периоду 1996-2003 за 40% редукована популација малолетника смештених у пеналне институције.²⁷ У вези са нашом темом, посебно су значајна два програма:

1. *Street Dreams Employment program* чију циљну групу представљају малолетници којима је неопходна подршка у дошколовавању како би повећали изгледе за запослење. Програм је усмерен и на анимирање предузетника у локалним срединама да са више поверења пружају шансу малолетницима који су вршили кривична дела. Организују се берзе и сајмови за налажење запослења, заједнички излети са циљем успостављања контакта, и сл.

Суштина овог програма је у препознавању да је за малолетнике шанса да изађу из ланца криминалитета да се стручно оспособе, како би лакше дошли до запослења. У САД је посебан проблем велики број малолетних делинквената који рано постају родитељи, па је за њих посебно важно да се оспособе да средства за живот обезбеде радом, а не кроз криминалне делатности, најчешће повезане са продајом дроге.

2. *Jumpstart program* је усмерен према малолетницима који су напустили школовање, са циљем да им се помогне да премосте образовне тешкоће и да се емоционално и психолошки припреме за успешан повратак у јавне школе у Чикагу.²⁸ У првој фази се укључују

26 M.Cavadino-J.Digam, *The Penal System*, Sage Publ. London 2006, 253-256.

27 У САД је од релевантних организација које се баве малолетничким правосуђем, Чикаго програм- *Juvenile Detention Alternative Initiative*, истакнут као изузетно успешан на плану примена мера-алтернатива институционалним санкцијама. S.T.Reid, *Crime and Criminology*, Mc Graw Hill, New York 2006, 563.

28 Овакви програми су изузетно корисни собзиром да анкете показују да малолетни делинквенти имају проблем да се врате у исту школу у којој се осећају стигматизовано и инфериорно у односу на остале ученике, и због чињенице да показују слабије знање. Из тих разлога радије се укључују у алтернативне образовне програме. Исо тако, генерално су више опредељени за интерактивне,

у наставу коју похађају у току пре поднева, а у поподневним сатима им стручна лица помажу да науче како да аплицирају за посао, да унапреде способности за комуникацију, да савлађују конфликтне ситуације и избегавају провокације, и сл. Указује им се које су правне последице настављања са вршењем кривичних дела, обавезе које имају према жртви, и др.

Задатак програма је и да малолетник почне на другачији начин да размишља, да почне да повезује свој напредак са успесима у образовању и са обезбеђењем сигурније будућности у зрелим годинама.²⁹

5. Заводске мере и малолетнички затвор такође кроз образовне садржаје настоје да остваре позитивне резултате на плану васпитања и развоја личности малолетника. Као што смо нагласили, међународни правни документи релевантни за ову област, садрже одредбе значајне за инплементирање образовних садржаја у извршавање санкција институционалног карактера. Наши позитивноправни прописи и пракса су у великој мери усклађени са стандардима који се препоручују у овој области, како када је реч о заводским васпитним мерама, тако и о малолетничком затвору.

*Правилник о кућном реду васпитно-поправног дома*³⁰ у чл. 51-54 садржи одредбе о образовању и стручном оспособљавању малолетника. Малолетник који није завршио основно образовање, обавезан је да у школи која постоји у дому, похађа наставу. Такође, малолетницима је обезбеђено и стицање средњег стручног образовања у дому, стим што може под одређеним условима ванредно похађати наставу изван дома. У складу са препорукама међународних докумената, малолетнику се у дому обезбеђује похађање обуке, курсева, предавања и других облика наставе у циљу стицања знања и вештина за које постоје изгледи да ће помоћи малолетнику да се запосли по напуштању дома. Настоји се да се

него за дидактичке програме учења. F.Mc Neil, Community Supervision: Context and Relationships Matter, Youth Crime and Justice, Ed. by B.Goldson-J.Muncie, London 2006, 129.

29 Опширније: Љ.Радуловић, Политика сузбијања малолетничког криминалитета: "What Works"? Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, 1-2/2009, 7-23.

30 "Службени Гласник РС", 71/06.

уважавају интересовања малолетника, његове жеље, способности и сл. у складу са реалним могућностима које постоје у дому. Стручно оспособљавање малолетника организује се у производним јединицама и радионицама дома, домској кухињи, а под одређеним условима и изван дома. Правилник, у складу са препорукама међународних докумената, прописује да се из исправе о стеченом образовању и стручној оспособљености, не сме видети да је добијена током боравка малолетника у дому ради извршења васпитне мере, а стечено образовање је у складу са стандардима прописаним у оквиру националног образовног система.

*Правилник о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике*³¹ одредбе о образовању, стручном оспособљавању, раду и правима по основу рада и правима на дела из области интелектуалне својине, садржи у чл. 75-79. образовање и стручно оспособљавање се организује и спроводи слично као и у васпитно-поправном дому. Значајне су одредбе из чл. 79. којима је прописано да радно способан малолетник има право и обавезу да ради. Као сврха рада се одређује стицање, одржавање и повећавање радних способности, радних навика и стручног знања малолетника. За дела из области интелектуалне својине створена за време издржавања казне затвора, малолетнику пропадају права у складу са општим прописима из ове области.

Управо начин извршавања казне малолетничког затвора у току кога малолетник има низ права не само када је реч о образовању, него и о правима везаним за друге културне, интелектуалне и физичке активности, приближавају ову санкцију васпитним мерама и сведе њене неминовне репресивне елементе на релативно малу меру.

31 “Службени Гласник РС” 71/06.

ЛИТЕРАТУРА:

Cavadino M.-Digam J., *The Penal System: An Introduction*, Sage publ. London 2007.

Cavadino M.-Digam J., *The Penal System: A Comparative Approach*, Sage publ. London 2006.

Cook D., *Criminal And Social Justice*, Sage Publ. London 2006.

Farrington D., Human Development and Criminal Careers, *The Oxford Handbook of Criminology*, Edited By M.Maguire, R.Morgan, R.Reiner, Clarendon Press, Oxford 1997.

Goldson B., Penal Custody: Intolerance, Irrationality and Indifference, *Youth Crime and Justice*, Edited by B.Goldson&J.Muncie, Sage Publ., London 2006.

Hansen K., „Education and Crime-Age Profile“, *British Journal of Criminology*, (2003) 43, 141-168.

Mc Neil F., Community Supervision: Context and Relationships Matter, *Youth Crime and Justice*, Ed. by B.Goldson-J.Muncie, London 2006.

Микиели Л., „Једно насилније друштво? Друштвено-историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас“, *Анали Правног факултета у Београду* бр.1, 2008,

Mizen P., Work and Social Order: The “New Deal” for the Young Unemployed, *Youth Crime and Justice*, Edited by B.Goldson&J.Muncie, Sage Publ., London 2006.

Newburn T., Youth, Crime and Justice, *The Oxford Handbook of Criminology*, Edited by M.Maguire *et al.*, Clarendon Press, Oxford 1997.

Перић О., Кривичноправни положај малолетника, Докторска дисертација, Београд 1973.

Перић О., *Малолетнички затвор*, Привредна штампа, Београд 1979.

Pinchbeck I.-Hewitt M., Vagrancy and delinquency in an urban setting, *Crime & Society*, Compiled by M.Fitzgerald, G. Mc Lennan, J. Pawson, Routledge, London 1993.

Радуловић Љ., *Криминална политика*, Београд 1999.

Радуловић Љ., Политика сузбијања малолетничког криминалитета: „What Works“? *Зборник Института за криминологику и социологику истраживања*, 1-2/2009, 7-23.

Radzinowicz L.,-Hood R., *A History of English Criminal Law, Vol. 5., The Emergence of penal policy in Victorian and Edwardian England*, Stevens and Sons, London 1986.

Reid S.T, *Crime and Criminology*, Mc Graw Hill, New York 2006.

Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције-*Ријадске смернице*,

Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе-*Пекинска правила*

“Службени Гласник РС”, 71/06.

Taylor I., The Political Economy of Crime, *The Oxford Handbook of Criminology*, Edited By M.Maguire, R.Morgan, R.Reiner, Clarendon Press, Oxford 1997.

Шкулић М.-Стевановић И., *Малолетни делинквенти у Србији*, Југословенски центар за права детета, Београд 1999.

Prof. Ljiljana Radulović, LL.D.

Faculty of Law,
Belgrade

THE ROLE OF EDUCATION IN YOUTH CRIME PREVENTION

Etically legitimate, rights-compliant and effective approaches to youth crime and justice must be located within a corpus of social and economic policy, as well as in criminal policy. The impact of poverty, family disorder, structural inequality on children and lack of education, on youth crime and criminalisation are undeniable. Diversionary strategies and child-appropriate justice are included educational measures and resocialization oriented sanctions. Research findings and practice experiences affirm that educational and employment opportunities are important for social inclusion and prevention of youth delinquency. Most of the young offenders had been failed by the education system, and have negative experiences of their time spent at school. Education allows children to develop skills and acquire knowledge and training that will affect their future success in life. If they secure successful jobs with wages as a result of their educational success, they will be less likely to offend as adults.

UN Convention on the Rights of the Child (1989) and UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, requires that society, the State and civil society, take measures that will promote healthy development, and this includes education for all minors including a minors in detention.

There are three categories of measures and sanctions in the new Republic of Serbia Law on Juveniles: diversion orders, educational measures and juvenile prison sentence. The educational treatment is predominant, even in the juvenile prison sentence.

Key words: education, social prevention policy, criminal policy, youth crime prevention

Mr Ivan Joksić
ATP "Morava"
Vrnjačka Banja

UDK:343.1:343.915(73)

Pregledni naučni rad

SPECIFIČNOSTI DIVERZIONIH PROGRAMA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Sjedinjene Američke Države pripadaju grupi država anglosaksonskog pravnog područja. Obzirom da u sastavu SAD postoji veliki broj država članica, svaka sa svojim zakonodavstvom, razumljivo je da se ovako izražen pravni partikularizam odrazio na regulisanje diverzionih mera prema maloletnicima. Nadalje, nejednako zakonsko regulisanje je došlo do izražaja na praktičnom polju. Diverzione mere, ili programi, iako "spolja" slični poseduju brojne razlike, zavisno od države u kojoj se primenjuju.

Međutim, pored izraženih nejednakosti u praksi, diverzione mere su u osnovi rezultat prodora restorativne pravde i ideja na kojima ona počiva. U tom smislu, ove mere izražavaju osnovne principe na kojima počiva restorativna pravda. Sa druge strane, stavljanje interesa maloletnog učinioca u prvi plan, našlo je svoje "utočište" u primeni diverzionih programa kojima se skreće krivični postupak, i istovremeno sprečava stigmatizacija maloletnog učinioca, koju sa sobom nosi vođenje krivičnog postupka i izricanje sankcije.

Obzirom da je primena diverzionih programa u SAD nepoznanica za dobar deo naše javnosti, autor je ovim radom želeo da skrene pažnju na modalitete ovih programa, način njihove primene i kriterijume kojima se rukovode organi nadležni za izricanje i primenu diverzionih programa. Ovom prilikom su odabrani karakteristični primeri diverzionih programa, na području pojedinih država članica SAD, koje prati navođenje relevantnih zakona i drugih propisa.

Ključne reči: *diverzioni programi, maloletni učinioci, krivično delo, roditelji, staratelji, sud.*

Uvodna razmatranja

Anglosaksonski pravni sistem karakteriše velika neujednačenost, kako na normativnom planu tako i na polju praktične primene, diverzionih programa prema maloletnicima. Iako, u načelu, u gotovo svim državama anglosaksonskog pravnog područja postoji zakonski propisana mogućnost za primenu diverzionih programa prema maloletnicima, prisutno je veliko šarenilo među državama kod određivanja vrste, načina izvršenja ovih mera, kao i organa nadležnih za njihovo sprovođenje.

Tako, sadržaj i vrste obaveza koje se određuju u okviru diverzionih mera zavise od pravnog područja, odnosno države ili kantona u kojima se one primenjuju, socijalnog i imovnog stanja maloletnih učinilaca i njihovih porodica, broja volontera i organizacija koje su spremne da bez naknade sprovede diverzione programe, finansijskog (budžetskog) stanja u kojima se nalazi država, odnosno lokalna zajednica u kojoj se sprovede ove mere, spremnosti zajednice da pomogne u sprovođenju mera, broja maloletnika prema kojima treba sprovoditi ove mere itd. Iz navedenih razloga, u praksi se dešava da iste mere nalaze mnogo "plodnije tlo" za uspešniju primenu u jednom lokalitetu, u odnosu na neki drugi u okviru iste države.

Međutim, nesporno je da je prodor ideje o restorativnoj pravdi i na njoj zasnovanog maloletničkog pravosuđa, dovelo do uvođenja diverzionih programa prema maloletnicima. Pod uticajem restorativne ideje prvo su države predstavnice anglosaksonskog pravnog sistema uvele u svoja zakonodavstva ove programe, da bi se oni kasnije "proširili" na ostale države, kao i na nekadašnje kolonijalne države u Aziji i Africi.

Ono po čemu se zakonsko regulisanje diverzionih programa u državama anglosaksonskog pravnog sistema razlikuje od država evropsko - kontinentalnog pravnog sistema odnosi se na postojanje širih okvira u kojima se nadležnim organima omogućava primena obaveza prema maloletnim delinkventima. Isto tako, nejednako je određeno ko je sve nadležan za primenu diverzionih programa. U tom smislu postoji mogućnost da se pojedine obaveze izrečene maloletnim delinkventima izvršavaju u okviru porodica koje se prijavljuju za sprovođenje takve vrste programa. Nadalje, ove mere primenjuju, okružni ili kantonalni sudovi, policija, nevladine organizacije, hraniteljske porodice, organi lokalne samouprave itd¹.

1 Ovo je naročito slučaj u SAD i Australiji gde je bukvalno celo društvo uključeno u

U državama anglosaksonskog pravnog područja koristi se termin “diverzioni programi” za postupanje sa maloletnicima prema kojima je izrečena neka od alternativnih mera. Ovaj naziv je naročito prisutan u SAD i Australiji jer se u njima mere za postupanje sa maloletnim učiniocima sprovode u vidu programa, čije trajanje i sadržaj određuje organ koji izriče ove mere, uz određene modifikacije koje se prepuštaju onima koji sprovode ove programe.

Sprovođenju diverzionih programa prethodi zaključenje ugovora između organizacije ili državnog, odnosno lokalnog organa nadležnog za sprovođenje programa i roditelja ili staratelja maloletnika. Neretko u sprovođenju programa učestvuju lica koja su sama prošla kroz takav ili sličan program, ili pak volonteri (studenti) koji bez naknade žele da pomognu u sprovođenju ovakve vrste programa.

Nadalje, u svim zakonodavstvima se posebno naglašava da se program može primeniti samo prema onim maloletnicima koji su po prvi put izvršili krivično delo². U pojedinim državama, maloletnik dobija ocene od strane lica koja sprovode diverzioni program, od čega zavisi da li će se prema njemu voditi krivični postupak ili će sa završetkom programa maloletnik biti konačno “slobodan”.

Kada govorimo o vrstama programa moramo istaći da oni zavise od vrste i težine krivičnog dela, ali prvenstveno od psihofizičkog stanja u kome se nalazi maloletnik. Postoje primeri ovih programa u praksi SAD, Kanade, Australije, da maloletnik može biti samo pod dnevnim nadzorom ili pak pod “celokupnim tretmanom” koji podrazumeva njegov boravak u ustanovi u kojoj se program sprovodi. Neretko su maloletni učinioci obavezni da prisustvuju posebno organizovanim radionicama u kojima slušaju predavanja o društvenoj štetnosti kriminalnog ponašanja i upotrebi narkotika, alkohola i sl. Ove radionice uključuju i praktičan rad sa maloletnim delinkventima koji organizuju volonteri različitih obrazovnih profila i usmerenja.

primenu ovih mera prema maloletnicima. Više o tome: www.ojdp.ncjrs.org, www.aic.gov.au.

² U državama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu koristi se termin «prekršaj» za lakša krivična dela za koja se izriču diverzione mere u formi programa prema maloletnicima.

Sjedinjene Američke Države

Američko društvo karakteriše nejednakost i različitost u svim njegovim segmentima. Ova nejednakost rezultat je kompleksnosti, višeslojnosti, dubokih socijalnih razlika, raznovrsnosti i pravnog partikularizma. "Ono što važi u jednoj sredini, može biti sasvim drugačije u drugoj, ono što važi za megalopolise drugačije je u ruralnim djelovima zemlje, ono što je karakteristično za više slojeve društva, nije karakteristično za siromašne, ilegalne imigrantske porodice ili pripadnike marginalnih grupa. Ipak, generalno uzevši, izgleda da je maloljetnička delinkvencija u Americi pod kontrolom, makar u tom smislu što se ne bilježe značajno odstupanje u pogledu obima maloljetničke delinkvencije. Istina je da zabrinjava obim nasilja, kombinacija zloupotrebe supstanci i prestupništva, naročito među siromašnim slojevima stanovništva i dijelovima velikih gradova gdje je opšti kriminal, naročito nasilni, takođe veoma izražen. Američko društvo, međutim, razvija izuzetno prefinjenu mrežu preventivnih programa, kao i programa maloljetničke delinkvencije. Moj je utisak, međutim, da su i ti programi neravnopravno raspoređeni tako da često ne dopiru do onih kojima su najpotrebniji"³.

Bez obzira na verbalna zalaganja za humanizacijom u vođenju krivičnog postupka prema maloletnicima, američko krivično pravo i dalje karakteriše povećana represija. Ovo najbolje potvrđuje činjenica da je Vrhovni sud SAD ukinuo smrtnu kaznu za maloletnike 2005. godine, ali još uvek 19 država u sastavu SAD primenjuje kaznu doživotne robije za maloletnike⁴.

3 Više o tome: Dr Đurađ Stakić, Potrebni novi odgovori na stara pitanja, veb. sajt: [www.prosvjetnirad.cg.yu/broj 11-12 07/04.htm](http://www.prosvjetnirad.cg.yu/broj%2011-12%2007/04.htm), autor pristupio 02.03.2009. godine.

4 Zabrinjavajući je podatak da je 2.225 ljudi osuđeno na doživotni zatvor bez mogućnosti pomilovanja za zločine koje su počinili kao maloletnici, a 73 je zločine počinilo kada su bili starosti između 13 i 14 godina. U svetu je kazna doživotnog zatvora bez prava na pomilovanje retka za maloletne učinioce. Nevladina organizacija «Human Rights Watch» ističe da ukupno 12 maloletnika van SAD izdržava kaznu doživotne robije. Ovakvo stanje je poslužilo zagovornicima zakonodavnih reformi da je izricanje ovako strogih sankcija prema maloletnicima uticalo na porast broja učinjenih krivičnih dela u tom vremenskom periodu. Tako su predstavnici nevladine organizacije u SAD «Inicijativa Jednakih Prava» pokrenuli sporove u šest država protiv «doživotne robije bez mogućnosti pomilovanja» i neke slučajeve doveli do Vrhovnog suda SAD, smatrajući da su izrečene kazne bile «neobičajene i srove». Ova organizacija je ukazala na činjenicu da najveći broj maloletnika koji su osuđeni na doživotni zatvor čine crnci ili latinoamerikanci, Izvor: Agencija Beta, 24.03.2008. godine.

Na Univerzitetu u Minesoti razmatrana je mogućnost primene diverzionih programa prema maloletnicima, polazeći od ideja i principa na kojima počiva restorativna pravda. Tako se u okviru pomenutog Univerziteta razvio projekat⁵ u okviru koga su razmatrani dalji okviri za razvoj maloletničkog pravosuđa u 21. veku. Nakon sprovedenog projekta zaključuje se da balansirani restorativni model “u ovom trenutku“ nije dovoljno pouzdan “recept” za buduće planiranje i izmene u sistemu vrednosti dosadašnjeg krivičnog prava u SAD. Ipak, restorativni model pravde može dati odgovore na čitav kompleks pitanja vezanih za konkretno učinjeno krivično delo određenog prestupnika prema određenoj žrtvi ili zajednici. U tom smislu se preporučuje razvijanje specifičnih rešenja koja bi trebalo da se drže osnovnih principa i okvira restorativne pravde koji insistiraju da zajednice, žrtve i prestupnici moraju da se aktivno uključe na izgradnji “maloletničkog pravnog sistema” da bi se razvila nova pravila i da bi se dalje razvijala njihova primena.

Obzirom na ovako decentralizovano maloletničko zakonodavstvo, u daljem izlaganju ćemo obraditi posebne krivične zakone za maloletnike u pojedinim državama u SAD.

U državi Kolorado je na snazi “Colorado Children’s Code” u kome je regulisan način primene diverzionih programa prema maloletnicima. Tako je u poglavlju 19-1-103(44) “Colorado Revised Statutes“ predviđeno da ovlašćeno lice može doneti odluku da ne preduzima dalje službene radnje prema maloletnom učiniocu u zamenu za učešće u individualiziranom programu. Cilj ovakvog postupanja službenih lica je skretanje krivičnog postupka odnosno “sprečavanje učešća mladih u formalnom krivičnom postupku“. Nadalje, Generalna skupština države Kolorado (poglavljje 19-2-303 Colorado Revised Statutes) je na nivou zajednice donela program alternativnog postupanja prema maloletnicima u cilju:

- smanjenja maloletničke delinkvencije i recidivizma kod maloletnika;
- promene ponašanja i stavova maloletnih delinkvenata;
- smanjenja troškova vođenja formalnog krivičnog postupka prema maloletnicima;
- sprečavanja da maloletnici budu evidentirani u kaznenoj evidenciji;

5 Projekat je sproveden na Univerzitetu u Minesoti pod nazivom «Balanced and Restorative Justice for Juveniles» avgusta 1997. godine.

Diverzioni programi u državi Kolorado mogu se primeniti pre bilo kakvog vođenja postupka prema maloletniku (poglavljje 19-2-512 Colorado Revised Statutes), nakon vođenja formalne rasprave kao dopuna za uslovne obaveze (neformalno prilagođavanje, poglavljje 19-3-505 Colorado Revised Statutes) ili kao deo kazne izrečene od strane suda (odložena presuda, poglavljje 19-2-709 Colorado Revised Statutes)⁶. Dakle, u sva tri slučaja maloletnik se upućuje na ispunjavanje obaveza u okviru primene određenog programa. Razlika se odnosi na procesni momenat, odnosno fazu u kojoj se maloletni učinio upućuje na navedene programe. Različite procesne faze u kojima se maloletnik upućuje na diverzione programe prate i različite odluke koje se u svakoj od faza mogu doneti.

Diverzioni programi mogu obuhvatiti bilo koju ili sve sadržane obaveze prema maloletniku: program u okviru javnih službi, pismeno izvinjenje žrtvi krivičnog dela, tretman odvikavanja od konzumiranja alkoholnih pića ili opojnih droga i praćenje njegovog sprovođenja, razvijanje raznih veština potrebnih za dalji život maloletnika, savetovanje, praćenje aktivnosti itd.

U državi Arizoni, u gradu Feniksu, 1994. godine razvijen je program pod nazivom "Projekat očistite" kao odgovor na povećano pisanje grafita na gradskim zidinama i javnim površinama. Tačnije, Kantonalni sud za maloletnike je u saradnji sa Službom za građane i parkom grada Feniksa razvio ovaj program za maloletnike u cilju izbegavanja vođenja krivičnog postupka prema maloletnicima. Primarni zadatak programa je da maloletnici određeni broj sati (od 8 do 200) tzv. radom u javnom interesu, čiste grad od grafita i ostalih natpisa na stambenim zgradama i javnim površinama. Maloletnici koji se upućuju u ovaj program, između ostalog, pružaju pomoć agencijama u okruženju, čiste i ulepšavaju auto-put, uklanjaju grafite, pomažu domu "St. Vincent de Paul" u hranjenju siromaha i održavanju prostorija u kojima borave⁷.

U Američkoj državi Ohajo, 1993. godine, formiraju se posebni programi u formi Kantonalnih "ad hoc" sudova za maloletnike koje čine sami maloletnici (tinejdžeri). Ovi "sudovi" maloletne učinioce upućuju na ispunjenje alternativnih mera, u okviru odgovarajućih programa. U početku je u ovim programima bilo angažovano jedno lice (sa punim radnim vremenom) a sada ih ima ukupno devet. Svrha ovih programa je

6 Videti veb. sajt: www.deltacounty.com.

7 Videti veb. sajt: www.ci.phoenix.az.us/PRL/arythjv.html.

izbegavanje vođenja formalnih sudskih postupaka. Osnovna ideja vodilja ovih sudova sastoji se u maksimi da nije u svim slučajevima potrebno maloletnog učinioca podvrgnuti formalnom sudskom postupku. Radi sprovođenja ovih programa potrebno je ispuniti sledeće uslove:

- 1 Maloletnik daje svoj pristanak na ovakve programe ili pak može izabrati da se prema njemu vodi formalni sudski postupak;
- 2 Maloletnik može priznati izvršenje krivičnog dela ili poricati. Ako maloletnik prizna izvršenje krivičnog dela onda se izriče neki od diverzionih programa. Ukoliko maloletnik poriče izvršenje krivičnog dela slučaj će biti prenet na teren suda;
- 3 Službenik u svakom trenutku može preneti ceo slučaj na teren suda;
- 4 Maloletnik se može pre prihvatanja učestvovati u programu konsultovati sa svojim advokatom;
- 5 Bilo koja izjava koju maloletnik da pred službenikom u toku učešća u programu ne može se koristiti kao dokaz u naknadno vođenom postupku protiv njega. Međutim, izjave i/ili dokumenti tokom vođenja ovog programa mogu se koristiti protiv saučesnika u drugim sudskim postupcima;

Ukoliko maloletni učinioac ispuni sve obaveze iz navedenog programa postupak će se završiti i smatraće se da protiv njega postupak nikada nije vođen, tj. neće se uvoditi u kaznenu evidenciju. Međutim, ako maloletni učinioac ne ispunjava izrečene obaveze iz programa protiv njega će biti nastavljen formalni sudski postupak uz izricanje propisane zakonske sankcije⁸.

Program se sprovodi tako što "Kantonalni sud za maloletnike" poziva maloletnika i njegove roditelje ili staratelje na zakazanu raspravu. Zakazanog dana maloletnik i roditelj/staratelj dolaze na neformalnu raspravu kod savetnika za diverzione programe. Od maloletnika će biti zatraženo da se izjasni da li prihvata ili odbija da prihvati odgovornost za učinjeno krivično delo. Ukoliko prihvati odgovornost postupak se nastavlja zaključenjem ugovora između programskog službenika i njegovih roditelja/staratelja. Programski službenik će tokom trajanja

8 Videti veb. sajt: www.co.greene.oh.us/JUV/JUV_Diversion.htm.

programa pratiti ispunjenje obaveza (preko kuće, škole i dr.) i sastavljati odgovarajući izveštaj. U slučaju da maloletnik uspešno ispunjava sve nametnute obaveze postupak će se završiti nakon isteka programa. Međutim, ukoliko maloletnik odbije da dobrovoljno prihvati odgovornost za učinjeno delo odnosno ne ispunjava obaveze onda se postupak obustavlja i maloletnik se upućuje na formalni sudski postupak koji prati izricanje odgovarajuće sankcije⁹.

Kao primer uspešne primene diverzionih programa prema maloletnicima možemo navesti grad "Fairfield" u državi Kaliforniji. Ovi programi prema maloletnicima se sprovode od strane gradske policije i volontera, uglavnom porodica, koji se dobrovoljno prijavljuju da učestvuju u programu. Cilj osnivanja ovog programa bio je da se nenasilnim metodima i postupcima, tzv. "ranom intervencijom" utiče na maloletne učiniocce da prestanu sa svojim kriminalnim ponašanjem. Program predstavlja alternativu vođenju formalnog sudskog postupka prema maloletnicima.

Nadležna službena lica u policiji mogu odlučiti da primene diverzioni program prema maloletnom učiniocu, u slučaju da je izvršio:

- krivična dela u vezi sa upotrebom droge i alkohola, sa izuzetkom vožnje pod njihovim uticajem;

- krađe;

- vandalizam, uključujući nanošenje štete krivičnim delom;

- prekršaje;

- nejasno (asocijalno) ponašanje;

- kršenje zabrana;

- bežanje i izostanak sa nastave, itd.;

Maloletni učinioac prema kome se sprovodi ovaj program mora živeti u "Fairfield"-u, odnosno pohađati nastavu u javnoj ili privatnoj školi u gradu. Postupak počinje upućivanjem poziva maloletnom učiniocu i njegovim roditeljima da se sastanu sa savetnikom programa. Učešće u programu je dobrovoljno i podrazumeva ispunjavanje naloga i obaveza koje maloletnom učiniocu i njegovim roditeljima odredi savetnik programa. Ako se maloletni učinioac i njegovi roditelji/staratelji slažu sa programom, obavezno zaključuju ugovor sa unapred ugovorenim uslovima. Maloletnom učiniocu se u okviru programa može nametnuti ispunjenje sledećih naloga:

⁹ Ibidem.

- pismeno izvinjenje žrtvi krivičnog dela;
- kućni pritvor;
- određena ograničenja koja se konkretno određuju;
- upućivanje na savetovanje/tretman;
- upućivanje na posebne korektivne programe;
- upućivanje na Kantonalni sud za maloletnike, itd.;

Ako program bude uspešno sproveden savetnik u programu sačinjava pozitivan izveštaj koji se uništava kada maloletni učinio napuni 18 godina. Međutim, ukoliko maloletni učinio i roditelji/staratelji ne ispune sve naloge iz programa i ne postignu zadovoljavajuće rezultate, savetnik ceo slučaj upućuje nadležnom sudu radi vođenja formalnog sudskog postupka prema maloletniku.

Kao primer uspešnosti ovog programa možemo navesti podatke da je u vremenskom periodu od sredine 1999. godine pa sve do 30. juna 2006. godine, ukupno 492 maloletna lica učestvovalo u ovom programu. Od toga njih 91% posle završetka programa nije bilo predmet vođenja novog krivičnog postupka u "Fairfield"-u¹⁰.

Pored navedenih diverzionih programa prema maloletnim učinioćima interesantno je navesti još jedan, pod nazivom "Northern Star Juvenile Diversion" program. Ovaj program se primenjuje u državi Minesoti, u gradu Mineapolisu. Program se u načelu ne razlikuje u odnosu na slične programe u drugim državama SAD. Međutim, njega kao i ostale diverzione programe, karakterišu određene specifičnosti koje se tiču vrsta obaveza koje se mogu izreći maloletniku, organa nadležnih za njihovo sprovođenje kao i vremenskog raspona u kome se program primenjuje.

Ovaj program je osnovan 1996. godine, sa ciljem da pruži maloletnim učinioćima priliku da postanu svesni situacije u koju su dospeli

¹⁰ Glavni savetnik i rukovodilac ovog programa je Jean Wessler koja se potpuno posvetila uspešnoj primeni programa. Ona je za uspešno sprovođenje programa januara 2000. godine, dobila prestižnu prvu nagradu «Zvezda». Najbolji primer za uspeh u primeni ovog programa pokazuju u svojim izjavama, oni koji su prošli kroz njega – maloletni učinioći i njihovi roditelji. Oni u znak zahvalnosti izjavljuju: Ovaj program mi je pomogao da pronađem način da kontrolišem svoje postupke... Bili smo deo programa i nismo na početku znali šta nas očekuje... Ovaj program mi je omogućio da savladam gnev kojem sam ranije bio sklon... Ove izjave je porodica Hensley uputila rukovodiocu programa Jean Wessler, Više o tome: veb. sajt www.fairfield-city.org/police/juvenile.

izvršenjem krivičnog dela, kao i da razvijaju navike i veštine neophodne za njihov dalji razvoj.

Glavni cilj ovog programa je suočenje maloletnog učinioca sa krivicom za učinjeno krivično delo i vršenje uticaja na izgradnju pozitivnih stavova prema društvu. Ovim programom dolazi do skretanja krivičnog postupka uz istovremeno utvrđivanje odgovornosti maloletnika. Skretanje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu vrši se od strane lokalnih policijskih stanica. Jednom rečju, maloletni učinioac nema dodira sa sudom i tužilaštvom jer ga policija direktno upućuje na učešće u programu.

Program se primenjuje prema maloletnicima starosne dobi od 13 do 18 godina koji ranije nisu bili osuđivani. U primeni programa učestvuju volonteri koji rade sa grupama maloletnika, organizuju sastanke, izlete, predavanja na kojima se ukazuje na svu štetnost vršenja krivičnih dela itd. Volonteri imaju obavezu da narednih 10 nedelja od početka programa najmanje jedan sat u toku vikenda provedu u grupi sa maloletnim učiniocima. Volonteri moraju biti stariji od 21 godine i moraju posedovati predznanje iz oblasti maloletničke delinkvencije i funkcionisanja pravosudnog sistema. Ova znanja volonteri stiču kroz prethodnu obuku od strane rukovodioca programa i drugih stručnih lica. Novopridošli volonteri se upućuju na rad sa već iskusnim volonterima koji su već ranije učestvovali u ovom ili sličnim programima.

Na osnovu analize dosadašnjih rezultata može se sa sigurnošću konstatovati da je ovaj program u preko 80% slučajeva uspešan. Ovaj podatak najbolje potvrđuje činjenica da je zanemarljiv broj recidiva među maloletnim učiniocima koji su prošli kroz ovaj, ili slične programe.

Zaključak

Kao što je konstatovano, u samom radu, diverzionim programima u SAD obuhvataju široku lepezu mera i naloga prema maloletniku. Ovako širok spektar naloga i obaveza zahteva posebno edukovano osoblje unutar lokalnih institucija i nevladinog sektora. Neretko se u primenu ovih programa uključuju mladi volonteri i maloletnici prema kojima su ovi programi ranije primenjivani. Nadalje, sadržaj diverzionih programa određuje vrsta i težina učinjenog krivičnog dela. Istovremeno, veliki

uticaj na izbor programa ima žrtva krivičnog dela. Njena spremnost da učestvuje u restorativnom (medijatornom) postupku, počev od prvog kontakta sa maloletnim učiniocem pa sve do sprovođenja naloga iz programa, od velikog je uticaja na uspeh celog programa. Jednom rečju, diverzioni program obuhvata složen mehanizam radnji svih učesnika.

Primena diverzionih programa u SAD je doživela kritike od strane pravosudnih organa. Najozbiljnija kritika se odnosi na često posezanje za ovakvim programima. Ovo je naročito slučaj kod imovinskih krivičnih dela, gde se u 90% slučajeva maloletni učinio upućuje na ove programe. Istovremeno, presudnu ulogu kod određivanja da li treba ili ne primeniti diverzioni program ima policija i tela unutar organa lokalne samouprave. Nije zanemarljiv ni uticaj žrtve i volontera iz nevladinog sektora. Zato se mogu postaviti sasvim logična pitanja: Koliko su organi, tela, organizacije, pojedinci, sposobni i stručni da procenjuju opravdanost skretanja krivičnog postupka i primenu diverzionih programa? Koliko je američko društvo spremno da obezbedi pravilnu primenu širokog spektra programa u pojedinim državama članicama?

Odgovori na ova pitanja nisu nimalo jednostavni. Međutim, po mišljenju autora, mora se uvesti kontrola u primeni ovih programa, jer u praksi gotovo da nema dva slučaja u kojima je na isti ili sličan način, primenjen neki od ovih programa. Interesantno je da u SAD iste obaveze, poput naknade štete i izmirenja sa žrtvom, različito izgledaju u jednoj državi u odnosu na drugu. Zato je potrebno angažovanje celog društva kako bi diverzioni programi u potpunosti opravdali svoju svrhu, skretanje krivičnog postupka, odsustvo stigmatizacije i sprečavanje recidiva kod primarnih maloletnih učinilaca.

Literatura

1. Dr Dragan Jovašević, Maloletničko krivično pravo sa posebnim osvrtom na sistem vaspitnih naloga, Izbor sudske prakse br. 4, Glosarijum, Beograd, 2009. godine.
2. Mr Ivan Joksić, Alternativne mere (vaspitni nalozi) u krivičnom zakonodavstvu Srbije, Nauka Bezbednost Policija br. 3, Beograd, 2007. godine.
3. Dr Nataša Mrvić Petrović i Mr Đorđe Đorđević, Moć i nemoć kazne, Vojnoizdavački zavod i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1998. godine.
4. Nataša Mrvić Petrović, Diverzioni koncept krivičnog sistema - realnost ili utopija, Sociološki pregled br. 1, Beograd, 1994. godine.
5. Dr Đurađ Stakić, Potrebni novi odgovori na stara pitanja, veb. sajt: www.prosvjetnirad.cg.yu/broj_11-12_07/04.htm.
6. Deca na doživotnoj robiji, izvorni članak, Beta, 24.03.2008. godine.
7. Barry Feld, Abolish The Juvenile Court: Youthfulness, Criminalresponsibility and Sentencing Policy, Journal of Criminal Law & Criminology.
8. Balaced and restorative justice for juveniles, A framework for juvenile justice in the 21st Century, University of Minnesota, august 1997. year.

Korišćeni veb. sajtovi

1. www.ojjdp.ncjrs.org
2. www.aic.gov.au.
3. www.prosvjetnirad.cg.yu/broj_11-12.
4. www.deltacounty.com.
5. www.ci.phoenix.az.us.
6. www.co.greene.oh.us.
7. www.fairfield-city.org/police/juvenile.

Ivan Joksić, MA,
Vrnjačka Banja

SPECIFICITY DIVERSITY PROGRAMS IN THE UNITED STATES OF AMERICA

The United States of America belongs to a group of states from anglo-saxon legal origin. Considering that in the USA constituency are huge number of states, every single one with it's own legal system, so this way of expresing a legal particularisam had an influence to regulations of diversity measures toward juveniles. However, unignal legal regulations are visible on practical felds. Diversity measures, or programs, even similar from "outside" are full of many differencies depends from a state they are used at.

However, even all that visible iregularities in practice, diversity measures are based on resultes of influences of restorative lows and ideas they are based on. In that sence these measures are showing basic principies for restorative low. On the other hand, puting interests of juvenile offender as a priority, that found it's place by using diversity programs used to diverse criminall procedure and at the some time preventing stigmatization of juvenile offender, which is holding whole process of criminall procedure and giving sanctions.

Considering that usage of diversity programs in USA is still unknown for most of our public, with this work author is drowing attention to modules of this program, way of they enforcments and criteria used to guide authorities in charge of pronnancing and euforcing of diversity programs. On this ocasion were chosen characteristic examples of diversity programs, on origin of single state USA members wich is followed by relevant lows and other regulatives.

Key words: diversity programs, juvenile offenders, criminal acts, parents, carers, court.

Dr Jelena Lopičić-Jančić
Docent na Akademiji za diplomatiju
i bezbednost u Beogradu
e-mail: kilik@ptt.rs

UDK: 340.134(73):323.28

Originalni naučni rad

ZAKONODAVSTVO SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA U VEZI TERORISTIČKIH DELA

U ovom radu, autorka daje osnovni prikaz zakonodavstva SAD u vezi sa terorističkim delima. U tom smislu, autorka daje prikaz odredaba krivičnog zakonodavstva većeg broja američkih država, kao na primer Arkanzas, Kalifornija, delaver, Džordžija, havaji, Ajova, Kanzas, itd. Autorka konstatuje da su zakoni u SAD sve do 11.septembra bili ne tako strogi, ali da taj datum, kada je u napadu na Njujork stradalo oko 5.000 ljudi, predstavlja prekretnicu i da zakonodavstvo u SAD po pitanju terorizma, od tada postaje znatno strožije. Ključne reči : terorizam, SAD, 11.septembar, strogi zakoni.

Terorizam kao društvena pojava je odavno poznata, još od antičkih vremena pa sve do današnjih dana. Iako su države preduzimale čitav niz mera za suzbijanje terorizma, činjenica da je terorizam nije ne samo iskorenjen nego ni suzbijen, nego se proširio širom sveta, i da sada predstavlja veoma aktuelni globalni problem.

U dvadesetom veku širom sveta vršena su teroristička krivična dela koja odnose na hiljade nevinih ljudskih života kao i velike materijalne štete nastale na raznim infrastrukturnim objektima.

Prva decenija dvadesetprvog veka ne pokazuje smanjivanje ili smirivanje terorističkih akata, nego naprotiv njegovu eskalaciju i to ne samo u državama gde se on godinama vršio, nego i u čitavom nizu država gde terorizam nije postojao. Navodimo samo neke primere masovne eskalacije terorizma u Iraku, Avganistanu, Pakistanu, Indiji, Alžiru, Egiptu, Turskoj, Izraelu, Libanu, Šri Lanki, Indoneziji, Filipinima, Sudanu, Somaliji, Severnoj Irskoj, Korzici, Španiji, Grčkoj, SAD, Rusiji, Čečeniji, Kosovu i Metohiji i dr.

Većina država u svojim krivičnim zakonima predviđa kao krivična dela terorizam, ili donosi posebne zakone o terorizmu. Pored

toga na međunarodnom planu su donete razne konvencije ili deklaracije za suzbijanje terorizma. Prva međunarodna Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju terorizma iz 1937. godine, koja nikada nije stupila na snagu, predstavlja početak reagovanja međunarodne zajednice na nailazeći terorizam.¹

Posle Drugog svetskog rata doneto je čitav niz međunarodnih konvencija i deklaracija vezanih za sprečavanje i suzbijanje terorizma. Navodimo neke od njih: Konvencija o krivičnim delima izvršenim u vazduhoplovima iz 1970., Konvencija o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbednosti civilnog vazduhoplovstva iz 1971., Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih dela protiv lica pod međunarodnom zaštitom, uključujući i diplomatske agente iz 1973., Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca iz 1979., Evropska konvencija o suzbijanju terorizma iz 1977., Deklaraciju Generalne skupštine UN o merama za eliminaciju terorizma iz 1994., Završnim deklaracijama nesvrstanih zemalja u Beogradu 1989., Džakarti 1992., Kartaheni 1995 i Južnoj Africi 1998., kao i Deklaracija Grupe 7. o terorizmu iz 1996. i dr.²

Kao jednu od meta međunarodni teroristi su odredili SAD, gde je u proteklih decenija izvršeno čitav niz terorističkih akata. Svakako najpoznatiji teroristički akt predstavlja rušenje dva oblakodera Svetskog trgovinskog centra u Nju Jorku 11. septembra 2001. godine, gde je poginulo 5.000. lica koja su se nalazila u tim zgradama. Taj događaj predstavlja značajan datum u svetskoj borbi protiv terorizma, gde su se angažovale pre svega SAD i države Evropske unije.

U ovom kraćem radu želimo da prikazemo kraći pregled zakonodavstva SAD-a koji se odnosi terorizam, jer to do sada nije dovoljno prikazano u našoj literaturi. Činjenica da je međunarodno krivično pravo u drugoj polovini XX. veka, posle završetka Drugog svetskog rata izbilo u prvi plan, pre svega zbog masovnih ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti koji su izvršeni u Drugom svetskom ratu od

1 Vladeta Milićević: Međunarodna policija i Konvencija za suzbijanje međunarodnog terorizma, Beograd, 1935., Policija knjiga XXII., str. 147.; Dr Dušan Jakovljević: Terorizam sa gledišta krivičnog prava, Beograd, 1997., str. 135.

2 Ljudske slobode i prava-deklaracije i osnovni dokumenti, Beograd, 1968.; Prava čoveka - Zbornik dokumenata o pravima čoveka, Urednik Dr Vladan Vasilijević, Beograd, 1991.; Izvori međunarodnog humanitarnog prava, Priredio Prof. Dr Miodrag Starčević, Beograd, 1999.; Međunarodno javno pravo zbirka dokumenata, Priredili Vidan Hadži-Vidanović i Marko Milanović, Beograd, 2005.;

strane Nemačke, Italije, Japana, Austrije, Mađarske, Bugarske, Rumunije i njihovih saveznika i pomagača. Takođe Međunarodni vojni sud u Nirnbergu i Međunarodni vojni krivični sud za Daleki Istok u Tokiju su doprineli razvoju međunarodnog krivičnog prava, kao i pojačanom interesovanju ne samo nauke krivičnog prava nego i najšire javnosti u čitavom svetu.

Zatim, dolazi jugoslovenska kriza 1991.-1996. godine i građanski ratovi vođeni u Bosni i Hercegovini i Hrvatskoj gde su vršena krivična dela ratnih zločina, i osnivanje Međunarodnog krivičnog tribunala u Hagu, što je dodatno povećalo interesovanje nauke krivičnog prava i najšire javnosti. Interesantno da Međunarodni vojni sud u Nirnbergu, Međunarodni vojni sud za Daleki Istok u Tokiju, kao i Međunarodni krivični tribunal u Hagu primenjivali su anglo-saksonsko krivično materijalno i procesno pravo. U retkim slučajevima se primenjuje evropsko kontinentalno krivično pravo.

U našoj literaturi krivičnog prava relativno je malo obrađeno anglo-saksonsko krivično materijalno i procesno pravo, tako da naša najšira stručna javnost nije dovoljno upoznata sa ovim pravom. Navodimo samo neke od radova koji su publikovani u našoj pravnoj periodici krajem XIX. i u XX. veku.³ Koliko nam je poznato jedina prevedena knjiga

3 Jov. Đ. Avakumović: Engleska, francuska i srpska porota, Beograd, 1885., str. 160.; J. Đ. Avakumović: Krađa, ulomak iz engleskog kaznenog prava, Beograd, 1887., Branič broj 1., str. 11.; Postupanje sa maloletnim prestupnicima u Engleskoj, Beograd, 1882., Porota III., str. 9.; Dr Josip Šilović: Reforma engleskog kaznenog postupnika, Zagreb, 1898., Mjesečnik broj 2., str. 96.; Dr Đorđe Todorović: O mladim prestupnicima (juvenile offenders) u engleskom zakonodavstvu, Beograd, 1913., Arhiv za pravne i društvene nauke broj 4., str. 311., broj 5.-6., str. 422.; Dr Bogdan Zlatarić: Nešto o advokaturi u Engleskoj, Zagreb, 1953., Odvjetnik broj 2., str. 4.; Dr Mihailo Aćimović: Subjektivni elemenat krivičnog dela u američkom pravu, Beograd, 1966.; Mihajlo M. Aćimović: Zloupotreba branilačkog položaja u engleskom krivičnom pravu, Beograd, 1958., Jugoslovenska advokatura broj 3., str. 34.; Mirjan Damaška: Novi engleski zakon o krivičnim djelima lišenja života, Zagreb, 1957., Naša zakonitost broj 5.-8., str. 306.; Dr Mirjan Damaška: Pokusno ukidanje smrtne kazne u Velikoj Britaniji, Zagreb, 1966., Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu broj 1., str. 74.; Dr Mihajlo M. Aćimović: Slučaj Miranda-nedavna odluka Vrhovnog suda SAD o pravu svakog okrivljenog na branioca od prvog trenutka ispitivanja, Beograd, 1966., Jugoslovenska avdokatura broj 3.-4., str. 70.; Pavle Savić: Krivični proces Engleske, Novi Sad, 1973., Glasnik advokatske komore APV broj 8.-9., str. 35.; Mr Goran Tomašević: Neke značajke krivičnog pravosuđa i toka krivičnog postupka u Engleskoj i SAD, Split, 1973., Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, str. 225.; Dr Zorica Mršević: Actus reus i mens rea kod engleskog krivičnog dela krađe, Beograd, 1993., Arhiv za pravne i društvene nauke

koja obrađuje pravni sistem SAD-a je *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*, autora E. Allan Farnsworth, Beograd, 1973., str. 188. Od zakonskih tekstova anglosaksonskog krivičnog prava na naš jezik je preveden samo *Krivični zakonik Luizijane od 1942. godine*, Beograd, 1957. u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu. Ne treba posebno naglašavati da je to veoma malo da bi se makar i delimično upoznalo krivično anglosaksonsko zakonodavstvo. Jer, u situaciji gde u našim bibliotekama se već više od decenije veoma malo ili nikako ne nabavljaju strane knjige i strana periodika iz finansijskih razloga, kao i da većina zainteresovanih praktičara i drugih lica ne zna engleski jezik ili ga slabo poznaje, onda je zaista preka potreba da se makar preko ovakvih kraćih pregleda stranog zakonodavstva zainteresovani upoznaju. Anglo-saksonsko krivično materijalno i procesno pravo se znatno razlikuje od evropskog kontinentalnog krivičnog prava tako da je neophodno da se na neposredan način u prevodu izlože zakonski tekstovi. S druge strane treba naglasiti da je dosta teško anglosaksonsko krivično pravo doslovno prevesti na srpski jezik, pa često ovi tekstovi izgledaju nerazumljivi.

Značajan i vredan je zbornik radova i prvi ove vrste u našoj pravnoj literaturi *Uvod u Pravo SAD*, priredio Dr Jovan Ćirić, Beograd, 2008., str. 399., u izdanju Instituta za uporedno pravo u Beogradu, koji sadrži nekoliko vrednih članaka o krivičnom pravu SAD.

U ovom kraćem pregledu krivičnog zakonodavstva SAD, preveli smo nekoliko krivičnih zakona pojedinih saveznih država SAD-a : Arkanzas, Kalifornija, Delaver, Havaji, Kanzas, Mejn, Mičigen, Nju Hempšir, Severna Dakota, Pansilvanija, Tenesi, Teksas i Juta. Napominjemo da su zakoni doneti pre 11. septembra 2001. godine. Posle navedenog datuma 11. septembra 2001. godine došlo je do donošenja niza novih zakona koji pooštavaju borbu protiv terorizma.

Razmatrajući navedene zakonske tekstove navedenih krivičnih zakona SAD-a može se konstatovati da su formulacije krivičnih dela vezanih za terorizam dosta različite od evropskog kontinentalnog krivičnog prava, a razume se i od našeg krivičnog zakonodavstva.

Razlog zbog čega smo uzeli zakonodavstvo SAD-a i pre 11. septembra 2001. godine je da naša pravna i stručna javnost vidi kako je krivično delo terorizma obrađivano u različitim državama SAD-a i pre navedenog datuma. Imamo utisak da tadašnje krivično zakonodavstvo

SAD nije terorizam dovoljno ozbiljno shvatilo kao jednu od najvećih opasnosti ne samo za ugrožavanje života i imovine nego i ugrožavanje i rušenje države. Najbolji dokaz za ovu konstataciju je to što je posle 11. septembra 2001. godine doneseno čitav niz posebnih zakona i uredaba u saveznim državama kao i na federalnom nivou SAD-a iz oblasti krivičnog materijalnog krivičnog procesnog prava, gde su sprovedene neviđene bezbednosne mere, pooštrene kazne, kao i ograničenja ljudskih prava u krivičnom postupku na koje se SAD zdušno poziva. Razume se da ovo novo krivično zakonodavstvo SAD-a koje je doneto posle 11. septembra 2001. godine je dosta obimno i raznovrsno i zahteva posebni rad i obradu, kao i osvrt a postojeću sudsku praksu.

Krivični zakonik Arkanzasa, Glava 41.

Teroristička pretnja

član 41-1608 sadrži :

(1) Ko izvrši krivično delo terorističke pretnje s ciljem da terorisanjem drugog lica, on preti da će da prouzrokuje smrt ili ozbiljne psihičke povrede ili bitno oštećenje imovine drugog lica.

(2) Teroristička pretnja je klasa D zločina.”

Definicija terorističkog dela

član 41-1651 sadrži:

“Za cilj ovog krivičnog dela (41-1651, 41-1652) lice koje izvrši terorističko delo kada nije u izvršenju zakonite radnje, ako puca ili na bilo koji drugi način ima nameru da prouzrokuje povrede licima ili imovini koja je predata ili koja je zauzeta od strane prolaznika”

Kazna za terorističko delo

član 41-1652 sadrži:

“Od sada, ko izvrši terorističko delo koje je definisano u delu 41-1651, smatraće se krivim za zločin, i kazniće se novčanom kaznom koja neće biti manja od pet stotina dolara (500\$) i ne viša od dve hiljade i petstotina dolara (2500\$) ili kaznom zatvora u državnom zatvoru u

trajanju od najmanje (2) dve godine do (5) godina, ili kumulativno će se kazniti sa novčanom kaznom i kaznom zatvora.⁴

Krivični zakonik Kalifornije Glava 11.5

Teroristička pretnja – zločin

član 442 sadrži:

“ Svako lice koje namerno preti da će izvršiti zločin koji će imati za posledicu smrt ili tešku telesnu povredu drugom licu, sa namerom da teroriše drugo lice ili sa nemarom nepažnjom rizikuje da teroriše drugo lice, i ko time:

(a) Prouzrukuje drugom licu razložni strah za njegovu, ili njenu bezbednost ili bezbednost njihove najbliže porodice;

(b) Prouzrukuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili javnog transportnog sredstva ;

(c) Ometa osnovni javni servis; ili

(d) Na drugi način prouzrukuje ozbiljne prekide ili ometanje javnih aktivnosti, je kriv za zločin i biće kažnjen zatvorom u državnom zatvoru.“

Terorisati

član 422.5 sadrži :

“ Kao što je korišćeno u ovom naslovu “terorisanje” znači izazivanje klime straha i zastrašivanje pomoću pretnji ili nasilnih radnji koje prouzrukuju održavanje straha za ličnu bezbednost da bi ostvarili socijalni ili politički cilj.”⁵

Delavere – Zločini i Krivični postupak Glava 11

Teroristička pretnja

član 11-621 sadrži :

“ Lice je krivo za terorističku pretnju kada:

⁴ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. Str. 308.

⁵ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 308-309

(1) Preti da će izvršiti bilo koje delo koje će najverovatnije imati za rezultat smrt ili teške povrede lica ili imovine.

(2) Da lažne izjave:

(a) S namerom da prouzrukuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapacitete koje se koriste za javni transport;

(b) Sa namerom da prouzrukuje ozbiljno uznemiravanje, ili

(c) U nemaru nepažnjom rizikuje da prouzrukuje teror ili ozbiljno uznemirenje.

Teroristička pretnja je klasa A prekršaja

Kazna za prekršaj

član 11 4206 sadrži:

“(a) Kazna za klasu A prekršaja biće fiksna od strane suda i ne sme da pređe 2 godine zatvora i novčanu kaznu ili druge uslove koje sud može narediti; predviđeno, međutim da sud treba da zahteva od kažnjenog lica da izda ček po članu 900 ove glave na ime restitucije licu na čije ime je ček izdat.”⁶

Krivični zakonik Džordžije Glava 26

Teroristička pretnje i delo

član 26-1307 sadrži:

“(a) Lice je izvršilo terorističku pretnju kada preti da će izvršiti bilo koje delo nasilja, ili spaliti ili uništiti imovinu, sa svrhom da teroriše drugo lice, ili prouzrukuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapacitete koje se koriste za javni transport; ili na drugi način prouzrukuje ozbiljna javna uznemirenja, ili u nemaru rizikuje da prouzrukuje teror ili ozbiljno uznemirenje. Ni jedno lice pod ovim odeljkom neće biti kažnjeno ukoliko ne bude potkrepljeno putem svedočenja od strane onoga prema kome je pretnja izvršena.

(b) Lice je izvršilo terorističko delo kada je koristilo zapaljivi krst, ili drugi zapaljivi simbol sa namerom da teroriše drugo lice ili drugo domaćinstvo.

(c) Lice koje je osuđeno za terorističke pretnje ili radnje će biti kažnjeno sa novčanom kaznom koja neće biti viša od 1000\$ ili kaznom zatvora

⁶ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 309

koja neće biti manja od 1 i veća od 5 godina, ili kumulativno.»⁷

Krivični zakonik Havaja Glava 37

Teroristička pretnja

član 707-715 sadrži:

“ (1) Lice je izvršilo krivično delo terorističke pretnje, ako je pretilo sa rečima ili radnjama, koje prouzrukuje telesnu povredu drugom licu ili ozbiljne štete imovini drugog lica:

(a) Sa namerom da teroriše ili u nemaru rizikuje terorisanje drugog lica; ili

(b) Sa namerom da prouzrukuje, ili u nemaru rizikuje da se izvrši evakuacija zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapacitete koje se koristi za javni transport.

(2) Teroristička pretnja je prekršaj.”

Kazna zatvora za prekršaj

član 706-663 sadrži:

“Lice koje je osuđeno za prekršaj ili sitan prekršaj može mu se izreći kazna zatvora u trajanju koji će biti određeno od stane suda i ne sme preći jednu godinu u slučaju prekršaja ili 30 dana u slučaju sitnog prekršaj.”

Novčana kazna

član 706-460 sadrži:

“Lice koje je osuđeno za krivično delo može biti kažnjeno novčanom kaznom koja ne sme preći sledeće;

1. 10, 000 \$ kada je osuda u klasi A zločina ili klasi B zločina;
2. 5, 000 \$ kada je osuda u klasi C zločina;
3. 1, 000 \$ kada je osuda za prekršaj;
4. 500 \$ kada je osuda za sitan prekršaj ili povrede;
5. Bilo koja viša suma koja je jednaka duplom iznosu novca _____ koje je dobijeno iz krivičnog dela od strane okrivljenog

⁷ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 310

6. Bilo viša ili niža suma specifično predviđena od strane statuta.“⁸

Krivični zakonik Ajove

Terrorizam

član 806 sadrži:

“Lice je izvršilo klasu D zločina, kada je izvršilo jednu od sledećih radnji uz nameru da inspiriše ili izazove strah ili gnev drugom licu:

1. Puca, baca, ili ispali oružje u ili na bilo koju zgradu, vozilo, avion, voz ili drugo transportno sredstvo, ili brod koji je u posedu od strane drugog lica, i tako nanese zatočenim licima ozbiljne povrede.
2. Potrebno je da pretnje da će izvršiti zločin pod gore navedenim okolnostima, dovedu do osnovanog očekivanja da će se navedena pretnja ostvariti.”⁹

Krivični zakonik i Krivični postupak Kanzasa Glava 21

Teroristička pretnja

član 21-3419 sadrži:

“Teroristička pretnja je bilo koja pretnja koja se izvrši sa namerom da se teroriše drugo lice, ili prouzrukuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapacitete koje se koriste za javni transport, ili nečovečnom nepažnjom rizikuje da prouzrukuje takav teror ili evakuaciju.

Teroristička pretnja je klasa E zločina.”

Kazne

član 21-4501 sadrži:

“.....(e) Klasa E, kazna za koje će biti neodređeno trajanje zatvora, minimum, koji će biti jedna (1) godina i maksimum koji će biti pet (5) godina;”¹⁰

8 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 310-311

9 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 311

10 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes,

Krivični zakonik Mejn Glava 17A

Terorisanje

član 17A 210 sadrži:

“1.Lice je krivo za terorisanje ako je komuniciralo sa bilo kojim licem i pretilo mu da će izvršiti ili prouzrokovati da se izvrši zločin koji je opasan za ljudski život, protiv lica, sa kojim je komunikacija bila ili protiv drugog lica, i prirodne i moguće posledice takve pretnje, bez obzira da li takve posledice nastanu,:

A. Ako se licu kome je prećeno predoči pretnja i to lice se sa razlogom oseti ugroženim da će zločin biti izvršen; ili

B. Prouzrokovanje evakuacije zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapaciteta koje se koristi za javni transport.

2. Povreda pod-odeljka 1, paragrafa A je klasa D zločina. Povreda pod-odeljka 1 paragrafa B je klasa C zločina.”¹¹

Krivični zakonik Mičigena

Anarhija i Krivični sindikalizam

Definicija

član 750.46 sadrži:

“Krivični sindikalizam se definiše kao doktrina koja zastupa zločin, sabotazu, nasilje ili druge nezakonite radnje terorizma da bi se postigla industrijska ili politička reforma. Zastupanje takve doktrine bez obzira da li rečima ili pismenim putem je zločin koji je kažnjiv pod ovom Glavom.”

Zastupanje Krivičnog sindikalizma

član 750.47 sadrži:

“Ko putem reči ili pismenim putem, zastupa ili podučava, zločin, sabotazu nasilje ili bilo koje druge nezakonite metode terorizma u cilju da se

Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 311-312

11 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 312

postigne industrijska ili politička reforma; ili štampa, izdaje, prodaje, distribuirati ili javno izlaže knjige, dokumente ili pismene članke koje sadrže ili zastupaju, savetuju ili podučavanju doktrinu da industrijska ili politička reforma može se postići zločinom, sabotажom, nasiljem ili drugim nezakonitim metodama terorizma; ili otvoreno, namerno i slobodno usmeno ili pismeno izvršava ili namerava da izvrši zločin, sabotажu, nasilje ili druge nezakone metode terorizma sa namerom da proširi ili zastupa doktrinu krivičnog sindikalizma; ili organizuje ili pomaže da se organizuje, ili da se postane član ili dobrovoljac bilo koje zajednice, krivičnog sindikalizma, ili ko izvrši ili namerava da izvrši zločin, sabotажu, nasilje ili druge nezakonite metode terorizma za svrhu da ostvari industrijsku ili političku reformu, biće kriv za zločin, kažnjiva zatvorom do 10 godina u državnom zatvoru ili novčanom kaznom koja neće prelaziti 5.000.00 \$.”

Slanje ili transportovanje eksploziva

član 750.204 sadrži:

“Ko ima nameru da teroriše plaši, zastrašuje, zlostavlja, ili uznemirava bilo koje lice, šalje ili transportuje sredstva koje su konstruisana da predstavljaju eksploziv, zapaljivu napravu, bombu, je kriv za zločin. Krivično delo je izvršeno pod ovom odeljkom ako je sredstvo poslato iz ili primljeno u ovoj državi, i licu se može suditi po jurisdikciji suda gde je naprava poslata ili stigla.”

Zastrašivanje ili uznemiravanje

član 750.205 sadrži:

„Lice koje namerno postavi napravu sa namerom da teroriše, plaši, zastrašuje, ili uznemirava drugo lice, kada je naprava tako konstruisana da predstavlja eksploziv, zapaljivu napravu, bombu je kriv za zločin.”¹²

12 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 312-313

Krivični zakonik Minesote

Teroristička pretnja

član 609.713 sadrži:

“Pod-odjeljak 1. Bilo ko preti da će izvršiti bilo koje krivično delo povrede s svrhom da teroriše drugog ili da prouzrukuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapaciteta koje se koriste za javni transport ili na drugi naći prouzrukuje ozbiljno javno uznemirenje; ili u nemaru rizikuje da prouzrukuje teror ili ozbiljno uznemirenje može biti kažnjen na kaznu zatvora do pet godina.

Pod-odjeljak 2. Bilo ko komunicira sa drugim licem sa svrhom da teroriše drugog ili u nemaru rizikuje da prouzrukuje teror, eksploziv ili eksplozivnu napravu ili bilo koju zapaljivu napravu koji je prisutan na tom mestu ili toj lokaciji, bez obzira da li je isti stvarno pristutan može mu se izreći kazna zatvora do 3 godine.”¹³

Krivični zakonik Nju Hempšira Glava 58

Krivična pretnja

član 631.4 sadrži:

“Lice je krivo za zločine,

I. Kada fizičkim radnjama, prouzrukuje ili namerava da drugom licu pre-
ti telesnom povredom ili fizičkim kontaktom; ili

II. On preti da će izvršiti bilo koji zločin protiv drugog lica s namerom
da ga teroriše; ili

III. On preti da će izvršiti bilo koji zločin povrede sa ciljem da prouzro-
kuje evakuaciju zgrade, mesta masovnog okupljanja, ili kapacitete koje
se koriste za javni transport ili na drugi način prouzrukuje ozbiljno
javno uznemirenje, ili u nemaru rizikuje da prouzrukuje teror ili ozbiljno
uznemirenje.

¹³ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 313

IV. Ovaj zločin je prekršaj, osim povrede po paragrafu II koji je klasa B zločina.“

Kazne

član 625.11 sadrži:

„.... (2) Klasa B zločina su zločini tako označeni po statutu u okviru ili van okvira ovog Zakonika i svaki zločin van ovog Zakonika za koji je propisana maksimalna kazna zatvor ne manje od jedne godine i ne više od sedam godina i koji isključuje propisivanje novčane kazne.

IV.Prekršaj je svako delo označeno statutom u okviru ili van okvira ovog Zakonika i svaki zločin definisan van ovog Zakonika za koji je propisana maksimalna kazna zatvor ne manje od jedne godine i koji isključuje propisivanje novčane kazne; predviđeno je da zločin definisan statutom van ovog Zakonika je prekršaj kada je izvršen od korporacije ili od strane neorganizovanog udruženja ako je maksimum novčane kazne tamo određeno više od 50\$ ali ne više od 200\$.

V.Kršenje ili povreda je delo tako označene po statutu u okviru ili van okvira ovog Zakonika, osim ako je predviđeno ovim paragrafom, svako delo tako označene van okvira ovog zakonika za koje nema predviđena druga kazna osim novčane kazne ili novčane kazne i oduzimanje prava ili druga civilna kazna. U slučaju korporacije ili od strane neorganizovanog udruženja krivična dela definisani van ovog Zakonika su povrede ili kršenja ako iznos novčne kazne ne prelazi 50 \$.“¹⁴

Krivični zakonik Severne Dakote Glava 12.1

Terorisanje

član 12.1-17.04 sadrži:

„ Lice je krivo za klasu C zločina ako:

- 1.Pretio da izvrši bilo koji zločin povrede ili radnje opasne za ljudski život; ili
2. Lažno informiše druge da je situacija opasna po ljudski život ili znanje da je davana informacije lažna s namerom da čoveka održava u strahu za njegovu ili tuđu bezbednost ili prouzrokuje evakuaciju zgrade, mesta

14 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 314-315

masovnog okupljanja, ili kapacitete koje se koriste za javni transport ili na drugi način prouzrokuje ozbiljno javno uznemirenje, ili u nemaru rizikuje da prouzrokuje teror ili ozbiljno uznemirenje.“

Kazne

član 12.1-31.01 sadrži:

„Zločini su podeljeni u šest klasa, koja su opisane na sledeći način:
....3. Klasa C zločina, za koje je maksimalna kazna 5 godina zatvora, novčana kazna od 5 000 \$ ili kumulativno, može biti nametnuta.”¹⁵

Krivični zakonik Pensilvanije

Glava 18 Napad

Glava 11 Ovlašćena dispozicija okrivljenih

Terorističke pretnje

član 2706 sadrži:

„Lice je krivo za prekršaj prvog stepena ako je ono pretilo da će izvršiti bilo koji zločin sa namerom da terorise drugog ili da prouzorkuje evakuaciju zgrade, skupštine, ili kapacitete koje se koriste za javni transport ili na drugi način prouzrokuje ozbiljno javno uznemirenje, ili u nemaru rizikuje da prouzrokuje teror ili ozbiljno uznemirenje.“

Kazna zatvora

član 1104 sadrži:

„Lice koje je osuđeno za prekršaj može biti kažnjeno kaznom zatvora u trajanju koji će odrediti sud i ne može biti više od:

(1) Pet godina u slučaju da prekršaj bude prvog stepena.....“

Novčana kazna

član 1101 sadrži:

„Lice koje je bilo osuđeno za delo može da plati novčanu kaznu da ne prelazi:

¹⁵ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 315

....(3) 10 000\$ kada je osuđeno za prekršaj prvog stepena...¹⁶

Krivični zakonik Tenesija Glava 37

Maskiranje i zastrašivanje

član 39-2801 sadrži:

„Bilo koje lice ili lica, maskirana ili sakrivena, koja će se šunjati, putovati ili jahati, ili pešačiti kroz zemlju ili bilo koji grad u ovoj državi da bi uznemirili mir ili alarmirali građane u bilo kojoj meri, biće krivi za prekršaj i kazniće se novčanom kaznom koja neće biti manja od 100\$ niti veća od 500\$ i izrećiće mu se kazna zatvora u državnom zatvoru zemlje gde je lice osuđeno, u diskreciji porote koja sudi u ovom predmetu.“

Napad sa smrtonosnim oružjem dok je bio skriveni

član 39-2803 sadrži:

„Ako bilo koje lice se šunja, putuje, ili pešači kroz gradove ili zemlju ove države, maskirana ili sakrivena, napadne drugo lice sa smrtonosnim oružjem, biće krivo za napad sa namerom ubistva prvog stepena i biće osuđeno sa kaznom zatvora u periodu ne manje od 10 godina i ne više od 21 godine.“¹⁷

Krivični zakonik Teksasa Glava 5

Terorističke pretnje

član 22.07 sadrži:

„(a) Lice je izvršilo delo ako je pretilo da će izvršiti bilo koje delo koje uključuje povredu bilo kog lica ili imovine sa namerom da:

(1) Prouzrokuje reakciju bilo koje vrste zbog njegove pretnje prema službenim ili dobrovoljnim agencijama koje su organizovane da deluju u hitnim slučajevima;

(2) preti bilo kojem licu ozbiljnim telesnim povredama; ili

16 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 316

17 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 316-317

(3) spreči ili prekida korišćenje zgrade; sobe; mesta masovnog okupljanja; prostorija gde javnost ima prilaz; radnih mesta; aviona; automobila; ili bilo kojih drugih oblika prevoznog sredstva; ili drugih javnih mesta.

(b) Zločin u ovom delu je klasa B prekršaja osim ako je izvršeno pod odeljku (a) (3) ovog odeljka, gde je događaj klasa A prekršaja.

Klasa A prekršaja

Krivični zakonik Teksasa Glava 12.1 sadrži:

“Pojedinaac koji je osuđen za krivično delo pod klasom A biće kažnjen sa:

- (1) novčanom kaznom koja ne prelazi 2000\$
- (2) kaznom zatvora u trajanju koje ne prelazi jednu godinu; ili
- (3) kumulativno novčanom kaznom i kaznom zatvora.”

Klasa B Prekršaja

“Pojedinaac koji je osuđen za krivično delo pod klasom B biće kažnjen sa:

- (1) novčanom kaznom koja ne prelazi 1000\$
- (2) kaznom zatvora u trajanju koje ne prelazi 180 dana; ili
- (3) kumulativno novčanom kaznom i kaznom zatvora.”¹⁸

Krivični zakonik Jute Glava 76

Teroristička pretnja

član 76-107 sadrži:

“(1) Lice je izvršilo terorističku pretnju ako je pretilo da će izvršiti bilo koji zločin koji uključuje povredu sa namerom da:

- (a) Prouzrokuje reakciju bilo koje vrste zbog njegove pretnje prema službenim ili dobrovoljnim agencijama koji su organizovane da deluju u hitnim slučajevima;
- (b) stavi bilo koje lice u strah od ozbiljne telesne povrede; ili
- (c) spreči ili prekida korišćenje zgrade; sobe; mesta masovnog okupljanja;

¹⁸ Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 317-318

prostorija gde javnost ima prilaz; radna mesta; avione; automobile; ili bilo koji drugi oblik uznemiravanje.

(2) Teroristička pretnja je klasa B prekršaja osim ako je namera izvršioca bila da spreči ili prekida korišćenje zgrade, prostorija gde javnost ima prilaz; kapacitete za javni prevoz tada je teroristička pretnja treći stepen zločina.”

Osuda za Zločin

član 76-203 sadrži:

“Lice koje je osuđeno za zločin može mu se izreći kazna zatvora na neodređeno vreme kako sledi:

...(3) U slučaju zločina trećeg stepena za period koji neće biti duži od 5 godina ali ako se tokom suđenja nađe da je vatreno oružje bilo upotrebjeno sud može dodatno da osudi to lice na neodređeno vreme koje ne sme prelaziti 5 godina i biće izdržavano uzastopno a ne istovremeno....”

Osuda za prekršaj

član 76-204 sadrži:

“Lice koje je osuđeno za prekršaj može biti kažnjeno na kaznu zatvora kako sledi:

..(2) U slučaju klase B prekršaja za period koji neće prelaziti 6 meseci.....”

Novčane kazne

član 76-3-301 sadrži:

“Lice koje je osuđeno za zločin može biti kažnjeno na novčanu kaznu koja ne sme prelaziti:

.. (2) 5 000\$ kada je osuda za zločin trećeg stepena;

(3) 1 000\$ kada je osuda za klasu A prekršaja;

(4) 299\$ kada je osuda za klasu B prekršaja; „¹⁹

19 Legislative responses to terrorism, edited by Yonah Alexander, Allan S. Nanes, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986., str. 318-319

Jelena Lopičić-Jančić, LL.D.

Assistant Professor

Academy for Diplomacy and Security,

Belgrade

LEGISLATION OF THE USA IN THE CONNECTION WITH TERRORISTIC ACTS

In this Article the author prepared one part of the legislation of the USA that is in the connection with terroristic criminal offences. In the first part of the work are given views in connection with terrorism as general, and what works and articles are prepared in relation to Anglo-Saxon Criminal Law in domestic literature, especially in domestic articles, surveys and reviews with ascertain that are very few prepared works and articles. Then the author cites very few translated works from Anglo-Saxon Criminal Law and in relation to legal texts only one Criminal Code of Louisiana dated 1943 was translated. The second part of work represent translation of incriminations about terrorism from several Criminal Codes of Federal States of USA as follows; Arkansas, California, Delaware, Georgia, Hawaii, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Minnesota, New Hampshire, North Dakota, Pennsylvania, Tennessee, Texas and Utah. This is the first translation and view of the legislation of USA in connection with criminal offence of terrorism in domestic legal literature. These codes were in force prior to September 11th, 2001 when happened terroristic act in New York City where were killed 5.000 persons. This date represent important date in fight against terrorism because terrorism became global problem world wide. It is the fact that former Criminal Codes of Federal States of USA were not severe in prescribing the penalty for terrorism as criminal offence. After September 11th, 2001 in USA were issued new Laws and other Acts against terrorism as criminal offence.

Key words: terrorism, legislation of the USA; September 11th

Prof. dr Aleksandra Čavoški,
Pravni fakultet
UNION u Beogradu

UDK: 347.232(497.11)

Originalni naučni rad

COMPARATIVE ANALYSIS OF LAND REGISTRIES

The paper focuses on the main differences between the common law systems and continental systems (in particular the Serbian system) in respect of the conveyance of titles and other interests and land registries. Common law systems recognise the conveyance of title by the delivery of deeds or any other instruments, unlike the Serbian system which requires the registration of title in the land registry. The structure and effects of land registries are different between the two systems, whereby the Serbian system provides better protection of future purchaser and of current holders of titles and other interests. Despite those differences there are significant efforts to introduce the internet access to land registries into both systems.

Key words: *land registry, land register, Torrens system, English system, registration, title, deed, grantor-grantee index, chain title, maps, folios, notice*

1. Introduction

Land registries¹ represent an important feature of the property law in all legal systems. It is widely agreed that they give greater certainty and security of property title, as well as providing a better protection against different claims of adverse possession². Registration systems also protect new buyers who can verify the status of property and the ability of the owner to convey a title. No less important is the fact that

1 It is worth clarifying the distinction between land register and land registry. A land registry refers to the institution of maintaining and developing a land registration system. A land register is a record of all registered titles and interests.

2 See in Lyall, Andrew, "Land Law in Ireland", Second edition, Sweet and Maxwell, Dublin, 2000; Sprankling, John, Understanding Property Law, LexisNexis, 2000 and Coughlan Paul, "Property Law", second edition, Gill & Macmillan, Dublin 1998.

registered property ensures a better position of an owner if he or she decides to sell it and simplifies the conveyance procedure. However, registration of property and other rights and encumbrances differ among various legal systems and produce different legal effects. Bearing in mind the well known division between common law and continental systems, it is possible to identify the differences in relation to the issue of land registries and the registration of land title and to compare both systems. In common law countries “the systems of title registration are usually classified broadly in two categories: the Torrens system and the English system”³. The Torrens system was introduced by Robert Torrens in 1858⁴ in South Australia and it was developed from the system of registering ships. This system was consequently implemented in Australia, most states of the United States, parts of Canada, New Zealand and Jamaica. Certain features of this system were introduced in countries based on the English system, such as Ireland. Due to the fact that it simplifies registration procedure, the Torrens system was more suitable for inhabited territories, unlike the English system which tends to be very formal. Although there are differences between those two systems, some characteristics remain the same. The author will mainly focus on the land registry in United States and Ireland and try to outline main differences with the Serbian land registries.

Several differences may be outlined between these two systems and Serbian legal system in the field of land registries and transfer of title and other interests. The two main differences concern the actual delivery of title, that is the acts by which the title is conveyed as well as the structure and effects of land registries in those legal systems.

2. Conveyance and Registration of Title and Other Interest in Common Law Legal Systems

2.1. Deed and its Delivery

The *inter vivos* transfer of a title or any other interest in US law requires a delivery of a deed.⁵ There are four stages that precede the

3 Lyall, Andrew, Op.cit, p. 839.

4 By the Real Property Act, 1858 of South Australia.

5 It represents a written instrument by a conveyance of a title or other interest is carried out.

deed delivery and they can be summarised as follows: locating the buyer, negotiating the contract, preparing for the closing and closing the transaction. Very often a deed is confused with the contract, since in some continental system a contract is a written instrument used for conveying the title⁶, while in common law systems a contract represents a first stage of the sale followed by a registration in the land registry. Moreover, the elements of a deed often led to the same confusion between contracts and deeds. Each deed has a simple form⁷ unlike in the English system, and it must be in writing and contain the following parts: it has to be signed by the grantor, it must identify the grantor and the grantee, it must contain the words of conveyance and it must describe the property. Thus, one could argue that it represents a contract since certain important elements of the contract are present in the deed. However, this is not the case; a deed is a simple instrument for a formal conveyance of a title of other interest, preceded by a contract.

If not delivered a deed becomes void and does not pass any title to the grantee or his successors. The delivery must contain intent of transferring a title. It may be done by words and action of intent, which also include the tacit delivery of title as long as the intent is present. The mere delivery without this intent does not suffice⁸. The most common manner is the physical handling of a deed to the grantee, although, as Lord Coke observed in a famous dictum, “as a deed may be delivered to the party without the words, so may a deed by words without the act of a delivery”⁹.

Following this, most deeds are registered although this is not necessary for deed to be valid and effective. However, a “prudent grantee will immediately record his deed in order to protect his title against later claimants”¹⁰. Moreover, a registration of a deed serves as a notice to a third party that a conveyance of a title of other interest took place.

Some common law systems, such as the Irish legal system, are in several aspects very similar to certain continental law systems, such as the German or Serbian systems, insofar as the conveyance of a registered title is done by registered transfer, although the “executed transfer for

6 Articles 938, 1138 and 1583 of the French Civil Code.

7 More in Sprankling, John, Op.cit, p. 360.

8 See *Martinez v. Martinez*, 678 P. 2d 1163 (N.M. 1984).

9 Sprankling, J, Op. cit, p. 367.

10 Sprankling, J, Op. cit, p. 374.

consideration which has been delivered but not registered is nevertheless valid against the registered owner and his devisee”¹¹. Here we see a certain alteration of a delivery by a deed or some other lawful instrument as a result of previous registration in the land registry. Consequently, this practice will improve and intensify the continuous registration of titles and other interests and ensure a greater security of conveyance of titles.

2.2. Land Registries in Common Law Systems

As it is the case with continental legal systems, registration refers not only to property titles but also to all other interests including, for example, easements, mortgages, possession and all other possible encumbrances. However, there are significant differences in the land register structure and the process of registration. It is worth noting at this point that the Irish system is considered as one of the most advanced common law land registration systems in Europe.

The land registration in common law systems is voluntary, such as in the United States, Ireland and England. However, in certain cases compulsory registration is prescribed by law. For example, the Irish Registration of Title Act (1964) stipulates following situations when the registration becomes mandatory where:

1. land is conveyed under the Land Purchase Act; and
2. all freehold and leasehold land:
 - a) where land is acquired by statutory authority; and
 - b) land in areas designated by the Minister of Justice by order.¹²

All common law systems are open to public inspection, which is a widely recognized principles concerning the land registries. This principle enables their main goal, namely the protection of registered titles and other interests as well as interests of future purchasers. Most common law countries, notably the United Kingdom and Ireland, provide internet access to public registers and possibility to print out what appears on the screen. The data entry and alteration are left strictly in the hands of the

11 Lyall, A, Op. cit, p. 845-846. See also Section 51 of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

12 Sections 24(1) of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

county recorder officials, in order to ensure the security and reliability of data contained in the land register. Any person may also receive copies of any documents available from the register for a prescribed fee.

The registration process is somewhat longer in the US legal system than it is the case in continental systems. Most of states require an acknowledgement of a deed or other document conveying a title before a notary public or a similar official. The acknowledgement either entails the statement of a grantor that he signed the deed or it is a statement by a witness that he witnessed the signing of a deed by a grantor. Following this, a deed and other document is presented to the county officer who stamps the date and the exact name of the receipt onto the deed, together with the assigned document number. In respect of registration there are small differences between common law systems. Thus, the Irish legal system requires the registration of deed memorial¹³ which must be signed and sealed by one of the parties of the transaction and be witnessed by two witnesses, at least one of whom was also a witness to the delivery of a deed.

Two main features are universal to common law systems - the chain of title principle which requires the continuity in title and other interest holders and the anatomy of land registers. Almost all common law systems use grantor – grantee index organized alphabetically according to the names of the parties involved and the year the transaction occurred. The track system or land index based on the legal description of the parcel involved is used to a lesser extent in some places. The Irish land registry is more detailed and advanced and the land index is cross referenced to the registry maps (prepared by surveyors) and indicates the particular folio where the ownership is registered. This system facilitates investigation of the land registry. “An entry normally consists of the following elements:

- the type of the document (e.g., deed, lease, mortgage);
- the grantor’s name;
- the grantee’s name;
- the document number;
- the recording date;
- the location where the document can be found in the _____ records (e.g., the book and the page number), and

¹³ The memorial represents a summary document which facilitates and speeds up the registration.

- a brief legal description of the parcel.”¹⁴

The same elements are registered in the grantee index. Investigation of a registered title should be carried out by searching both indexes. The Serbian system uses a more complex track system which provides a higher degree of security and reliability of data entered into the system. The chain of title principle applies in the US registration system, but due to the fact that the registration is based on grantor-grantee scheme the search must go all the way backward in time in order to make sure that all encumbrances are found¹⁵. Although, the search should go backwards to the point when the land was owed by a sovereign, in practice the search is limited to the last 50 years. The Serbian system is much more user friendly since the encumbrances are registered with each transfer of a title, thus it is sufficient to inspect the only last entry in the registry.

Some common law systems such as the Irish systems have additional components of land registers which are very similar to the continental systems, especially the Serbian land register. Each register¹⁶ consists of “separate folios which are devoted to recording the title to the particular freehold land, leasehold interest or incorporeal hereditament held in gross”¹⁷. Each folio is divided in three parts, whereby the first part contains the relevant piece of land, by reference to the registry map and setting out boundaries together with the rights for the benefit of the property (“all properties in respect of which a title is registered must be depicted on a Land Registry Map”¹⁸). The second part is devoted to the ownership of the interests and contains the personal data of the title or interest holder, the classes of owner and of the titles, the devolution of the property, co-ownership or other limited ownerships (in Ireland under the Settled Land Act) and the third part enumerates all pending encumbrances concerning the relevant piece of land. The index of names¹⁹ and track based index are equally used in the Irish land registry,

14 Op. cit, p. 397.

15 However, it should be noted that it may happen to register a document outside the chain of title, but in that case it does not provide constructive notice.

16 Note that Irish have three separate registers: a register of the ownership of freehold land, a register of the ownership of leasehold interests and a register of the ownership of incorporeal hereditaments held in gross.

17 Coughlan Paul, Op.cit, p. 100.

18 See Anderson, Jack, “Irish Land Law”, - Revision, Gill & MacMillan, Dublin, 2002, p. 65.

19 It contains the name and the address of respective holder of title, interest and

which enables thorough searches for relevant property.

Common law land registries are also based on some form of government survey system which ensures the proper physical depiction of land. In the United States there are three methods of land description: a) metes and bounds, b) government survey and c) plat or subdivision map. The plat and subdivision maps are similar to the continental methods of land description. It entails maps “depicting the lots in a new subdivisions, usually prepared by a surveyor”²⁰, subsequently approved by the planning commission or other responsible government agency. Irish land registry are also based on maps based cross reference with the folio and the registry map made by the government surveyor. This system is well established in almost all continental law countries.

Upon registration, an owner is issued a land certificate which identifies his or her as the title holders and serves as a proof of ownership²¹. “In effect it represents a copy of the relevant folio”²².

Rectification of errors in registration is recognised by all common law systems. It may concern misstatement, misdescription, omission or otherwise either in a register or in a registry map. Depending on the type of error the rectification competence lies in the registrar or the court. For example, the Irish Registration of Title Act prescribes a competence of courts if it is of the opinion that the error can be rectified without injustice to any person²³.

Adverse possession is another example of differences between the aforementioned systems, which derives from the procedure of acquiring the title by possession. In common law systems a registrar, in a certain respect, acts like a judge in continental systems, since he considers the application and ensures the fulfilment of all requirements²⁴ for acquiring the title by possession. If the title is acquired in this way, a title holder will submit an application to the registrar setting out in

incorporeal hereditament.

20 Op. cit, p. 366.

21 Section 28 of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

22 Coughlan Paul, “Property Law”, second edition, Gill & Macmillan, Dublin 1998, p. 102.

23 Section 32(1) of the Act.

24 Usually they include actual, exclusive, open and notorious, adverse (good faith and other elements that demonstrate possessor’s state of mind) and continuous possession for the statutory period.

detail the circumstances of the acquisition together with the date when the possession was established and finally acquired.

2.1. *Effects of Registration*

Although the registration can be considered as procedural in common law systems, it still affects the substantive law in many respects. *Lyall* differentiates two main effects of the registration – “it produces a new classification of interests in land and it affects the legal relationship between people in relation to registered land”²⁵. These effects are universal for all common law systems with very small differences between them.

2.3.1. Classification of Titles

As for the list of titles and interests that may be registered, the common law systems differ from the continental systems due to the historical background originating from feudal times. The common law system is well known for its division of estates in freehold and leasehold depending on the terms and conditions under which the land was held. This division led to differentiation of titles that may be entered into the land registry. Thus, the class of a title will depend on the quality of title concerned.

The Irish and English system differentiates the titles of freehold and leasehold owners whereby the a freehold owner may be registered as absolute, qualified or possessory title and leasehold owners has an additional fourth class called good leasehold title. The *absolute title* is the maximum class title that may be assigned to a holder with all express or implied rights, subject to all registered and unregistered burdens. *Qualified title* is the second degree class that is assigned in cases if, on an application for registration with an absolute title, it appears to the Registrar that the title can be established only for a limited period or only subject to certain reservation²⁶. *Possessory title* is restricted to cases when the title was acquired by possession or in cases when the registrar, on an application for registration with an absolute title, is not satisfied that either an absolute or a qualified title would be warranted, he may

25 *Lyall, A, Op. cit, p. 844.*

26 Section 33(5) of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

register the applicant as owner with a possessory title. The applicant may be registered as owner with a possessory title on giving such evidence of title as may be prescribed. However, the possessory title does not prejudice and affect the rights of others before the expiration of the required time limit for acquiring the title in this manner. Lastly, the leasehold title entails a fourth *good leasehold title* which has the same effect as absolute title, except that registration does not affect or prejudice the enforcement of any right adverse to or in derogation of the title of the lessor to grant the lease.²⁷ There is a possibility of converting the title with which the land is registered²⁸.

This aforementioned division also influences the registration of different classes of ownership. The following categories are for example recognized by law in the Irish legal system:

- as full owner of freehold land, that is to say, as tenant in fee simple;
- in the case of settled freehold land, as limited owner thereof, that is to say, a tenant in tail or tenant for life or as having under the Settled Land Acts the powers of a tenant for life;
- as full owner of a leasehold interest, that is to say, as the person in whom the leasehold interest is vested in possession; or
- in the case of a settled leasehold interest, as limited owner of the interest, that is to say, as tenant for life or as having under the Settled Land Acts the powers of a tenant for life²⁹.

The US system recognises six basic types of estates: three freehold estates (fee simple, fee tail and life estates) and three non freehold estates (terms of years tenancy, periodic tenancy and tenancy at will) which results in various restrictions of the right of transfer and effects

27 Section 45 of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

28 See Section 50 of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0033.html#zza16y1964s33>.

29 Section 27 of the Irish Registration of Title Act, 1964, <http://www.irishstatutebook.ie/1964/en/act/pub/0016/sec0027.html#zza16y1964s27>

of the registration.³⁰ However, various titles systems are determined by individual state law. While they are mostly the same there is some variation amongst states. For example, Louisiana follows the French civil title system.

2.3.2. Competing Title Claims

As in all legal systems, there is always a question of conflicting or competing title claims. One way of resolving disputes is by the registration in the land registry, although this approach is limited by the fact that common law systems do not require a mandatory registration in the land registries. However, the registration creates a strong incentive for a buyer since this act provides a constructive notice³¹ to any subsequent purchaser. Conflicting title claims most frequently occur in a situation of dispute between several persons claiming the title. Moreover, this may happen between the holder of possessory estate and claimant of a non-possessory interest, as well as non-possessory interest holders who challenge their respective priority.

Since all common law systems recognise delivery of a deed or other lawful instrument as a moment of transferring the title, with the exception of registered titles in Irish law which are transferred by registration, generally common law takes a simple approach to competition legal interests by applying the well known rule *prior tempore potior iure*. However, there are exceptions to this rule which, to certain extent, differentiate between common law systems. The common exception protects the subsequent *bona fide* purchaser provided that the adequate amount in relation to the market value of the respective immovable was paid. This resembles the rule in the continental legal systems whereby the priority is given a person who registered the title first, provided that he was *bona fide*. The other exception serves as a protection of a person who acquires a title or interest from a *bona fide* purchaser who also has precedence over a “first-in-time claimant”³².

30 Sprankling, J, Op. cit, p. 93.

31 Notice represents a legal notification required by law or agreement, or imparted by operation of law as a result of some fact (such as the recording of an instrument) – Black’s Law Dictionary, eight edition, Thomson West, USA, 2004.

32 More in Sprankling, J, Op. cit, p. 389-390.

1.1.1.1 Bona Fide Purchaser – Notion of Notice

The key element of this exception in all common law systems is the lack of notice on the side of the *bona fide* purchaser. There are several types of notice depending on the source of information: the actual notice, the constructive notice and the imputed notice. The existence of one of those notice binds the purchaser by any pending interest in relation to the respective property.

Actual notice – This notice concerns specific information given or received by a respective contracting party. This information may have been found or received irrespective of the legal transaction that led to the transfer of title or any other interest.

Constructive notice - Although it mostly represents a notice arising from registered documents this notice derives from any facts and circumstances that a party has a duty to take notice of, which may also arise from litigation or a similar proceeding. The US legal system requires the fulfilment of four conditions in order for a registered document to provide constructive notice, namely: “it must meet formal requirements for registration; it must contain no technical defects; it must be registered in the chain of title and properly indexed”³³.

Imputed notice – It refers to the situation where a party is represented by an agent who is obliged to disclose any information related to the property in question acquired through the required inspection and inquires. Again this knowledge can come through some earlier dealings of the agent with other parties.

3. Main Differences with the Serbian Land Registry

Although at the moment there are two parallel land registries in Serbia, the differences between the two systems are negligible, with the exception of the authority keeping the registry. The old system introduced in 1930³⁴ follows the German system whereby the land registry is kept and maintained by courts while the physical depiction

33 Sprankling, J, Op. cit, p. 401.

34 Although in 1930s three statues concerning the land registers were passed, the introduction of land registers in some parts of Serbia, for example in Vojvodina, began in 1855. In 1874 land registers in the Hungarian language were introduced on the territory of Vojvodina.

of immovable is kept by the governmental surveyor's agency. The new system called the "uniform record-keeping" brought together these two systems and the government surveyor's agency is in charge of this new registry³⁵. This latter system was highly criticised due to the fact that the registration of title and certain other interest represents a constitutive element of ownership. Bearing in mind this fact as well as the fact that the governmental agency is in charge of this new "uniform record-keeping", there are concerns that the new record keeping may lead to partial processing of data due to the fact that the competence of record keeping is entrusted with the executive branch of government. In the old system this potential danger was prevented by the simple fact that the courts are in charge of land registry. The other concern is that the government surveyor's office, unlike courts, does not have adequate legal knowledge to keep and maintain this data since often the data entry and alteration may give raise to complex legal problems.

Unlike the common law systems, in the Serbian legal system registration in the land registry is compulsory³⁶, which was also prescribed by the recent amendments of the new land registry³⁷. During the communist era compulsory registration was only prescribed for the socially owned property. Unfortunately, this type of property was the least frequently registered due to the fact that it belonged to everyone. While some may argue that *ex officio* registration represents an unjustified restriction of personal freedom³⁸, it seems that a compulsory registration ensures a high level of protection of title and other interest holders as well as potential purchasers. Moreover, it provides a chain of titles and other interests in the land registries which again guarantees the consistency in title holders and enables the supervision of uniform title and other

35 State Land Survey and Registration of Titles and Interests Act, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 - corrigendum, 34/2001 – amendments by the other statute, 25/2002 and 101/2005 – amendments by the other statute).

36 Article 5, paragraph 4 of the State Land Survey and Registration of Titles and Interests Act. The registration of data concerning immovable and title and other rights concerning the same immovable shall be performed *ex officio* or upon the request of the title holder.

37 Article 61 of the State Land Survey Act, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 72/09.

38 Živkovic, Miloš, Land Registries in "Amendments of the Property Law in Serbia", Institute of Comparative Law, Belgrade 2005, p. 100.

interest conveyances. The land registries in Serbia are open to public inspection which is the case with the common law systems.

Unlike the common law systems where the delivery of a deed conveys a title or other interest³⁹, in the Serbian legal system this is achieved by the registration in the land registry⁴⁰ or by any other way prescribed by law if it concerns the transfer of immovable by legal transaction. This legal rule provides a greater security of legal transaction and ensures a better protection for any future purchaser. Unfortunately, land registries are not established for significant parts of Serbia or they are not updated due to the aforementioned problems with non-registration of socially owned property. Moreover, a significant number of buildings were for years constructed without planning permissions. This latter problem may be will be partly rectified by a possibility of registering the holder by possession over a real estate prescribed by the State Land Survey Act.⁴¹

The registration process in Serbia requires a submission of a request, contract or other written instrument conveying a title or other interest, as well as the certificate of paid tax to the registration office. However, certain title documents such as contracts must be signed and verified before a court, which demonstrates that the procedures are not that different, since a certain form of official certification is required in both cases. The difference lies in the fact that both contracting parties must sign a contract, which must be in written form and no witnesses are necessary in the acknowledgement procedure before the court⁴². However, some common law systems such as the Irish one are very similar in this respect as was explained earlier. If there are several competing titles, the priority is given to a holder who first submitted a request for registration, that is first registered as a title holder. However, there is an exception of this rule which protects a *bona fide* purchaser who bears the burden on proof.

The Serbian land registries are based on the track based index which provides greater security and an easier search of the index.

39 This transfer entails *inter vivos* conveyance of title or other interest.

40 Article 33 of the Bases of the Property Relations Act. The delivers represents a *modus acquirendi* for movables (Article 24 of the Bases of the Property Relations Act).

41 Article 96 (2) and 97 (3)(4) of the State Land Survey Act.

42 Article 4 of the Immovable Transfer Act, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 42/98.

Moreover, this system ensures a better overview of all pending interests and encumbrances in relation to a certain immovable. Both types of registries are based on the physical depiction of land and all buildings prepared and kept by the surveyor's office.

As for the structure of the land registers there are no significant differences in relation to the common law systems, especially with the Irish Register of Titles. The new "uniform record-keeping" that combined the records kept by courts and surveyor's office has the following folios:

- folio A containing land data;
- folio B containing data on land holder;
- folio C containing data on building, apartments and business premises within the building and their respective holders and
- folio C containing data on all pertaining encumbrances and restrictions.

4. Conclusion

Despite the very many substantive differences between the common law and continental systems the objectives of all land registries is to render the conveyance of title and other interest expeditiously, efficiently and inexpensively in order to ensure stability and safety of registered property rights. Moreover, the registered title represents a *par excellence* proof of title and facilitates the burden of proof in cases of conflicting title claims. In time, land registries should provide the "mirror principle which entails that the registration should be a mirror of the title, reflecting all the interests which affect the land in question so that a purchaser does not have to go behind the register to discover interests binding on him"⁴³. Although there are significant differences between the common law and continental systems, significant efforts and resources in both systems are put in creating user friendly internet database systems that would ensure a greater protection of prospective buyers and all other interests' claimants. One of the most advanced electronic land registers in Europe is the Irish Land Register. The continuous registration may gradually led to the compulsory conveyance of title or other interest by registered transfer, which will render the effects of registration in the common law system similar to the effects of registration in the continental law system.

43 Lyall, A, Op. cit, p. 844.

Prof. dr Aleksandra Čavoški,
Pravni fakultet UNION, Beograd

KOMPARATIVNA ANALIZA REGISTARA NEPOKRETNOSTI

U ovom radu prikazane su osnovne razlike između anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema u materiji sticanja prava svojine i drugih prava, kao i samih registara nepokretnosti, s posebnim osvrtom na osobenosti sistema u Srbiji u odnosu na anglosaksonski sistem. Anglosaksonski sistemi predviđa sticanje prava svojine na osnovu pravnog posla predajom isprave o sticanju ovog prava ili bilo koje propisane isprave, dok se prema pozitivnim pravu u Srbiji zahteva upis u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom ukoliko se radi o sticanju prava svojine na nepokretnosti na osnovu pravnog posla. Struktura i dejstvo registara nepokretnosti se razlikuju između ova dva sistema, tako da sistem u Srbiji pruža bolju zaštitu budućih sticalaca i trenutnih imaoaca prava svojine i drugih stvarnih i obligacionih prava. Uprkos tim razlikama u oba sistema se pokušava sa uvođenjem internet pristup registrima nepokretnosti.

Ključne reči: pravo svojine; registri nepokretnosti; srpski sistem registara; anglo-saksonski sistem.

Mr Jelena Predojević-Despić
Istraživač saradnik
Centra za demografska istraživanja
Instituta društvenih nauka
e-mail: braindrain@verat.net

UDK: 341
325.14(73)

Pregledni naučni rad

IMIGRACIONI ZAKONI I RAZVITAK USELJENIČKIH STRATEGIJA – PRIMER SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Kompleksan odnos međunarodnih migracija i uloge društvenih mreža, kao strategija povezivanja koje razvijaju migranti među sobom, veoma je važno proučavati iz pravne perspektive. Zakon ne predstavlja primarnu silu u kreiranju migracionih tokova. Ekonomski, socijalni, politički i porodični faktori su ti koji imaju najveći uticaj na migracije, dok zakonski okvir reguliše većinu društvenih uslova koji utiču na donošenje odluke o migriranju i na mikro i na makro nivou, kao i određuje moguće načine sprovođenja samog imigracionog procesa.

U radu je na primeru Sjedinjenih Američkih Država, kao najveće imigracione zemlje, prikazano na koji način razvitak pravnih regulativa, kao proizvoda političkog odgovora jedne zemlje na potrebe za stranom radnom snagom, može da utiče na demografske, socijalne i ekonomske osobine imigracionog kontingenta, kao i kako određeni pravni propisi mogu da postanu značajan činilac strategija povezivanja određenih društvenih grupa i razvitka društvenih mreža, ne samo među migrantima, već i nemigrantskim stanovništvom i u zemlji porekla i destinacije, a u cilju dobijanja useljeničke radne vize.

Jedan od najvažnijih postignuća američke imigracione politike je da se vremenom, kroz niz zakonskih izmena i dopuna donesenih u poslenjih pola veka, konstantno usavršava pravni okvir, koji omogućava useljavanje ili privremeni boravak za rad i školovanje onim strukturama stanovništva za koje se smatra da će na najbolji način doprinostiti društvu, ekonomskom i kulturnom napretku zemlje. U poslednjih nekoliko decenija kontingent obrazovanog i stručnog stanovništva iz

inostranstva je značajno uvećan. Međutim, jedan od najvećih nedostataka američke imigracione politike su vezane za probleme ilegalnih migracija. Rešavanje paradoksa između restriktivnih imigracionih mera i strukturalne potrebe za nekvalifikovanim poslovima, predstavlja veliki izazov za političke i pravne stručnjake ne samo u SAD-u već i većini drugih imigracionih zemalja. Na taj način će se i migrantima omogućiti da se u svojim useljeničkim strategijama, koje će uvek biti sastavni deo imigracionih procesa, što manje izlažu kršenju zakona.

Ključne reči: međunarodne migracije, imigracioni zakoni, useljeničke strategije, migrantske mreže

Prostorna pokretljivost stanovništva predstavlja pojavu koja je oduvek postojala u skoro svim društvenim kontekstima širom sveta. Sa druge strane, razlozi koji su doveli do migracija oduvek su bili raznoliki. Bilo da migriraju, da bi izbegli nasilje i progon, bilo da se radi o želji da se promeni sredina, poboljšaju socijalni i ekonomski uslovi života ili šanse za građenje karijere, razlozi migracija se u najširem smislu mogu posmatrati kao indikatori uslova u kojima određeno društvo funkcioniše¹: nivo dostignute ekonomska razvijenost, demokratičnosti, politike prema manjinama, poverenja i očekivanja u odnosu na organe vlasti i drugo.

U razmatranju savremenih međunarodnih migracija ne sme se izostaviti sve izraženiji proces globalizacije. To nije samo ekonomski fenomen, u smislu tokova kapitala, roba i usluga, već se razvijao paralelno sa tokovima ideja, kulturnih dobara i ljudi. Međunarodne migracije se veoma dobro prilagođavaju uslovima globalizacije. Tokom vremena se obim migracija stalno povećava, a njihove društvene i kulturne karakteristike se umnožavaju. Razvitak u informacionoj tehnologiji i mogućnostima transporta povećava obim privremenih, ponovnih i cirkularnih migracija. Takođe, sve veći broj migranata se usmerava ka životu u dva ili više društava paralelno i razvija transnacionalne zajednice. Takvi trendovi su povezani i sa jačanjem neformalnih društvenih mreža kao vidom komunikacije i organizacije koji prevazilaze granice nacionalnih država². Prostorna pokretljivost radne snage omogućava

1 Brochmann, G. (1999) The Mechanisms of Control. U Brochmann G. & T. Hammar (ur.) *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulations Policies*. Oxford – New York: Berg.

2 Castels, S. (2002) Migration and Community formation under Conditions of Globalization. *International Migration Review*, 36(4)

da se stvore mostovi između država koje daju, odnosno, primaju radnu snagu, dok međunarodne migracije i njeni kanali predstavljaju jedan od tih mostova³.

Kompleksan odnos međunarodnih migracija i uloge društvenih mreža, kao strategije povezivanja koju stvaraju i razvijaju migranti među sobom, veoma je važno proučavati i iz pravne perspektive. Stoga, glavni cilj ovog rada je da se na primeru Sjedinjenih Američkih Država, kao najveće imigracione zemlje prikaže na koji način razvitak pravnih regulativa, kao proizvoda političkog odgovora jedne zemlje na potrebe za stranom radnom snagom, može da utiče na demografske, socijalne i ekonomske osobine imigracionog kontingenta, kao i na koji način određeni pravni propisi mogu da postanu činilac povezivanja određenih društvenih grupa i razvitka društvenih mreža, ne samo među migrantima, već i nemigrantskim stanovništvom i u zemlji porekla i destinacije, a u cilju dobijanja useljeničke radne vize.

Većina država definisala je kriterijume, odnosno, imigracione regulative, pravila i procedure koje regulišu ulazak u zemlju osoba koje su rođene u drugoj zemlji i/ili ne poseduju njihovo državljanstvo, koje traže zaposlenje i/ili boravak u toj zemlji. Kada donosi odluku o migriranju, pojedinac retko kada uzima u obzir zakonske propise kao glavne faktore koji utiču na tu odluku. Međutim, zakon značajno utiče na migraciona kretanja. U osnovi, zakonom se određuju prava pojedinaca na svojinu i ekonomsku aktivnost, učešće u političkom životu, fizičku sigurnost, religijski i kulturni identitet, kao i porodične odnose. Sadržina i način na koji su ova prava uobličena pomažu da se strukturise određeni dijapazon mogućnosti na koje stanovništvo može da računa u zemlji porekla. Što je širi dijapazon tih mogućnosti, manja je šansa da će se pojedinci odlučiti da migriraju i obrnuto⁴. S obzirom da emocionalne veze predstavljaju snažan činilac vezanosti pojedinca za zajednicu u kojoj je odrastao, samo duboki društveni potresi mogu da ih uzdrmaju. Čak i kada se dogode takvi potresi, privrženost već ustaljenim odnosima i načinu života, kao i strah od nepoznatog, predstavljaju značajne razloge da pojedinac ostane u zemlji porekla. Ta inercija može biti prevaziđena ukoliko postoji garancija da će u zemlji destinacije moći da sebi

3 Hily, M.A., Berthomiere, B., Spencer, D. (2006) „The Notion of „Social Networks“ in Migration“. *Migracijske i etničke teme*, 22(4)

4 Schuck, P. (2008) Law and the Study of Migration. U Brettell, C & J. Hollifield (ur.) *Migration theory – Talking across Disciplines*. p. 239-258 Routledge: New York.

priušte povoljnije uslove za život, odnosno, mogućnosti koje im zakon omogućava da postignu. Potencijalni migranti koji se nalaze u procesu donošenja odluke o migriranju i mere potencijalni dobitak od migriranja, upoređuju ovaj dijapazon mogućnosti pre nego što odluče da li će, kada, gde, kako i sa kim migrirati⁵.

Kada se govori o tome na koji način zakoni mogu da utiču na donošenje odluke o migriranju i migraciona kretanja, treba istaći značaj takozvanog „zakona u glavama migranata“ (*law in the mind*), koga je u pravnu terminologiju uveo Piter Šak⁶. Ovaj autor je osnovnoj podeli zakona Roska Paunda na teorijsko pravo i primenu zakona u praksi (*law in the books* i *law in action*), dodao novu kategoriju. On smatra da su razlike između formalno donetih zakona i zakona koji se primenjuju, bez obzira što postoje u svim pravnim i društvenim sistemima, najveće kada se govori o imigracionoj politici. Stoga zaključuje da različite grupe aktera u imigracionom sistemu uzimaju u obzir različite aspekte tog sistema ili iste aspekte imigracionog sistema posmatraju na različite načine⁷. Razlike u perspektivi percepcije imigracionog sistema mogu se dobro videti kada se uporedi migrantsko i nemigrantsko stanovništvo iste zajednice, jer ove dve grupe na različite načine gledaju na imigracione zakone i migraciona iskustva, bez obzira na njihove čvrste veze i bliske međusobne odnose⁸.

Zakonom se ne oblikuju samo namere i odluke o potencijalnom migriranju, njim se one takođe i ograničavaju. Postoje različiti motivi za uspostavljanje i donošenje zakonskih propisa pomoću kojih neka država kontroliše priliv imigranata. U modernim demokratskim državama postoji uzajamno delovanje očuvanja suvereniteta kroz kontrolu teritorije sa jedne strane preko spoljnih granica, a sa druge strane interno – kroz kontinuirane napore na očuvanju društvene i kulturne osobenosti zajednice određene nacionalne države. Imigraciona politika, kao konkretan izraz ovog međudnosa takođe je izložena uticaju različitih faktora⁹: a) *nacionalna bezbednost* – očuvanje mira i stabilnosti; b)

5 Schuck, P. (2008) Op. Cit.

6 Shuck, Peter. (1994) Rethinking Informed Consent. *Yale Law Journal* 103: 899-959

7 Schuck, P. (1994) Op. Cit.

8 Levitt, P. (1997) Transnationalizing Community Development: The Case of Migration between Boston and the Dominican Republic. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly* 26: 509-526.

9 Brochmann, G. (1999) Op. Cit.

nacionalna ekonomija – razmatranje potreba tržišta rada, opterećenosti javnog budžeta izdvajanjima za socijalna davanja i dr; c) *demografija* – razmatranje demografskih struktura stanovništva, procesa starenja, nivoa rađanja, gustine naseljenosti i drugo; d) *socijalna i kulturna kohezija* – očuvanje nacionalnog identiteta, religijske tradicije, društvene integracije i drugo.

Kombinovanjem navedenih faktora stvara se osnova za punopravno formiranje nacionalne politike prema imigrantima. Skoro sve imigracione zemlje teže da ograniče useljeničke procese. Kako bi se zaštitili od prekomernih i nelegalnih migracija, zakonom, koji definiše kategorije legalnih migranata, kao i procesima primenjivanja zakonskih odredbi, određuje se ko će u najvećoj meri činiti buduće strukture stanovništva određene države¹⁰. Iako pravni analitičari naglašavaju važnost restriktivnih imigracionih zakona, takođe se u mnogim zemljama zakon koristi za pridobijanje određenih migranata – naročito za one koji poseduju visoko obrazovanje, potrebna znanja i veštine, investicione resurse ili atraktivne političke attribute¹¹.

Treba istaći da i kriterijumi za prijem mogu postati deo strategije kojima pribegavaju potencijalni migranti, koja može voditi ka odluci da se ne migrira, ka imigraciji ili ilegalnom prelasku granice. Te strategije su povezane sa širim društvenim kontekstom, odnosno stanjem u socijalnom, ekonomskom, pravnom i političkom smislu i u zemljama porekla i destinacije¹². Jedna od strategija kojima migranti često pribegavaju u imigracionom procesu u poslednjih nekoliko decenija je i stvaranje migrantskih mreža kroz jačanje različitih oblika povezanosti ne samo među migrantima, već i nemigrantskim stanovništvom i u zemlji porekla i destinacije. Istraživanja sprovedena među različitim populacijama širom sveta pokazala su da postoje kvalitativne razlike u tipovima društvenih veza koje se formiraju među različitim društvenim i ekonomskim slojevima stanovništva. Među visokoobrazovanim stanovništvom i stručnjacima obično se formiraju migrantske mreže koje su zasnovane na tzv. „slabim“ vezama. Visokoobrazovani i stručnjaci

10 Schuck, P. (1998) *Citizens, Strangers and In-Betweenes: Essays on Immigration and Citizenship*. Boulder, CO: Westview Press.

11 Morokvašić, M. (2003) Migracije u Evropi: Zabrinutost povodom proširenja Evropske unije na Istok. *Stanovništvo*, god. XLI, br. 1-4.

12 Boyd, M. (1989) „Family and Personal Networks in International Migration: Recent Developments and New Agendas“. *International Migration Review*, 23(3)

imaju širok spektar različitih društvenih mreža koje su sačinjene od kolega, prijatelja i rođaka koje u slučaju potrebe angažuju za pomoć pri imigracionom procesu i pronalazaženju posla u novoj sredini¹³. Takođe, slabe veze između budućih migranata u zemljama porekla i njihovih sponzora u zemljama destinacije imaju veoma važnu ulogu u raznim etapama imigracionog procesa, jer unapred dobijeni posao je u mnogim razvijenim državama preduslov za dobijanje useljeničke vize. Sa druge strane, nekvalifikovana i niskokvalifikovana radna snaga se u imigracionom procesu uglavnom oslanja na tzv. "jake" ili rođačke veze, jer ove grupe potencijalnih migranata useljeničku vizu mogu da dobiju jedino ukoliko za njih garantuje neki član porodice u zemlji imigracije. Mreže zasnovane na porodičnim vezama imaju glavnu ulogu i kada se posmatraju nelegalne migracije, u kojima većinom učestvuje stanovništvo iz najnižih društvenih i ekonomskih slojeva¹⁴.

Zakon, stoga, ne predstavlja primarnu silu u kreiranju migracionih tokova. Ekonomski, socijalni, politički i porodični faktori su ti koji imaju najveći uticaj na migracije, dok zakonski okvir reguliše većinu društvenih uslova koji utiču na donošenje odluke o migriranju i na mikro i na makro nivou¹⁵. Međunarodne migracije se često upoređuju sa vozom koji stalno povećava brzinu, kao pogonsko gorivo služe mu ekonomski i socijalni faktori, dok država treba da predstavlja prekidač kojim se u skladu sa potrebama može ili promeniti putanja kretanja voza ili kojim se čak cela kompozicija može izbaciti iz šina¹⁶.

Sjedinjene Američke Države, kao najveća imigraciona zemlja, tokom druge polovine XX veka donela je nekoliko imigracionih zakona, čiji je glavni cilj, kako se navodi, da se doprinese što efikasnijem ekonomskom, društvenom i političkom napretku države, kao i da se zaštite američki građani od potencijalnih negativnih društvenih, političkih i ekonomskih posledica prekomerne imigracije¹⁷. Doneti zakoni su od dotadašnje politike „otvorenih vrata“ doveli do politike restrikcija

13 Meyer, J. (2001) Network Approach versus Brain Drain: Lessons from the Diaspora. *International Migration*, 39(5)

14 Boyd, M. (1989) Op. Cit.

15 Schuck, P. (2008) Op. Cit.

16 Hollifield, J. (2008) The Politics of International Migration. How Can We „Bring the State Back In“? In Brettell, C & J. Hollifield (eds.) *Migration theory – Talking across Disciplines*. p. 183-237. Routledge: New York.

17 U.S. Commission on Immigration Reform (1997) *Becoming an American: Immigration and Immigrant Policy* 24.

prema potencijalnim imigrantima kroz stvaranje sistema preferencijala, odnosno, davanja prednosti pojedinim grupama imigranata, koje je država odredila kao prioritetne. To su sa jedne strane bili uglavnom visokoobrazovani i stručni imigranti za čijim znanjima i veštinama je vladala poteba u datom periodu, ili članovi porodica državljana SAD-a. Tako koncipirani zakoni doprineli da se tokom vremena stvore uslovi za razvitak različitih strategija povezivanja državljana SAD-a, stanovništva koje je u međuvremenu dobilo radni boravak i budućih imigranata, koji na osnovu rođaćkih (jakih veza) ili profesionalnih (slabih) veza, u skladu sa važećim pravnim propisima mogu da dobiju useljeničku vizu. Na taj način tokom vremena pravne odluke u viznom sistemu sve bitnije utiču na raspoloživost preferentnih kategorija potencijalnih imigranata, koji, zauzvrat, mogu da utiču na dalju primenu istih propisa¹⁸. Tako se i celokupna američka imigraciona politika razvijala u skladu sa ovom dihotomnom podelom društvenih veza¹⁹.

Od 1920-ih godina doneta su tri velika, kao i nekoliko manjih pravnih akata koji su tokom poslednjih pola veka uticali na značajno povećavanje broja dodeljenih viza stručnjacima i visokoobrazovanom stanovništvu na osnovu dva osnovna tipa veza – rođaćkim i profesionalnim. 1952. godine donet je Nacionalni imigracioni zakon (poznat kao *McCarran-Walter Act*), koji je doneo nekoliko vežnih promena u imigracionoj regulativi koja se sprovodila još od 1920-ih godina, kada je uveden sistem kvota (*Quota Law*). Iako je zakon iz 1952. zadržao sistem državnih kvota, po prvi put je uveden sistem viznih preferencijala. Novim zakonom se favorizovalo pridruživanje porodica državljana SAD-a, tako što je za bračne partnere i njihovu maloletnu decu ovim zakonom predviđen neograničen broj ulaznih viza. Od svih brojčano ograničenih viza, zakonom je određeno da pedeset posto državne kvote bude dodeljeno visokoobrazovanim i stručnim radnicima za čijim kvalifikacijama postoji potreba, a domicilno stanovništvo ne može da je podmiri. Dodatnih dvadeset posto viza iz ove kategorije je predviđeno za supružnike i nevenčanu odraslu decu stranaca sa ranije dobijenom useljeničkom vizom²⁰. Ovim zakonom su takođe uvedene

18 Lobo, A.P. & J.J. Salvo (1998) Changing U.S. Immigration Law and the Occupational Selectivity of Asian Immigrants. *International Migration Review*. 32(3)

19 Bagchi, A.D (2001) Migrant Networks and the Immigrant Professional: An analysis of the role of weak ties. *Population Research and Policy Review* 20: 9-31.

20 Daniels, R. (1993) United States Policy Towards Asian Immigrants: Contemporary

nove kategorije viza za rođake državljana SAD-a, kao što su roditelji i nevenčana odrasla deca. Međutim, na njihovo dodeljivanje moglo se računati jedino u slučaju da godišnji broj dodeljenih viza bude manji od planirane godišnje kvote.

U godinama koje su sledile donošenju ovog zakona, uprkos manjim fluktuacijama²¹, primećen je određeni porast broja useljenih visokoobrazovanih i stručnih lica. Između 1953. i 1964. godine, koja je prethodila donošenju novog imigracionog zakona, učešće kategorije „profesionalni, tehnički i slični radnici“ u odnosu na ukupan broj useljenih lica povećao se sa 7,5% na skoro 10%²². Međutim, smatra se da bi ovaj porast bio značajno veći, da to nije sprečeno upravo odredbama državnih kvota ovog zakona²³. Značajno je da su ovim zakonom, iako simbolično, ipak odškrinuta vrata imigraciji iz azijskih zemalja, koja će usled kasnijih zakonskih odredbi dobijati sve više na značaju²⁴. Takođe, *McCarran-Walter Act* je uvođenjem navedenih kategorija sistema viznih preferencijala inicirao i jasno definisao na osnovu kojeg se tipa veza između potencijalnih imigranata i osoba (jemaca) koje garantuju za njih može dobiti useljenička radna viza. Kao što je već rečeno, to su ili porodični odnosi ili pronalaženje poslodavca koji će biti spreman da pred zakonom bude garant za dobijanje radne vize, tako da su se i kasnije strategije povezivanja migranata razvijale u tom pravcu.

Imigracioni zakon, odnosno (*Immigration and Nationality Act*), doživeo je značajne izmene uvođenjem novih amandmana 1965. godine (*Hart-Cellar Act*). Sistem državnih kvota zamenjen je određivanjem gornje granice planiranog broja viza posebno za istočnu (Evropa), odnosno, zapadnu zemljinu hemisferu (Azija). Zakonom je predviđeno da se godišnje dodeli 170 hiljada viza licima iz zemalja sa istočne hemisfere (sa limitom od 20 hiljada za svaku državu) na osnovu revidiranog sistema preferencijala, kao i 120 hiljada viza za lica iz

Developments in Historical Perspective. *International Journal*. Spring, 48:310-334.

21 U imigracionoj statistici SAD-a događa se da broj useljenih lica koji nisu prijavili zanimanje bude znatan. Lica koja se useljavaju kao primarni nosioci vize na osnovu radnih preferencijala češće prijavljuju zanimanje nego članovi njihovih porodica ili oni koji se useljavaju na osnovu porodičnih preferencijala.

22 US Department of Justice. Immigration and Naturalization Service (1953-1977). Annual Report of the Immigration and Naturalization Service. Washington, DC.

23 Keely, C.B. (1971) Effects of the Immigration Act of 1965. On Selected Population Characteristics of Immigrants to the United States. *Demography*. May 8(2).

24 Lobo, A.P. & J.J. Salvo (1998) Op. Cit.

zemalja sa zapadne hemisfere, po principu ko se prvi prijavi. Zakonskim izmenama iz 1976. godine, zemlje zapadne hemisfere su stavljene pod isti sistem preferencijala kao i istočne. 1978. godine napravljen je limit za sve zemlje zajedno, i iznosio je 290 hiljada, odnosno, 1980. godine umanjen je na 270 hiljada viza godišnje.

Promene u sistemu preferencijala u odnosu na verziju Zakona iz 1952. godine dovele su do otežavanja imigracije na osnovu zaposlenja. Novi sistem je radne, odnosno, profesionalne odrednice razdvojio na dve kategorije, ostavljajući samo 20% (34 hiljade) svih bročano limitiranih viza za visokoobrazovani i stručni kadar. Pored toga, njihov prioritet je spušten sa prvog na treće odnosno šesto mesto u okviru sistema preferencijala. Dodatnu prepreku za ovu vrstu imigracije stvorila je i zakonska odredba kojom se Ministarstvo za rad obavezuje da imigracionim vlastima izda uverenje da nijedan radnik-imigrant neće zauzeti radno mesto nekom američkom radniku, niti će negativno uticati na zarade ili uslove rada već zaposlenih radnika iz SAD-a na istim radnim mestima. Kasnijim izmenama iz 1976. godine (*Eilberg Act*) uvedeno je pravilo da podnosioci zahteva za useljeničku vizu na osnovu trećeg preferencijala („stručnjaci/naučnici/umetnici izuzetnih znanja i veština“) moraju da imaju ponudu za zaposlenje pre nego što se usele u zemlju. Na taj način, teret obezbeđivanja dokaza da na tržištu radne snage nema kadrova koji bi mogli da obavljaju tražene poslove pao je na potencijalne poslodavce, što je dodatno otežalo mogućnost dobijanja stalnog radnog boravka na osnovu zaposlenja²⁵. Međutim, i pored ovih ograničenja, dalje useljavanje stručnjaka je nastavljeno u sve većem obimu. Između 1965. i 1970. godine broj visokoobrazovanih imigranata i stručnjaka je povećan sa 28,8 hiljada na 46,1 hiljadu lica²⁶. Iako to nije bio željeni efekat²⁷, zakonske izmene iz 1965. dovele su do porasta u broju imigranata iz azijskih država koje su ranije ili bile isključene ili je imigracija njihovih državljana bila strogo kontrolisana. Ukidanjem kvota baziranih na etničkom poreklu, kao i podsticanjem ponovnog spajanja

25 Yochum, G. & V. Agarwal (1988) Permanent Labor Certifications for Aliens Professionals, 1975-1982. *International Migration Review*, 22(2)

26 US Department of Justice. Immigration and Naturalization Service (1953-1977). Op. Cit.

27 Reimers, D. (1983) An Unintended Reform: The 1965. Immigration Act and Their World Immigration to the United States. *Journal of American Ethnic History*. Fall.

porodica, imigracioni tokovi iz Azije su se kontinuirano uvećavali²⁸, dok je visokoobrazovani i stručni kadar u okviru njih zauzimao značajno mesto²⁹.

Amandmani izglasani 1965. godine doveli su do daljeg favorizovanja imigracije i trajnog useljavanja direktnih rođaka državljana SAD-a. Međutim, ove promene su doprinele da dođe do vidnog povećanja ovog trenda. Zakonom iz 1952. godine je određeno da vize za roditelje i nevenčanu decu američkih državljana ne mogu da pređu 30% predviđene kvote za svaku zemlju, dok je amandmanima iz 1965. ovo preinačeno, čime je omogućeno dobijanje neograničenog broja viza za ove grupe useljenika. Takođe, izmene su se odnosile i na uvođenje nekoliko novih kategorija srodstva u vizni preferencijalni sistem, kao što su braća i sestre, i venčana deca državljana SAD-a.

Hart-Cellar aktom uvedene su odrednice kojim je prvi put data mogućnost za useljavanje izbeglica i nekih posebnih grupa imigranata, kao što su sveštenici. Međutim, predviđen broj ulazaka za ove kategorije bio je veoma mali (za izbeglice 6% od ukupnog broja limitiranih viza). Iako su u to vreme porodične i profesionalne migrantske mreže predstavljale najvažnije strategije za sticanje useljeničkih viza, ove promene su dovele do začetaka nove vrste migrantskih mreža, koje će vremenom dobijati sve više na značaju³⁰, jer će izbeglice održavati i jačati veze, kako između sebe, tako i sa rođacima i prijateljima u zemljama iz kojih potiču.

Kao odgovor na značajan porast imigracije stanovništva iz zemalja tzv. „trećeg sveta“, doneseno je nekoliko zakona kojima bi se ti imigracioni trendovi smanjili. S obzirom da je konkurencija na tržištu rada između imigrantskog i domicilnog stanovništva, naročito kada su u pitanju poslovi koji traže stručna znanja i veštine, postajala sve oštrija, Kongres je izglasao nekoliko pravnih akata čiji je cilj bio da se zaštite određena zanimanja. Zakon iz 1976. godine je trebalo da zaštiti američke medicinske radnike od rastuće konkurencije tako što je ograničeno useljavanje imigranata koji su stekli medicinske diplome

28 Friedman, S. (1973) The Effect of the US Immigration Act of 1965. on the Flow of Skilled Immigrants from Less Developed Countries. *World Development*. Vol. 1.

29 Keely, C.B. (1975) Effects of U.S. Immigration Law on Manpower Characteristics of Immigrants. *Demography*, 12:2.

30 Jelena Predojević-Despić (2008) Migracije stanovništva iz jugoistočne Evrope u Sjedinjene Američke Države na razmeđu dva veka i mesto Srbije u njima. *Regionalni razvoj i demografski tokovi zemalja jugoistočne Evrope*. Niš:Ekonomski fakultet.

u drugim zemaljama (*Health Professions Educational Assistance Act*). Zakonom su sve zdravstvene delatnosti (osim dijetetičara) skinute sa liste prioritetnih zanimanja, koje je propisivalo Ministarstvo rada. Takođe, pored pooštrene procedure za nostrifikaciju medicinske diplome, strani lekari su morali da pruže dokaze o jezičkoj kompetentnosti, što je značajno otežalo useljavanje lekara i drugih medicinskih radnika sa ne-engleskog govornog područja i iz nerazvijenih zemalja³¹.

1986. godine izglasani su amandmani čiji je cilj bio da se spreči sklapanje fiktivnih imigrantskih brakova u cilju dobijanja useljeničkih viza (*Immigration Marriage Fraud Amendments*). Amandmanima je predviđeno da se tek posle dve godine braka može podneti zahtev za useljeničku vizu. Tokom tog perioda potencijalni imigrant dobija status potencijalnog useljenika, a po isteku dve godine, ukoliko, kako se navodi – pruži valjane dokaze o postojanju bračne zajednice ili iskrenim naporima da se ona sačuva, imao je pravo da podnese molbu za promenu statusa. U kasnijem periodu se pokazalo da su ove mere dovele do smanjivanja korišćenja braka kao strategije za rešavanje imigrantskog statusa u SAD-u. Značajno je smanjeno oslanjanje useljenika na ovu značajnu formu rođaćkih veza kao mogućnosti za imigraciju, što je uticalo na širenje drugih vrsta mreža, naročito onih koje su omogućavale useljenje na osnovu zaposlenja³².

1990. godine donet je zakon (*1990 Immigration Act*) koji je u najvećoj meri uticao na favorizovanje migracija na osnovu zaposlenja³³, što se uglavnom odnosilo na visokoobrazovane i stručne kadrove. Pored predviđenih 65 hiljada viza za useljenike iz programa raznolikosti³⁴ (*diversity program*) i azilante, zakonom su i formalno razdvojene useljeničke kategorije – na osnovu porodičnog jemstva, odnosno, zaposlenja. Broj predviđenih useljeničkih viza je povećan na 700 hiljada

31 Yochum, G. & V. Agarwal (1988) Op. Cit.

32 US Department of Justice. Immigration and Naturalization Service (1972-1992). *Immigrants Admitted to the United States*. Washington, DC.

33 Papademetriou, G.D. (1993) Critical Issues in the U.S. Legal Immigration Reform Debate. Light, & Bachu, P., Karageorgis, S. (eds.) *Immigration and Entrepreneurship*. New Brunswick: Transaction Publications.

34 Imigranti iz tzv. „diversity“ programa pripadaju licima iz zemalja sa niskim nivoima legalne imigracije u SAD. Godišnji limit je oko 50 hiljada (2006. je iznosio 44,5 hiljada), a određuju se na osnovu godišnjeg prijema u prethodnih pet godina i ukupnog broja stanovnika određenog regiona, i ne može preći 3850 lica godišnje za jednu državu.

godišnje, dok je u kasnijem periodu smanjen na 675 hiljada. Najveću izmenu predstavlja uvođenje tri nove stručne kategorije u okviru sistema preferencijala: osobe sa izuzetnim sposobnostima, pojedinci koji žele da investiraju u biznis u cilju obezbeđivanja novih radnih mesta (tzv. preduzetnici), kao i drugi „naročiti“ imigranti. Ukupan broj predivđenih viza na godišnjem nivou za useljenike čije su kvalifikacije važne za privredu SAD-a porasle su sa 34 hiljade na 146 hiljada, s tim što su u taj broj uključeni bračni partneri i deca nosilaca useljeničke vize³⁵.

Statistički podaci potvrđuju da su navedene promene imale ključni značaj za značajan porast broja imigranata u SAD-u na osnovu potencijalnog zaposlenja: 1991. godine 59,5 hiljada, 1996. 117,5 hiljada, 2001. 178,8 hiljada, a 2006. 159,1 hiljadu lica³⁶. Takođe, treba naglasiti da su većinu tog broja činili visokoobrazovani useljenici i članovi njihovih porodica – deca i supružnici. Bračni partneri, odnosno partnerke (jer su nosioci lista uglavnom muškarci), u momentu useljenja takođe su posedovali fakultetsku diplomu, što je dodatno uticalo na obrazovnu strukturu ove useljeničke kategorije.

Kada se posmatraju podaci o obrazovnoj strukturi stanovništva koje nije rođeno u SAD-u, vidi se da se tokom poslednjih nekoliko decenija broj lica sa završenim fakultetom ili višim stepenom obrazovanja konstantno uvećavao³⁷, kao i njihov udeo u okviru ukupne populacije rođene van SAD-a. Dok je do 1970. godine njihov broj iznosio 1,0 milion (23,3%), tokom 1980-ih se uvećao na 1,7 (23,8%), 1990-ih na 2,3 miliona (27,6%), da bi samo u periodu između 2000. do 2003. godine on iznosio 1,1 milion, što je čak 36,3% ukupne populacije koja se u tom periodu uselila u SAD. Podaci o ukupnom broju stanovništva SAD-a rođenih van njenih granica prema regionalnom poreklu pokazuju da je odnos visokoobrazovanih u odnosu na ukupan broj još značajniji. 2002.³⁸ godine ukupan broj rođenih van SAD-a iznosio je 25,8 miliona, od čega je sa fakultetom ili višim stepenom obrazovanja bilo 6,8 miliona

35 Bagchi, A.D (2001) Op. Cit.

36 US Department of Homeland Security (2007) *2006 Yearbook of Immigration Statistics*.

37 U.S. Census Bureau (2005) *American Community Survey, 2003*. Immigration Statistics Staff, Population Division. (Podaci u tekstu odnose se na stanovništvo staro 25 i više godina. Iako podaci ne pokazuju da li je obrazovanje stečeno u SAD-u ili drugim zemljama, smatra se da je većina fakultetski obrazovanih lica stekla svoje zvanje u inostranstvu).

38 U.S. Census Bureau (2003), *Current Population Survey, March 2002*. Ethnic and Hispanic Statistics Branch, Population Division.

ili 26,5%, odnosno čak 5,4 miliona ili 42,0% - ne računajući imigrantski kontingent iz Latinske Amerike, koga uglavnom čini nekvalifikovana radna snaga. Najveći broj najobrazovanijih grupa stanovništva potiče iz Evrope – ukupno 4,0 miliona, odnosno, 1,4 miliona (34,7%) sa najvišim stepenom obrazovanja, i Azije 6,9 miliona, tj. 3,5 miliona, što čini skoro polovinu (48,9%) svih useljenika sa tog kontinenta.

* * *

Zakonske regulative pomažu da se izgradi i jasno strukturiše kompleksan niz faktora koje pojedinci ili društvene grupe mogu da uzmu u obzir u procesu donošenja odluke o migriranju. Zakonom se određuje formalni status koji migrant može da stekne, ali on takođe doprinosi boljem razumevanju normativnih i kulturoloških okolnosti u okviru kojih migrant može da traži svoj put ka uspehu u zemlji imigracije. Zakon stvara političke institucije i daje im legitimitet, kao i uređuje i reguliše zakonske procedure na osnovu kojih se sprovode imigracioni procesi i dodeljuju formalni statusi kroz koje migranti u tom procesu prolaze. Zakon takođe mora udruženo da deluje sa drugim društvenim mehanizmima kako bi se izgradili što bolji uslovi, kako za prijem, tako i zadržavanje imigranata, odnosno njihovu integraciju u novu sredinu i društvo³⁹.

Jedan od najvažnijih postignuća imigracione politike Sjedinjenih Američkih Država je da se vremenom, kroz niz zakonskih izmena i dopuna, usavršava optimalni pravni okvir, koji omogućava useljavanje ili privremeni boravak za rad i školovanje onim strukturama stanovništva za koje se smatra da će na najbolji način doprinostiti društvenom, ekonomskom i kulturnom napretku zemlje. Međutim, jedan od najvećih nedostataka američke imigracione politike su vezane za probleme ilegalnih migracija. Rešavanje paradoksa između restriktivnih imigracionih mera i strukturalne potrebe za nekvalifikovanim poslovima, odnosno, stvaranje pravnog okvira koji će „potrebne, ali nedobrodošle migrante“ preobraziti u dobrodošle, i na taj način njihov status usaglasiti sa trenutnim potrebama za radnom snagom, predstavlja veliki izazov za političke i pravne stručnjake ne samo u SAD-u već i većini drugih imigracionih zemalja. Na taj način će se i migrantima omogućiti da se u svojim migracionim strategijama, koje će uvek biti sastavni deo migracionih procesa, što manje izlažu kršenju zakona.

39 Schuck, P. (2000) *The Limits of Law: Essays on Democratic Governance*. Boulder, CO: Westview Press.

Jelena Predojević-Despić, MA
Center for Demographic Research
Institute of Social Science,
Belgrade

IMMIGRATION LAWS AND DEVELOPMENT OF IMMIGRATION STRATEGIES – THE UNITED STATES OF AMERICA THE CASE STUDY

Complex relationship between international migrations and the role of social networks, as strategies of connecting developed by the migrants themselves, is very important to study from the legal point of view. The law is not a primary force in the creation of migration courses. The economic, social, political and family factors are those which have the biggest impact on migrations, whereas the legal framework regulates most of social courses which influence the passing of decisions on migration, both on the micro and macro level, and establishes possible ways of conduction of the immigration process itself.

On the example of the United States of America, as the largest immigration country, in the paper was shown in which way the development of legal regulations, as the product of the political reply of a country to the needs for foreign labour, can influence the demographic, social and economic characteristics of the immigration quota, and how certain legal regulations can become a major factor of strategies of connection of certain social groups and development of social networks, not only among migrants, but also among the non-migrant population, both in the country of origin and in the country of destination, with a view to issue of an immigration work visa.

One of the most important achievements of the US immigration policy is that, in time, through a series of law amendments passed in the last half a century, the legal framework has been constantly improved, which makes possible immigration or temporary stay for work and schooling to those population structures which are deemed to contribute to the social, economic and cultural progress of the country in the best

way. In the last few decades, the quota of educated and skilled population from abroad has increased significantly. However, one of the most significant shortcomings of the American immigration policy is connected to the problems of illegal migrations. The solving of the paradox between restrictive immigration measures and the structural need for unskilled jobs is a considerable challenge for political and law experts not only in the United States, but in most other immigration countries. In this way the migrants will also be enabled to expose themselves as little as possible to law violation in their immigration strategies which will always be part of migration processes.

Keywords: *international migration, immigration law, immigration strategies, migrant networks*

Mr Dejan Šuput,
istraživač-saradnik
Institut za uporedno pravo

UDK: 343.3:796(4)
Originalni naučni rad

PRAVNI OKVIR KOJI UREĐUJE BORBU PROTIV NASILJA NA SPORTSKIM PRIREDBAMA U EVROPSKIM DRŽAVAMA

U ovom članku prikazani su modaliteti zakonskog propisivanja preventivnih i represivnih mera namenjenih borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u evropskim državama. U većoj meri, autor je izvršio analizu sadržine propisa koji uređuju borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u Engleskoj, Poljskoj, Češkoj, Italiji, Bugarskoj, Švajcarskoj, Švedskoj i Hrvatskoj.

Izbor država čiji će propisi biti prikazani izvršen je upotrebom više kriterijuma. Tako je Engleska odabrana kao država koja je u Evropi bila najpoznatija po surovosti fudbalskih huligana, dok je Italija odabrana usled činjenice da je srpski zakonodavac u proteklom godinama mnogobrojna zakonska rešenja iz oblasti krivičnog prava preuzeo iz propisa te države. Sa druge strane, prikazani su sadržina i rezultati primene hrvatskog Zakona o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima, zbog toga što uporednopravna analiza propisa Republike Srbije i Republike Hrvatske ima posebnu važnost usled činjenice da su te dve države u XX veku delile zajedničku pravnu tradiciju i praksu, pogotovo kada je reč o zakonskom uređivanju materije sporta i borbe protiv negativnih pojava povezanih sa sportom. Takođe, uzeto je u obzir da osim pravnog nasleđa iz doba SFRJ, te dve države imaju nespornih sličnosti, ne samo usled geografske bliskosti i zajedništva govornog područja koje obuhvataju, već i po nekadašnjem ustrojstvu sportskog sistema i problemima koji i dalje opterećuju njihove sportske sisteme.

Zakoni Poljske, Češke i Bugarske odabrani su kao pogodni za analizu zbog toga što je reč o propisima država koje kao i Srbija pripadaju tzv. bivšem istočnom bloku i što su te države, ili prošle kroz

proces tranzivije, ili se još uvek nalaze u njemu. Zakonodavna rešenja Švajcarske i Švedske pomenuta su u najkraćim crtama kao primer država u kojima nije bilo većih problema sa nasiljem i nedoličnim ponašanjem na sportskim priredbama.

Osim toga, posebna pažnja u tekstu je posvećena prikazu i analizi sadržine Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama koju je 1985. godine doneo Savet Evrope.

Ključne reči: sport, nasilje, huligani, država, krivična dela.

I Uvod

Problem nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama prisutan je u svim evropskim državama, a svaka od tih država trudi se da propiše primenu što delotvornijih preventivnih i represivnih mera kako bi se nasilje povezano sa sportom i sportskim priredbama iskorenilo, ili makar svelo na podnošljivu meru.

Iako Republika Srbija već sedam godina poseduje *Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama (ZSNNP)*¹ koji predstavlja dobar primer propisa koji u potpunosti poštuje postojeće međunarodne pravne standarde u svojoj oblasti i pruža mogućnost za adekvatno postupanje državnih organa nadležnih za borbu protiv nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama, njegovo postojanje u proteklim godinama nije prouzrokovalo smanjenje broja huliganskih ispada na stadionima i drugim sportskim objektima širom Srbije. Od 2003. godine kada je ZSNNP izglasan u Narodnoj skupštini Republike Srbije, u primeni tog zakona prikazana je velika nedoslednost i nesistematičnost, što se najbolje vidi po lošim rezultatima primene preventivnih i represivnih mera za suzbijanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama koje je propisao ZSNNP.

O ozbiljnosti problema nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u Srbiji i lošim rezultatima koji su na planu borbe protiv takve negativne društvene pojave ostvareni primenom kazneno

¹ „Sl. glasnik RS”, br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009 – dr. zakon i 111/2009.

pravnog mehanizma propisanog *Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama*, kao i primenom drugih propisa koji predviđaju odgovarajuća krivična dela i prekršaje, govori, ne samo brojnost izvršenih delikata, već i težina posledica njihovog izvršenja. Od 2003. godine, pa do kraja 2008. godine, u međusobnim sukobima navijača poginulo je sedam osoba.² Međutim, srpska javnost, a jednim delom i nadležni državni organi, imali su ambivalentan odnos prema takvim aktima nasilja, sve dok u septembru 2009. godine nije došlo do slučaja „Taton”.³ Čini se da je smrt stranog državljanina mnogo više nego datadašnje smrti građana Srbije podstakla policiju i tužilaštvo da krenu u odlučnu primenu propisa o borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i istovremeno pokušaju da strogo sankcionišu izgređnike. Paralelno sa time, Ministarstvo pravde Vlade Republike Srbije saopštilo je da će pokrenuti inicijativu za izmenu i dopunu propisa koji uređuju borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Već 30. decembra 2009. godine doneti su: *Zakon o izmenama i dopunama zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama*⁴, *Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*⁵ i *Zakon o izmenama i dopunama*

2 Tokom 2005. godine, usled navijačkih sukoba, četiri osobe izgubile su život i to: učenik Marko Radovanović ispred srednje škole u Obrenovcu (14.01.2005.god.); Bojan Majić u vozu u Beogradu (04.08.2005.god.); Radovan Milošević na ulici u Obrenovcu (19.10.2005. god.); Golub Balević u autobusu na Novom Beogradu (29.10.2005. god.). U 2006. godini dve osobe izgubile su život u sukobu navijačkih grupa. Prvo je 26.04.2006. godine u beogradskom naselju Bežanijska kosa u tuči navijačkih grupa (sa jedne strane bili su navijači fudbalskih klubova „Crvena zvezda” i „Rad”, a sa druge strane navijači fudbalskih klubova „Partizan” i „Zemun”) nožem ubijen Petar Sedlak, a zatim je 27.07.2006. godine u unapred zakazanoj tuči navijača „Crvene zvezde” i „Partizana” na fudbalskom terenu fudbalskog kluba „Žarkovo” nožem ubijen Pantić Aleksandar. Tokom 2007. godine nije bilo poginulih lica u sukobima navijačkih grupa, ali ja zato sredinom 2008. godine u zakazanoj tuči navijača fudbalskih klubova „Vojvodina” i „Partizan” koja se dogodila u Futogu, pucnjima iz vatrenog oružja ubijen jedan navijač.

3 Francuskog državljanina Birska Tatona huligani su pretukli 17. septembra 2009. godine na Obilićevom vencu u centru Beograda, uoči fudbalske utakmice beogradskog „Partizana” i francuskog „Tuluza”. Policija je dva dana kasnije uhapsila 11 osoba osumnjičenih za napad na francuskog državljanina. Od posledica batiranja, Taton je preminuo 29. septembra.

4 „Sl. glasnik RS”, br. 111/2009.

5 „Sl. glasnik RS”, br. 111/2009.

*zakona o prekršajima*⁶. Izvršenim izmenama i dopunama sva tri zakona pooštrene su zatvorske kazne i povećane su novčane kazne koje se mogu izreći izvršiocima krivičnih dela i prekršaja koji predstavljaju nasilničko i nedolično ponašanje na sportskoj priredbi. Odmah po donošenju navedenih zakona i pooštavanju sankcija, postavilo se pitanje da li je bilo neophodno unositi izmene u sva tri zakonska teksta, ili je umesto toga trebalo preduzeti mere da se ti zakoni sistematično i efikasno primene u budućnosti, a kako bi se značajnije uticalo na smanjenje nasilja na sportskim priredbama u Srbiji. Davanju valjanog odgovora na to pitanje trebalo bi da doprinese i uporednopravna analiza propisa koji u evropskim državama uređuju borbu protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama.

II Međunarodni nivo regulisanja

Jedini izvor međunarodnog javnog prava koji na sistematičan i sveobuhvatan način uređuje oblast borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama pripremljen je i usvojen u okviru Saveta Evrope - međunarodne organizacije koja je formulisala najveći broj međunarodnih pravnih akata koji se mogu smatrati izvorima kaznenog prava u oblasti sporta. Prva među konvencijama Saveta Evrope koja je doneta u oblasti kaznenog prava, a da se odnosi na sport, bila je *Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*. Ta konvencija usvojena je 19. avgusta 1985. godine u Strazburu i predstavljala je reakciju evropskih država na tragediju koja se dogodila na belgijskom stadionu Heysel 29. maja 1985. godine kada je poginulo 39 osoba u neredima koji su prethodili početku utakmice između fudbalskog kluba Liverpool iz Engleske i fudbalskog kluba Juventus iz Italije.⁷

Republika Srbija ratifikovala je *Evropsku konvenciju o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama* donošenjem *Zakona o ratifikaciji evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*⁸. Osim Republike

6 „Sl. glasnik RS”, br. 111/2009.

7 S.Franklin, Heisel Stadium disaster - Liverpool fans on route to the Heisel Stadium, nalazi se na veb-stranici: <http://www.highbeam.com/doc/1P1-127151697.html>.

8 „Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 9/90.

Srbije, još četrdeset država ratifikovalo je tu konvenciju, a samo sledeće četiri države članice Saveta Evrope do sada je nisu ratifikovale: Andora, Malta, Moldavija i San Marino.

Član 1. *Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama* odredio je svrhu konvencije na taj način što objašnjava da je ona doneta: „Radi sprečavanja i suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca na fudbalskim utakmicama”. U istom članu navedeno je i da se države koje su strane ugovornice Konvencije obavezuju da u okviru svojih ustavnih ovlašćenja, preduzmu potrebne mere za sprovođenje Konvencije. Među mnogobrojnim merama propisanim članom 3. Konvencije, a namenjenim sprečavanju i suzbijanju nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca, stavom 1. tačkom c) države potpisnice preuzele su obavezu da: „primene, ili ako je to potrebno, usvoje zakone kojima se predviđa da oni za koje se utvrdi da su krivi za protivpravna ponašanja u vezi sa nasiljem ili nedoličnim ponašanjem gledalaca, budu adekvatno kažnjeni, ili zavisno od konkretnog slučaja, dođu pod udar odgovarajućih administrativnih mera”. Takvom odredbom Konvencije nametnuta je obaveza donošenja odgovarajućih zakona koji treba da propišu krivična dela i prekršaje koji se mogu izvršiti preduzimanjem akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i iz tog razloga se *Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama* smatra međunarodnim izvorom kaznenog prava u oblasti sporta. Zapravo, ta konvencija Saveta Evrope predstavlja izvor, kako krivičnog, tako i prekršajnog prava u oblasti sporta pošto nameće obavezu državama članicama da propišu odgovarajuća krivična dela i prekršaje iz te oblasti i time stvore mehanizam kazneno pravne zaštite sporta i sportskih priredbi. Dodatni argument da ta konvencija Saveta Evrope predstavlja međunarodni izvor krivičnog prava u oblasti sporta jeste i sadržina člana 5. Konvencije koja uređuje identifikaciju izgređnika i postupanje s izgređnicima. Stav 1. tog člana Konvencije glasi. „Strane ugovornice, poštujući postojeće zakonske postupke i princip nezavisnosti sudstva, nastojeće da se gledaoci koji učine neko delo nasilja ili nedoličnog ponašanja, ili neko drugo krivično delo identifikuju i krivično gone u skladu sa zakonom “. Osim toga, Konvencija sadrži i pojedine odredbe krivičnoprocesne prirode, a kao primer može da posluži sadržina člana 5. stava 2. Konvencije u kome

stoji da: „*Tamo gde je to moguće, posebno kada je reč o gledaocima u gostima, a u skladu sa međunarodnim sporazumima koji su na snazi, strane ugovornice će razmotriti: premeštanje postupaka protiv lica uhapšenih u vezi sa nasiljem ili drugim krivičnim delima na sportskim manifestacijama u zemlju prebivališta; zahteve za izručenje lica za koja se sumnja da su učinila krivična dela nasilja ili druga krivična dela na sportskim manifestacijama; ustupanje lica osuđenih za dela nasilja ili druga krivična dela na sportskim manifestacijama radi izdržavanja kazne u određenoj zemlji*”.

Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama jeste međunarodni ugovor koji po tipu predstavlja ugovor-zakon i značajno se razlikuje od ugovora-pogodbe kojim države razmenjuju prestacije. Tom konvencijom države su postigle dogovor o uspostavljanju objektivnog režima sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, koji između ostalog obuhvata i primenu represivnih mera (sankcija) koncipiranih i propisanih odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Iako Konvencija ne sadrži taksativno navođenje naziva krivičnih dela i prekršaja koji se moraju propisati nacionalnim zakonodavstvom, kao ni elemente bića tih krivičnih dela i prekršaja, ona nedvosmisleno nameće obavezu njihovog propisivanja i uspostavljanja funkcionalnog mehanizma kazneno pravne zaštite. Konvencija iz tog razloga i predstavlja međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta, a ne, kao što bi to neko mogao da pomisli, izvor međunarodnog krivičnog prava. Da je kojim slučajem Konvencija propisala konkretna krivična dela iz te oblasti i sankcije za njihove izvršioce kao međunarodna krivična dela⁹

⁹ U nauci krivičnog prava prisutna je podela međunarodnih krivičnih dela na međunarodna krivična dela shvaćena u užem smislu (prava ili čista) i međunarodna krivična dela u širem smislu. Takva podela po prvi put je prihvaćena na XIV Kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo koji je održan 1989. godine u Beču. Međunarodna krivična dela u užem smislu jesu ona dela prilikom čijeg izvršenja se krše ratni zakoni i običaji rata (krše se norme međunarodnog ratnog i humanitarnog prava). Međunarodna krivična dela u širem smislu jesu ona krivična dela kojima se krše ostale norme međunarodnog prava, a za koje je međunarodna zajednica predvidela da će biti inkriminisana i sankcionisana normama nacionalnog krivičnog zakonodavstva. U stvari, u slučaju međunarodnih krivičnih dela shvaćenih u širem smislu, radi se o krivičnim delima čiji osnov propisivanja se nalazi u međunarodnim zabranama, ali je kažnjavanje i krivični progon njihovih izvršilaca ostavljen na volju nacionalnom zakonodavcu. Kao primer međunarodnih krivičnih dela shvaćenih u širem smislu navode se krivična dela koja se izvršavaju u vezi sa opojnim drogama, nuklearnim materijama, bezbednošću

kojima se narušavaju društvene vrednosti koje su od značaja za celokupno čovečanstvo, moglo bi se govoriti o njoj kao o izvoru međunarodnog krivičnog prava.

Na osnovu obaveza preuzetih ratifikacijom *Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*, a imajući u vidu obaveze predviđene članom 3. stavom 1. tačkom c Konvencije, Republika Srbija donela je *Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama* koji je u prvobitnoj verziji propisao jedno krivično delo i osamnaest prekršaja iz te oblasti.¹⁰ Time je Srbija ispunila međunaordnu pravnu obavezu preuzetu potpisivanjem Konvencije.

II Nacionalna zakonodavstva

U velikom broju evropskih država akti nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama propisani kao krivična dela i prekršaji posebnim zakonom koji uređuje tu oblast. Za potrebe ovog rada analizirani su propisi: Engleske, Poljske, Češke, Italije, Bugarske,

vazdušnog saobraćaja, u vezi sa prostitucijom, pornografijom, trgovinom ljudima, trgovinom oružjem i zaštitom životne sredine, ali ne i krivična dela izvršena u vezi sa sportom, iako po zakonodavnoj tehnici i proceduri njihovog propisivanja, nastaju na sličan način kao prethodno nabrojana krivična dela.

O pojmu međunarodnog krivičnog dela videti više u: D. Jovašević, Prilog određivanju pojma i elemenata međunarodnog krivičnog dela, u: Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Primena međunarodnih krivičnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima”, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, 2004, str. 219-243.

¹⁰ Trećom glavom Zakona propisane su kaznene odredbe koje su do septembra 2009. godine sadržale jedno krivično delo i veći broj prekršaja pravnih i fizičkih lica. Od 11. septembra 2009. godine kada je stupio na snagu Zakon o izmenama i dopunama krivičnog zakonika prestao je da važi član 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama kojim je bilo propisano krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi. Tada je krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi premešteno u član 344a. Krivičnog zakonika. Ubrzo posle toga, 29. decembra 2009. godine, donet je još jedan Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika. Njegovim odredbama izmenjen naziv krivičnog dela propisanog članom 344a, iz imena „nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi” u „nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu”. Osim toga, izmenjena je sadržina člana 344a. stava 1. i dodat je stav 6. kojim je propisano da se učiniocu krivičnog dela iz stavova 1. do 4. tog člana, ako je delo izvršeno na sportskoj priredbi, obavezno izriče mera bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama.

Švajcarske, Švedske i Hrvatske.

Engleska je bila prva država koja je još 1989. godine donela poseban *Zakon o fudbalskim navijačima*¹¹. Tim zakonom propisan je veći broj krivičnih dela i prekršaja koji se mogu učiniti od strane fudbalskih navijača ili organizatora fudbalskih utakmica. Za taj zakon karakteristično je da propisuje određeni broj nedozvoljenih ponašanja i sankcije za izvršioce delikata, a istovremeno upućuje i na primenu odgovarajućih normi *Zakona o javnom redu*¹² iz 1986. godine koji je propisao sankcije za izvršioce krivičnog dela izazivanja rasne mržnje¹³. Posebnost zakonodavne tehnike koju je upotrebio engleski zakonodavac ogleda se u tome što je odredbama *Zakona o fudbalskim navijačima* propisano da će se u svrhu suzbijanja i kažnjavanja akata nasilja na fudbalskim utakmicama, nedozvoljenim ponašanjem na fudbalskim stadionima (u stvari nasiljem izvršenim na fudbalskom stadionu) za vreme održavanja fudbalskih utakmica, smatrati i bilo koji oblik izazivanja rasne mržnje koji je *Zakonom o javnom redu* propisan kao krivično delo. Time je jedno krivično delo koje se može izvršiti na bilo kom javnom skupu ili putem sredstava javnog informisanja, direktno povezano sa sportskim događajem – fudbalskom utakmicom i kvalifikovano kao akt nasilničkog ponašanja na fudbalskoj utakmici. *Zakon o fudbalskim navijačima* na isti način upućuje i na primenu odredbi *Zakona o javnom redu* kojim je propisano krivično delo napadanja i uznemiravanja druge osobe, koje je odredbama *Zakona o fudbalskim navijačima* određeno kao oblik nasilničkog ponašanja na fudbalskoj utakmici. Celokupan pravni okvir koji u Engleskoj uređuje borbu protiv nasilja u sportu usavršavan je i dopunjavan više decenija, a zajedno sa njim usavršavan je i razvijan mehanizam kaznenopravne zaštite sporta i aktivnosti povezanih sa sportom. Tako je 1991. godine donet *Zakon o deliktima na fudbalskim utakmicama*¹⁴ koji je 1999. godine izmenjen i dopunjen *Zakonom o*

11 Football Spectators Act, nalazi se na veb-stranici: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1989/pdf/ukpga_19890037_en.pdf.

12 Public Order Act, nalazi se na veb-stranici: <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=2236942>.

13 Krivično delo izazivanja rasne mržnje (naziv na engleskom jeziku: „Acts intended or likely to stir up racial hatred”) slično je krivičnom delu koje je Krivični zakonik Republike Srbije članom 317. propisao kao krivično delo izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti.

14 Football Offences Act 1991, nalazi se na veb-stranici:

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1991/ukpga_19910019_en_1.htm.

*deliktima i neredima na fudbalskim utakmicama*¹⁵. Zatim je 2000 godine, radi daljeg poboljšanja pravnih mehanizama koji treba da posluže suzbijanju nasilja i drugog protivpravnog ponašanja na fudbalskim stadionima donet *Zakon o neredima na fudbalskim utakmicama*¹⁶ koji je već 2002. godine izmenjen i dopunjen *Zakonom o izmenama i dopunama zakona o neredima na fudbalskim utakmicama*¹⁷.

Osim prethodno navedenih propisa koji uređuju borbu protiv nasilja na fudbalskim utakmicama, u Engleskoj je mehanizam kaznenopravne zaštite sporta i aktivnosti povezanih sa sportom proširen i na taj način što je zakonom kao krivično delo propisana prodaja karata za fudbalske utakmice od strane neovlašćenog lica¹⁸. Takva prodaja karata za fudbalske utakmice poznatija je pod kolokvijalnim nazivom „*tapkanje karata*”, a u engleskoj je taj termin čak ušao i u zakonski tekst u kome je označen rečima: „*ticket-touting*” i „*ticket touts*”. Član 166. *Zakona o krivičnom pravosuđu i javnom redu*¹⁹ iz 1994. godine propisuje krivično delo neovlašćene prodaje karata i izricanje novčane kazne za izvršioca tog dela.

Slično Engleskoj, Češka Republika donela je poseban *Zakon o borbi protiv huliganizma na sportskim stadionima* 29. septembra 2006. godine. Češki zakon propisao je mogućnost izricanja zatvorske kazne u trajanju do tri godine izgređnicima koji učine neki akt nasilja na sportskoj priredbi, a uz to je predviđeno i izricanje mere bezbednosti doživotne zabrane posećivanja sportskih događaja (utakmica, prvenstava i svih drugih oblika sportskih takmičenja). Iako je češki zakon propisao višegodišnju kaznu zatvora za one koji izvrše akte nasilja na sportskim priredbama, izjave čeških zvaničnika govore o tome da se u Češkoj Republici očekuje da će takve represivne mere imati i preventivan karakter, kako bi se ostvario osnovni cilj donošenja Zakona, a to je

15 Football Offences and Disorder Act 1999, nalazi se na veb-stranici: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/ukpga_19990021_en_1.

16 Football Disorder Act osim kao Zakon o neredima na fudbalskim stadionima, mogao bi se sa engleskog jezika prevesti i kao Zakon o fudbalskim neredima, a nalazi se na veb-stranici: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/pdf/ukpga_20000025_en.pdf.

17 Football Disorder Amendment Act, nalazi se na veb-stranici: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/pdf/ukpga_20020012_en.pdf.

18 Naziv tog krivičnog dela na engleskom jeziku glasi: „Sale of tickets by unauthorised persons”.

19 Criminal Justice and Public Order Act 1994, nalazi se na veb-stranici: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/ukpga_19940033_en_1.

odvraćanje pojedinaca od vršenja akata nasilja i trajno udaljavanje nasilnika sa sportskih događaja. Dan po izglasavanju Zakona češki ministar pravde Jirži Pospíšil izjavio je: „*donošnjem zakona podržali smo iskorenjivanje huliganizma na fudbalskim stadionima i stvorili smo pravni osnov za efikasnije sprovođenje mera borbe protiv huliganizma*”, a sličnu reakciju imao je i Fudbalski savez Češke čiji je portparol izjavio da će novi Zakon sprečiti huligane da uđu na stadione.²⁰

Parlament Republike Poljske izglasao je 22. avgusta 1997. godine *Zakon o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika*²¹, koji je stupio na snagu 12. marta 1998. godine. Postojala su najmanje dva razloga zbog kojih se Republika Poljska opredelila za donošenje posebnog zakona u toj oblasti. Prvi razlog predstavljala je činjenica da se iz godine u godinu, broj akata nasilja i intenzitet nasilja na poljskim sportskim stadionima povećavao, o čemu su govorili brojni izveštaji i statistički podaci koje je poljskom parlamentu podnosila policija i kancelarija javnog tužioca. Drugi razlog bila je želja Poljske da ispuni obaveze koje je preuzela 1995. godine ratifikacijom *Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama*.

U Poljskoj su deliktne ponašanja izvršena na sportskim priredbama zakonom propisana kao krivična dela u slučajevima kada obuhvataju primenu nasilja uperenog protiv života i zdravlja ljudi, ili nasilničke akte ponašanja prilikom čijeg izvršenja se sa umišljajem oštećuje imovina. Svi drugi delikti iz te oblasti predstavljaju prekršaje označene kao huligansko ponašanje, a koji obuhvataju akte kršenja javnog reda i mira koji se izvršavaju u toku sportskih priredbi ili u vezi sa sportskim priredbama.

Primena *Zakona o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika* dala je dobre rezultate, o čemu govori i podatak da je u godini donošenja Zakona zabeleženo 56 različitih lokacija na kojima je došlo do incidenata u kojima je izvršen veći broj akata nasilja koji su predstavljali krivična dela i prekršaje izvršene u vezi sa sportskim manifestacijama, dok je 2001. godine taj broj smanjen na 37.²² Uprkos takvom uspehu,

20 Hooliganism now against the law, nalazi se na veb-stranici: <http://www.cbw.cz/en/hooliganism-now-against-the-law/3491.html>.

21 The Law on Safety of Mass-participation events, nalazi se na veb-stranici: <http://www.msport.gov.pl/content.php?id=737&v=en>.

22 Report on compliance with the European Convention on Spectator Violence, nalazi

tokom 2001. godine poljski parlament je izmenio i dopunio odredbe *Zakona o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika* kako bi daljim pooštavanjem kaznene politike i propisivanjem novih preventivnih mera, stvorio dodatne mogućnosti za suzbijanje nasilja u sportu tj. na sportskim priredbama. Tako je broj propisanih krivičnih dela i prekršaja povećan, kao i zatvorske i novčane kazne koje se mogu izreći izvršiocima krivičnih dela i prekršaja koji su bili propisani još prvobitnom verzijom Zakona iz 1997. godine. Izmenama i dopunama *Zakona o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika* uvedena je i svojevrsna mera bezbednosti koja daje mogućnost poljskim sudovima da zabrane osobi koja je vršila akte nasilja na sportskim priredbama da prisustvuje takvim priredbama u vremenu od jedne do tri godine od vremena izvršenja delikta. Sa tim u vezi, policija je dobila ovlašćenja da osobe kojima je izrečena mera bezbednosti zabrane pristupa sportskim priredbama, zadrži u prostorijama policijskih stanica tokom celokupnog vremena održavanja sportske priredbe na kojoj bi ta lica imala želju ili interes da prisustvuju.

U Italiji je, slično Engleskoj, problem nasilja na sportskim priredbama eskalirao tokom 80-ih i 90-ih godina XX veka, što je u decembru 1989. godine dovelo do usvajanja Zakona broj 401. koji je propisao mere za zaštitu sistema sportskih takmičenja, suzbijanje nasilja na sportskim priredbama, sprečavanje nameštanja sportskih rezultata i suzbijanje ilegalnog klađenja na sportske rezultate. Taj Zakon je izmenjen i dopunjen Zakonom broj 377 donetim 19. oktobra 2001. godine. Glava VI Zakona tada je dopunjena propisivanjem novog krivičnog dela koje može da izvrši svako lice koje ubaci opasan predmet (fлаšu, kamen, upaljenu baklju, signalnu raketu, dimnu bombu i sl.) na sportski teren i time ugrozi bezbednost ljudi.²³ Propisana sankcija za izvršioca tog krivičnog dela je kazna zatvora u trajanju od šest meseci do tri godine.

Osim toga, kao krivično delo propisano je preskakanje ograda i drugih barijera koje razdvajaju sportski teren od gledalaca, ili svaki oblik neovlašćenog ulaska na sportski teren za vreme održavanja sportske manifestacije koji može da ugrozi bezbednost ljudi i imovine. Za to

se na veb-stranici: http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Poland_en.asp#TopOfPage.

23 Report on compliance with the European Convention on Spectator Violence, nalazi se na veb-stranici: http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Italy_en.asp#TopOfPage.

krivično delo izvršiocu se može izreći kazna zatvora u trajanju do šest meseci, ili novčana kazna. Iako su sankcije propisane Zakonom broj 377 iz 2001. godine dale rezultate na planu smanjivanja broja izvršenih akata nasilja na sportskim priredbama koje se održavaju u Italiji, početkom 2007. godine došlo je do ponovnog intenziviranja nasilničkog ponašanja na italijanskim fudbalskim stadionima. Kulminaciju lanca nasilja predstavljala je pogibija policajaca na fudbalskoj utakmici održanoj na Siciliji u februaru 2007. godine.²⁴ Dva meseca posle tog incidenta Senat Republike Italije je, gotovo jednoglasno, izglasao *Zakon o borbi protiv nasilja na fudbalskim utakmicama*. Za zakon su glasala 244 poslanika, samo je jedan bio protiv, a dvadeset ih se uzdržalo od glasanja.²⁵ Takav rezultat glasanja u Senatu govori o ozbiljnosti problema eskalacije nasilja koje se događa na fudbalskim utakmicama u Italiji i svesti italijanskih političara da se problem mora hitno rešavati, između ostalog i stvaranjem posebnog kazneno pravnog mehanizma za borbu protiv nasilja na fudbalskim utakmicama.

Italijanskim *Zakonom o borbi protiv nasilja na fudbalskim utakmicama* propisana je kazna od pet do petnaest godina zatvora za one izgređnike koji se tokom nereda na fudbalskim utakmicama budu opirali hapšenju, ili se na bilo koji drugi način budu fizički suprotstavljali policiji i redarima tokom nereda.²⁶ Takođe, kao novo krivično delo propisano je posedovanje pirotehničkih sredstava (vatrometa, baklji i signalnih raketa) od strane navijača u periodu od 24 časa pre održavanja fudbalskog meča, kao i za vreme odigravanja utakmice. Osim toga, Zakonom je propisana i novčana kazna u visini od 20.000 do 100.000 eura za fudbalske klubove koji izvrše prekršaj time što kao pravna lica održavaju institucionalne veze ili podržavaju rad ekstremnih navijačkih grupa koje su registrovane kao izgređničke navijačke grupe.

Uprkos nedostacima koje na polju pravne sigurnosti i transparentnosti krivičnopravnih normi imaju izvori sporednog krivičnog zakonodavstva, sve veći broj država prihvata činjenicu da je uspostavljanje

24 Italian police kill football fan, nalazi se na veb-stranici: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/7089485.stm>.

25 Italy Passes Anti-Soccer Violence Law, nalazi se na veb-stranici: <http://www.spiegel.de/international/europe/0,1518,475642,00.html>.

26 Italy to resume play after anti-hooligan laws, nalazi se na veb-stranici: http://www.monstersandcritics.com/sport/soccer/article_1261063.php/Italy_to_resume_play_after_anti-hooligan_laws.

mehanizma krivičnopravne zaštite sporta najlakše ostvarivo na taj način. Tako Bugarska, sve do kraja 2004. godine nije propisivala posebna krivična dela koja se tiču nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama, već je huligane kažnjavala na osnovu odredbi *Krivičnog zakona* koji je propisao krivična dela nasilničkog ponašanja, učestvovanja u tiči i sl. Takođe, pojedini, manje opasni oblici huliganskog ponašanja na sportskim priredbama, nisu bili kvalifikovani kao posebni prekršaji, već su predstavljali narušavanje javnog reda i mira, a njihovi izvršioци kažnjavani su na osnovu *Zakona o prekršajima*. Preventivne mere borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja, takođe nisu bile propisane posebnim zakonom, već *Uredbom o bezbednosti sportskih objekata i merama za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja gledalaca pre, za vreme i po okončanju sportskih priredbi*.²⁷ Međutim, porastom broja akata nasilja na sportskim priredbama organizovanim širom Bugarske, kao i sagledavanjem prakse drugih država, pogotovo rezultata koji su na osnovu primene posebnih propisa, pre svega posebnih zakona, ostvareni na polju borbe protiv nasilja na sportskim priredbama, Bugarska je u oktobru 2004. godine donela *Zakon o očuvanju javnog reda na sportskim priredbama*²⁸. Glavom IV bugarskog zakona propisana su krivična dela označena terminom „*sportski huliganizam*” i sankcije za izvršioce tih dela koje osim kazne zatvora, mogu biti i novčane kazne. Zakonom je propisana i mogućnost izricanja mere bezbednosti zabrane prisustva sportskim priredbama izvršiocima odgovarajućih krivičnih dela i prekršaja.

Primer Bugarske nije i poslednji koji se tiče prihvatanja koncepcije po kojoj se borba protiv nasilja na sportskim priredbama pravno uređuje posebnim zakonom u okviru koga se propisuju posebna krivična dela i prekršaji za tu oblast društvenog života. Švajcarska, Hrvatska i Crna Gora²⁹ takođe su se opredelile za takav koncept pravnog regulisanja. Švajcarska poseduje *Federalni zakon o uspostavljanju mera*

27 Report on compliance with the European Convention on Spectator Violence, nalazi se na veb-stranici: http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Bulgaria_en.asp#TopOfPage.

28 Zakon za opazvane na obščestvenija red pri proveždaneto na sportni meropriatia, nalazi se na veb-stranici: http://www.youthsport.bg/public_docs/zoor.pdf.

29 Zakon o sprječavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama Republike Crne Gore nalazi se na veb-stranici: <http://www.mup.vlada.cg.yu/vijesti.php?akcija=vijesti&id=79430>.

protiv rasizma, huliganizma i propagande koja podstiče nasilje³⁰, koji između ostalog propisuje sankcije za huligansko ponašanje na sportskim priredbama, dok Republika Hrvatska od jula 2003. godine primenjuje *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima*³¹.

Hrvatski *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima* koji se primenjuje od jula 2003. godine propisao je veliki broj protivpravnih ponašanja koja je okvalifikovao kao prekršaje, dok sa druge strane, ni jedan oblik huliganskog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama nije predvideo kao posebno krivično delo, što se može smatrati njegovim bitnim nedostatkom. Tako su protivpravna ponašanja kao što su paljenje i bacanje pirotehničkih sredstava, učestvovanje u tuči ili napad na druge gledaoce, redare, službena lica organizatora sportske priredbe, sportiste i druge učesnike sportskog takmičenja, propisani kao prekršaji za koje se izvršiocu mogu izreći novčana kazna ili kazna zatvora, a uz te sankcije i zaštitna mera zabrane prisustvovanja na sportskim priredbama.³² Glavne primedbe uočene i izrečene u odnosu na *Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima*, stručna javnost hrvatske uputila je zbog niskih kazni koje su propisane tim zakonom za izvršioce prekršaja.³³ Tako je do izmena i dopuna Zakona koje su izvršene tokom 2006. i u martu 2009. godine, osobi koja na sportskoj priredbi učestvuje u tuči, ili izvrši napad na druge gledaoce, redare, službena lica organizatora sportske priredbe, sportiste i druge učesnike sportskog takmičenja, prekršajni sud mogao da izrekne kaznu zatvora u trajanju od najduže trideset dana. Posle izmena Zakona maksimum kazne zatvora povećan je na šezdeset dana. Različito zakonsko rešenje u odnosu na Srbiju je i to što je navijačima dozvoljeno da konzumiraju alkoholna pića na onim utakmicama i ostalim sportskim priredbama koje nisu proglašene za visokorizične.

Grupi država koje posebnim zakonom propisuju sankcionisanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama poslednja se pridružila Švedska čije Ministarstvo pravde je tokom 2008. godine pripremlilo *Nacrt zakona o borbi protiv huliganizma*.³⁴ Švedski zakon 30 Loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence, nalazi se na veb-stranici: <http://www.sportslaw.nl/documents/Switzerland%20-%20Loi%20fédérale.doc>.

31 Narodne novine, br. 117/03.

32 D.Primorac, Sport i protupravna ponašanja, u: Uvod u Sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, str. 314.

33 D.Primorac, op.cit, str. 322.

34 Sweden proposes law against hooliganism, nalazi se na veb-stranici: <http://www>.

usvojen je krajem 2008. godine, a počeo je da se primenjuje od 1. aprila 2009. godine. Taj zakon je na sveobuhvatan način uredio materiju sprečavanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i propisao je odgovarajuća krivična dela i prekršaje, kao i sankcije za izvršioce tih delikata. Na osnovu tog zakona, u Švedskoj će se ubuduće sankcionisati oni pojedinci koji neovlašćeno uđu na sportski teren, ubacuju predmete na sportski teren ili upotrebe pirotehnička sredstva za vreme održavanja sportskih manifestacija.³⁵ Takođe, švedska policija dobila je na osnovu odredbi Zakona ovlašćenje da spreči ulazak na sportske priredbe onih osoba koje su prethodno kažnjavane za akte nasilničkog ponašanja i evidentirane kao izgređnici.

III Efekti primene propisa

Sam čin donošenja propisa koji predviđaju stroge sankcije za izvršioce nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama ni u jednoj državi nije sam po sebi uticao na značajno smanjenje vršenja akata nasilja na sportskim manifestacijama. To je sasvim logično pošto je poznato da je propise mnogo lakše doneti nego ih pravilno i dosledno primeniti.

Najveći uspeh u primeni propisa, a samim tim i u suzbijanju nasilja na sportskim priredbama imala je Engleska. Takvoj situaciji nisu doprinele samo dugotrajne zatvorske kazne i visoke novčane kazne koje su izricane huliganima, već i istovremena i sinhronizovana primena preventivnih mera koje su presudno uticale na uklanjanje društvenih uzroka (uslova) koji dovode do nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama. Ne treba zaboraviti da je Engleska, kao država čiji su fudbalski navijači postali simbol huliganskog ponašanja na sportskim priredbama, prva donela posebne propise namenjene borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, kojima je stvorila poseban kazneno pravni mehanizam za sankcionisanje huliganskog ponašanja u oblasti sporta, sportskih aktivnosti i sportskih priredbi.

Engleski propisi, osim što su bili prvi specijalizovani propisi na svetu koji su doneti radi borbe protiv nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama, ujedno su bili i veoma strogi, pošto su predvideli

thelocal.se/15186/20081024.

³⁵ Sweden cracks down on hooligans with new law, nalazi se na veb-stranici: <http://www.encyclopedia.com/doc/1P1-157561640.html>.

višegodišnje zatvorske kazne za izvršioce akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Usled odlučne i dosledne primene tih propisa kao i usled stroge kaznene politike engleskih sudova, ta država je u kratkom vremenskom periodu (u prvih pet godina primene propisa) postigla izuzetne rezultate u suzbijanju nasilničkog i nedličnog ponašanja na sportskim priredbama i podigla je nivo bezbednosti fudbalskih stadiona na najvišu moguću meru, koja je omogućila da između publike i fudbalskog terena – igrača, više ne postoje nikakve ograde ili druge fizičke barijere, a da se tuče na stadionima skoro uopšte ne dešavaju.³⁶ Takvo iskustvo Engleske podstaklo je i druge evropske države da pristupe donošenju posebnih propisa namenjenih borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i da započnu sa propisivanjem i izricanjem prekršajnih i krivičnih sankcija osobama koje izvrše neki od akata nasilja na sportskim priredbama. Međutim, primena propisa nije u svim državama dala identične rezultate, tako da ima i onih zemalja u kojima ni izricanje višegodišnjih zatvorskih kazni nije značajnije uticalo na smanjenje ispoljavanja nasilja na sportskim priredbama.

Osim Engleske, primena posebnih propisa namenjenih borbi protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i strogo sankcionisanje nasilničkog i nedoličnog ponašanja dalo je zapažene rezultate još i u Poljskoj i Italiji.

U Poljskoj je tokom 1997. godine, koja je prethodila primeni Zakona o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika, zabeleženo izvršenje akata nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u 56 različitih mesta (gradova i sela), dok je 2001. godine, takvo ponašanje ispoljeno u samo 37 mesta. Takvo smanjenje obima nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama u Poljskoj, pripisano je trogodišnjoj primeni Zakona koji je propisao stroge sankcije za izvršioce odgovarajućih krivičnih dela i prekršaja.³⁷

36 Osim straha od sankcija, engleski huligani odustali su od prakse masovnih tuča na fudbalskim tribinama i zbog primene velikog broja preventivnih mera, a pre svega zbog činjenice da se celokupan tok sportske priredbe snima i da se svi eventualni izgređnici na stadionu, na osnovu snimaka lako identifikuju i zatim privode pravdi. Osim toga, i broj tuča na prilazu stadionima značajno je smanjen, a osuđivanim izgređnicima zabranjeno je da prilaze stadionima i da posećuju fudbalske utakmice.

37 European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (T-RV) - National Report by Poland, nalazi se na veb-stranici: <http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Poland>

U Italiji je primena Zakona broj 377 donetog 19. oktobra 2001. godine veoma brzo dala rezultate i procenjeno je da su propisane zatvorske kazne pozitivno uticale na smanjenje broja akata nasilja na fudbalskim stadionima. Tako je pozitivan pomak u smanjenju nasilničkog ponašanja na fudbalskim utakmicama uočen već nakon prvih dvadeset dana od otpočinjanja nove fudbalske sezone.³⁸ Na osnovu poređenja podataka sa početka fudbalske sezone 2000/01. sa podacima iz sezone 2001/02. u kojoj je počeo da se primenjuje novi Zakon i strože prekršajne i krivične sankcije, izveden je zaključak da su za 13% smanjeni incidenti (akti nasilja) u kojima je bilo povređenih lica. Broj takvih slučajeva u prvih dvadeset dana fudbalske sezone 2000/01. bio je 115, a u prvih dvadeset dana sezone 2001/02. bio je 100. Osim toga, za 15% smanjen je broj incidenata u kojima je došlo do oštećenja imovine, za 74% smanjen je broj incidenata u kojima je bilo upotrebe suzavca, a za 61% smanjen je broj incidenata u kojima su nanete telesne povrede policajcima i pripadnicima službe obezbeđenja na stadionima. Sa druge strane, u fudbalskoj sezoni 2001/02. izvršeno je 50% više hapšenja izgreznika nego u sezoni 2000/01, a broj izrečenih zaštitnih mera zabrane prisustvovanja sportskim priredbama porastao je za 156% što je doprinelo daljem smanjenju ispoljavanja nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama širom Italije. Međutim, pozitivni trendovi u smanjenju obima nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama u Italiji bili su samo privremenog karaktera. Već početkom 2007. godine došlo je do ponovnog intenziviranja nasilničkog ponašanja na italijanskim fudbalskim stadionima. Kulminaciju lanca nasilja predstavljala je pogibija policajaca na fudbalskoj utakmici održanoj na Siciliji u februaru 2007. godine. Dva meseca posle tog incidenta Senat Republike Italije izglasao je nov Zakon o borbi protiv nasilja na fudbalskim utakmicama.

Novim italijanskim Zakonom o borbi protiv nasilja na fudbalskim utakmicama propisana je kazna od pet do petnaest godina zatvora za one izgreznike koji se tokom nereda na fudbalskim utakmicama budu opirali hapšenju ili se na bilo koji drugi način budu fizički suprotstavljali policiji

[en.asp#TopOfPage.](#)

38 European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (T-RV) - National Report by Italy, nalazi se na veb-stranici: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Italy_en.asp#TopOfPage.](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Italy_en.asp#TopOfPage)

i redarima tokom nereda. Takođe, kao novo krivično delo propisano je posedovanje pirotehničkih sredstava (vatrometa, baklji i signalnih raketa) od strane navijača u periodu od 24 časa pre održavanja fudbalskog meča, kao i za vreme odigravanja utakmice. Osim toga, Zakonom je propisana i novčana kazna u visini od 20.000 do 100.000 eura za fudbalske klubove koji izvrše prekršaj time što kao pravna lica održavaju institucionalne veze ili podržavaju rad ekstremnih navijačkih grupa koje su registrovane kao izgređničke navijačke grupe. Usled takvog, po treći put za osamnaest godina dopunjenog i pooštrenog pravnog mehanizma sankcionisanja nasilja na sportskim priredbama, u Italiji je zabeležen efekat smanjenja izvršenja akata nasilničkog ponašanja na fudbalskim utakmicama već tokom 2008. godine, ali je ostalo pitanje, da li će, kao i u prethodna dva puta, to smanjenje imati samo privremene efekte. Ranije pooštavanje propisanih sankcija i propisivanje novih prekršaja i krivičnih dela proizvodilo je uspešne efekte generalne i specijalne prevencije samo na kratak rok.

Republika Srbija i Republika Hrvatska predstavljaju države u kojima donošenje posebnih zakona namenjenih borbi protiv nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, kao i propisivanje strogih krivičnih i prekršajnih sankcija za izvršioce odgovarajućih delikata predviđenih tim zakonima nije dalo očekivane rezultate na planu smanjenja obima ispoljavanja akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama.

Za Srbiju je karakteristično da, uprkos velikim očekivanjima iskazanim u vreme donošenja Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama (2003. godina), usled donošenja i primene tog Zakona nije došlo do smanjenja broja izvršenja akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim manifestacijama održanim širom Srbije. Ni kasnije izmene i dopune Zakona koje su izvršene u septembru 2007. godine, a od kojih se očekivalo da će bitnije uticati na smanjenje broja huliganskih ispada na stadionima, nisu dale bolje rezultate. O tome govore i statistički podaci kojih je jako malo. Naime, Ministarstvo unutrašnjih poslova Vlade Republike Srbije (MUPRS) u okviru Direkcije policije u čijem sastavu se nalazi Uprava za analitiku, prikuplja statističke podatke u vezi sa izvršenjem krivičnih dela i prekršaja učinjenim pre, za vreme i nakon održavanja sportskih priredbi, ali tek od dana stupanja na snagu Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim

priredbama, tj. od 01.07.2003. godine. Ta okolnost onemogućava egzaktno poređenje statističkih podataka i donošenje zaključka o tome da li se broj izvršenih krivičnih dela i prekršaja koji predstavljaju nasilničko i nedolično ponašanje na sportskim priredbama smanjio po donošenju Zakona u odnosu na vreme kada tog zakona nije bilo u pravnom sistemu Republike Srbije. Umesto toga, moguće je pratiti podatke o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja u proteklih pet godina i na osnovu toga izneti stav da se u Srbiji broj i intenzitet deliktne ponašanja ispoljenih na sportskim priredbama uopšte ne smanjuje, što govori da je kazneno pravna zaštita sporta u tom segmentu doživela neuspeh. Takvu tvrdnju neposredno potkrepljuju podaci iz marta 2009. godine koji su, na zahtev Instituta za uporedno pravo iz Beograda, u vidu izveštaja pripremljeni u MUP RS.³⁹

U izveštaju MUP RS, između ostalog je navedeno da je od 01.07.2003. godine, pa do 31.12.2008. godine podneto 1115 krivičnih prijava zbog krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi (član 20. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama), kojima je obuhvaćeno 2001 lice od čega su 145 bili maloletnici. Osim toga, u istom periodu podneto je 500 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka zbog izvršenja prekršaja propisanog članom 21. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Tih 500 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka odnosilo se na 323 pravna i 368 fizičkih lica među kojima je bilo i 10 maloletnika. Još 771 zahtev za pokretanje prekršajnog postupka podnet je u tom periodu zbog izvršenja prekršaja propisanog članom 23. Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i to protiv 25 pravnih i 1093 fizičkih lica od kojih su 188 bili maloletnici. Navedeni podaci koji se odnose samo na krivična dela i prekršaje propisane Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, kada se posmatraju zbirno, bez raščlanjiva-

³⁹ Institut za uporedno pravo je 12. januara 2009. godine uputio molbu MUP RS da dostavi zvanične podatke o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja na sportskim priredbama u Republici Srbiji za period od 2001. do 2009. godine. MUP RS je dopisom broj: 161/09 od 4. marta 2009. godine Institutu uputio dokument „Brojčani pokazatelji u vezi nasilničkog i nedoličnog ponašanja mladih pre, za vreme i nakon održavanja sportskih priredbi”, u kome su sadržani podaci za period od 01.07.2003. do 31.12.2008. godine. Podaci dostavljeni od MUP RS, iako u nazivu dostavljenog dokumenta sadrže reči: „ponašanja mladih”, odnose se ne samo na maloletna lica, već i na punoletne osobe izvršioce krivičnih dela i prekršaja.

nja na pojedino krivično delo ili prekršaj, daju zbir od ukupno:

- 2001 fizičkog lica izvršioca krivičnih dela (od čega 145 maloletnih izvršilaca);
- 348 pravnih lica kao izvršilaca prekršaja;
- 1461 fizičkog lica kao izvršioca prekršaja (od čega 198 maloletnih izvršilaca).

Tako veliki broj izvršilaca delikata na sportskim priredbama, nije i konačan, pošto je u periodu od 01.07.2003. godine, pa do 31.12.2008. godine podneto još krivičnih prijava zbog:

- 17 krivičnih dela učestvovanja u tuči (član 123. KZRS),
- 86 krivičnih dela uništenja ili oštećenja tuđe stvari (član 212. KZRS),
- 63 krivična dela nasilničkog ponašanja (član 344. KZRS), i
- 75 krivičnih dela učestvovanja u grupi koja izvrši krivično delo (član 349. KZRS).

Takođe, podneta su i 2324 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka za izvršene prekršaje koji su povezani sa održavanjem sportskih priredbi, a propisani su Zakonom o javnom redu i miru.

Sva navedena krivična dela i prekršaji bili su izvršeni u vezi sa sportskim priredbama ili u vezi sa rivalstvom sportskih klubova i navijačkih grupa, ali usled različitih okolnosti nisu bili pogodni za krivični i prekršajni progon izvršilaca na osnovu odredbi Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, pa su okvalifikovani kao odgovarajuća krivična dela i prekršaji propisani Krivičnim zakonikom Republike Srbije i Zakonom o javnom redu i miru. Osim toga, u periodu od 01. 07. 2003. godine, pa do 31. 12. 2008. godine podneto je 160 krivičnih prijava protiv 225 lica (navijača), od čega 27 maloletnih, zbog 125 krivičnih dela ometanja ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanju javnog reda i mira iz člana 23. Zakona o javnom redu i miru, a u periodu od 01. 07. 2003. godine do 31. 12. 2005. godine podneto je još 9 krivičnih prijava protiv 17 lica (navijača) zbog izvršenja 3 krivična dela sprečavanja ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanju javnog reda i mira iz člana 24. Zakona o javnom redu i miru.⁴⁰

40 Statistika za broj slučajeva izvršenja krivičnog dela sprečavanja ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanju javnog reda i mira koje je bilo propisano članom 24. Zakona o javnom redu i miru vođena je do kraja 2005. godine, pošto je član 24. Zakona o javnom redu i miru prestao da važi (prestao da se

U periodu od 01. 01. 2006. godine, tj. od stupanja na snagu Krivičnog zakonika Republike Srbije, pa do 31. 12. 2008. godine, protiv 94 lica (navijača), među kojima je bilo i devet maloletnika, podneta je 51 krivična prijava zbog izvršenja 53 krivična dela sprečavanja službenog lica u vršenju službene radnje (član 322. KZRS), a u istom vremenskom intervalu izvršeno je 10 krivičnih dela napada na službeno lice u vršenju službene dužnosti (član 323. KZRS).

U proteklih pet godina MUP RS je evidentirao i dva slučaja ispoljavanja rasne netrpeljivosti na sportskim priredbama i to od strane navijača fudbalskog kluba „Borac” iz Čačka, koji su u oktobru 2006. godine, noseći bele kapuljače (imitacija odeće „Kju kluks klana”), za vreme utakmice između fudbalskih klubova „Borac” i „Voždovac”, na stadionu fudbalskog kluba „Borac” u Čačku, izvikivali parole: „crnci napoLje; nećemo da crnac gazi srpsku travu; Zig heil Hitler.”, koje su bile upućene fudbaleru „Borca” Majku Temvanieri iz Zimbabvea.

U martu 2008. godine, na istom stadionu, po završetku utakmice između fudbalskih klubova „Borac” i „Bežanija”, grupa navijača je fizički napala fudbalera Opoku Solomona iz Gane, koji je boravio u Čačku radi probe za igračko angažovanje u redovima fudbalskog kluba „Borac”. Prilikom napada na Opoku Solomona, upućene su mu brojne rasističke parole i uvrede, a za takvo ponašanje, kao i za slučaj iz 2006. godine, MUP RS je podneo krivične prijave za krivična dela izazivanja

primenjuje) danom stupanja na snagu Krivičnog zakonika Republike Srbije, odnosno 1. januara 2006. godine. Član 431. Krivičnog zakonika stavom 2. propisao je da: „danom stupanja na snagu ovog zakona prestaju da važe krivičnopravne odredbe sadržane u članu 24. Zakona o javnom redu i miru”.

Član 24. Zakona o javnom redu i miru glasio je: „Ko napadom ili na drugi način spreči ovlašćeno službeno lice da izvrši službenu radnju u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanja javnog reda i mira - kazniće se zatvorom od jedne do pet godina.

Ako prilikom izvršenja dela iz stava 1. ovog člana učinilac na ovlašćeno službeno lice potegne oružje ili mu nanese laku telesnu povredu - kazniće se zatvorom najmanje tri godine.

Ako prilikom izvršenja dela iz stava 1. ovog člana učinilac prema ovlašćenom službenom licu upotrebi oružje ili mu nanese tešku telesnu povredu - kazniće se zatvorom najmanje pet godina.”.

Umesto krivičnog dela koje je bilo propisano članom 24. Zakona o javnom redu i miru, Krivičnim zakonikom propisano je krivično delo sprečavanja službenog lica u vršenju službene radnje (član 322).

nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317. KZRS).

Ne samo brojnost izvršenih delikata, već i težina posledica njihovog izvršenja govori o ozbiljnosti problema nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u Srbiji i lošim rezultatima koji su na planu borbe protiv takve negativne društvene pojave ostvareni primenom kazneno pravnog mehanizma propisanog Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, kao i primenom drugih propisa koji predviđaju odgovarajuća krivična dela i prekršaje. Od 2003. godine, pa do kraja 2009. godine, u međusobnim sukobima navijača poginulo je osam osoba.

Sasvim opravdano se nameće pitanje zbog čega primena Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, čije su odredbe usklađene sa pravnim standardima propisanim Evropskom konvencijom o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, u Srbiji nije dala zadovoljavajuće rezultate u borbi protiv nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama dok je u nekim drugim evropskim državama, primena sličnih zakona bila izuzetno uspešna. Uspeh primene takvog zakona u Engleskoj se ogledao u značajnom (višestrukom) smanjenju broja izvršenih akata nasilja na sportskim priredbama i povećanju opšte sigurnosti za sve subjekte koji su na bilo koji način povezani sa održavanjem sportske priredbe.

Na neuspeh primene kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u segmentu koji se odnosi na suzbijanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama sigurno je uticala blaga kaznena politika sudova u Srbiji. Naime, istraživanje koje je 2006. godine sprovedeno i objavljeno u knjizi: „Kaznena politika sudova u Srbiji” pokazalo je da je kaznena politika sudova u Srbiji blaga, odnosno da su kazne koje sudovi izriču znatno bliže zakonskom minimumu, ili su čak ispod njega, nego što su blizu propisanog zakonskog maksimuma.⁴¹ Naravno, to nije jedini razlog koji je doveo do porasta broja izvršenja akata nasilja na sportskim priredbama, ali je sigurno jedan od faktora koji se ne smeju zanemariti. U korelaciji sa tim faktorom je i činjenica da je u okviru iste studije potvrđena teza o sporosti srpskih sudova i celokupnog sistema pravosuđa. Tako je utvrđeno da svaki sedmi slučaj u srpskom krivičnom pravosuđu, traje duže od četiri godine, kada se posmatra period od

41 J.Čirić, Đ.Đorđević i R.Sepi, Kaznena politika sudova u Srbiji, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2006, str. 168.

trenutka podnošenja krivične prijave, pa do trenutka pravosnažnosti presude. Takva okolnost dodatno umanjuje efekte blage kaznene politike sudova u Srbiji i doprinosi da strah od kazne kod potencijalnih izvršilaca akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama gotovo i da ne postoji. Poznato je da se krivični postupak pojavljuje kao pravni metod zaštite društva od kriminaliteta i kao temeljni instrument krivičnog pravosuđa, čija efikasnost značajno utiče na uspešnost sveukupne državne reakcije u borbi protiv kriminaliteta.⁴² Evidentna sporost u sprovođenju krivičnih postupaka u Srbiji, u praksi znači da je sasvim moguće da pojedini izvršilac krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi, koji je to delo izvršio u 2005. godini, verovatno još uvek nije ni osuđen, čime nije sprečen da isto delo ponovi, ili da i dalje posećuje sportske priredbe. Sličan problem postoji i sa sporošću vođenja prekršajnih postupaka za prekršaje propisane Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, tako da se često događa da prekršaj zastari i da izvršilac ostane nekažnjen. Osim toga, ishitreno donošenje zakona, bez sagledavanja mogućnosti primene u praksi i preširoka represija bez jasnih kriterijuma koji bi omogućili usklađenost krivične i prekršajne reakcije, jedan je od faktora koji utiču na male efekte primene kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u segmentu koji se odnosi na suzbijanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Primer takve ishitrenosti zakonodavca bilo je propisivanje mere zabrane pristupa sportskom objektu nasilnicima u okviru odredbi Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama koje je učinjeno pre nego što je Zakon o prekršajima propisao takvu vrstu sankcija.⁴³

Za razliku od podataka kojima raspolaže MUPRS, a koji se odnose na broj podnetih krivičnih i prekršajnih prijava za deliktna ponašanja

42 V. Đurić, Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta, u: Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008, str. 207-224.

43 U prvobitnoj verziji Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama koji je donesen 2003. godine bilo je propisano da se zaštitna mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama izriče fakultativno uz kaznu zatvora. Takva zaštitna mera u to vreme nije bila propisana Zakonom o prekršajima. Tek je novi Zakon o prekršajima koji je izglasan u Narodnoj skupštini Republike Srbije krajem 2005. godine, članom 46. stavom 1. tačkom 7. propisao zaštitnu meru zabrane pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja.

izvršena na sportskim priredbama, ili u vezi sa sportskim priredbama i sukobima navijačkih grupa, sudovi u Srbiji, a ni Ministarstvo pravde Vlade Republike Srbije, ne raspolažu objedinjenom evidencijom o broju presuđenih slučajeva u toj oblasti. Usled toga, nemoguće je izvršiti poređenje između broja podnetih krivičnih i prekršajnih prijava i broja lica koja su osuđena, ili oslobođena u krivičnim i prekršajnim postupcima koji su sprovedeni na osnovu tih prijava. Takva okolnost donekle ograničava zauzimanje konačnog stava o delotvornosti kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u segmentu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama.

Iskustvo slično Srbiji, kada je reč o nedelotvornosti kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u segmentu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama imala je i Republika Hrvatska. Ta država je 2003. godine donela Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, ne samo zbog želje da ispuni obaveze preuzete potpisivanjem Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, već i zbog potrebe da se propisivanjem kazneno pravnog mehanizma suprotstavi sve većoj eskalaciji nasilja na sportskim priredbama u Hrvatskoj. Do donošenja Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima, problematiku sprečavanja, suzbijanja i sankcionisanja nereda i nasilja na sportskim priredbama, uređivali su, samo delimično, drugi propisi, a pre svega Zakon o javnom okupljanju⁴⁴, Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira⁴⁵, kao i neke odredbe Kaznenog⁴⁶ zakona⁴⁷. U takvim okolnostima, porast protivpravnih ponašanja povezanih sa sportskim priredbama bio je sve veći, tako da su podaci Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Hrvatske (MUP RH) o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja na sportskim priredbama poslužili kao dodatni podsticaj za hrvatskog zakonodavca da pristupi izradi i donošenju Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima.

Za razliku od Srbije, MUP RH poseduje evidenciju o broju izvršenih krivičnih dela i prekršaja na sportskim priredbama u periodu pre donošenja Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima,

44 Narodne novine, br. 128/99.

45 Narodne novine, br. 5/90.

46 Kazneni zakon predstavlja naziv za propis koji se na srpskom govornom području zove krivični zakon.

47 Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 129/00, 51/01, 105/04, 84/05 i 71/06.

pa se poređenjem tih podataka i podataka koji se odnose na broj krivičnih dela i prekršaja izvršenih posle donošenja Zakona, na egzaktan i precizan način može utvrditi kakve efekte je imala primena Zakona i kažnjavanje izvršilaca delikata u oblasti eventualnog smanjenja broja izvršenja akata nasilja na sportskim priredbama. Podaci MUP RH pokazuju da je tokom 2001. godine zabeleženo 47 slučajeva nasilja na fudbalskim utakmicama i da je u najvećem broju slučajeva bilo reči o međusobnim sukobima navijačkih grupa prilikom kojih su izvršavana krivična dela i prekršaji. U tim neredima bilo je povređeno 89 navijača, od čega 11 teško, oštećeno je 20 autobusa, 36 policijskih vozila, 2 privatna vozila i 1 tramvaj. Privedeno je ukupno 337 navijača, a protiv njih 47 podnete su krivične prijave, dok je protiv 228 podnet zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.⁴⁸

Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima počeo je u Hrvatskoj da se primenjuje 23. jula 2003. godine, čime je postao funkcionalan kazneno pravni mehanizam zaštite sporta u segmentu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Međutim, iako je radi suzbijanja nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama započeto sa sankcionisanjem izvršilaca takvog ponašanja, ipak su se tokom prve godine primene Zakona pojavili problemi koje je trebalo hitno rešiti kako bi primena Zakona postigla svrhu, tj. kako bi se povećala sigurnost gledalaca, sportista i drugih učesnika sportske priredbe. Analize koje je sprovedla hrvatska policija, pokazale su da uprkos primeni zakona dolazi do izvršenja još težih oblika nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, nego što je to bilo pre donošenja Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima. Ispostavilo se da su neki izvršioc i prekršaja i krivičnih dela na sportskim priredbama, uprkos podnetim prijavama ili donetim sudskim odlukama i dalje nastavljali sa vršenjem akata nasilja na sportskim priredbama. Od početka primene Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima pa do 31. decembra 2005. godine hrvatska policija je zbog nereda na sportskim priredbama podnela ukupno 1335 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka protiv 1581 osobe. Osim toga, pripadnici hrvatske policije su u tom periodu u skladu sa odredbama članova 25. i 26. Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima preventivno priveli ukupno 2255 osoba koje su dolazile na sportske priredbe, a koje

48 D.Primorac, op. cit, str. 313.

su svojim ponašanjem izazvale osnovanu sumnju da su pod uticajem alkohola, opojnih droga ili da su prema ispoLjenom ponašanju spremne da izazovu nered.⁴⁹ Kao i pre donošenja Zakona, i u periodu posle donošenja Zakona, najveći broj deliktних ponašanja evidentiran je na fudbalskim utakmicama – ukupno 244 slučaja, dok je na osltalim sportskim priredbama zabeležno samo 34 incidenta.

O razočaravajućim efektima primene hrvatskog Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima govori i podatak da je od početka primene Zakona, pa do 31. decembra 2005. godine zabeležen veliki broj tuča navijača u kojima je povređeno mnogo policajaca i oštećeno mnogo vozila i druge imovine. U odnosu na period pre primene Zakona, kada se najveći broj slučajeva nasilničkog ponašanja događao na sportskim priredbama i u neposrednoj blizini sportskih objekata u okviru kojih su priredbe održavane, uočeno je da se po donošenju Zakona, najveći broj protivpravnih ponašanja koja predstavljaju nasilničko ponašanje, događa tokom putovanja na sportske priredbe i u ugostiteljskim objektima koji se nalaze na putu ka sportskim objektima u kojima se održavaju sportske priredbe. Takva situacija uticala je na hrvatskog zakonodavca da 2006. godine donese Zakon o izmenama i dopunama zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima i da izmenama pooštri sankcije (pre svega zatvorske i novačane kazne) koje se mogu izreći izvršiocima akata nasilja na sportskim priredbama. Međutim, pošto je dosadašnja praksa kažnjavanja pokazala male efekte i opovrgla rašireno laičko uverenje da je kažnjavanje najefikasnije sredstvo za suzbijanje kriminaliteta i svih drugih negativnih društvenih pojava, ni u narednom periodu ne može se očekivati da će primena Zakona o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima imati bolje efekte u oblasti sprečavanja i suzbijanja nasilja na sportskim priredbama. Takvoj neefikasnosti kazneno pravnog mehanizma, u ovom slučaju doprinosi još jedna okolnost, koja je zajednička Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj, a to je neefikasnost u radu sudova i blaga kaznena politika sudova. Zato treba uzeti u obzir činjenicu da su mali efekti primene Zakona prisutni i zbog okolnosti da su hrvatski sudovi od ukupno 1355 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, rešili jedva nešto više od pola predmeta – 749, dok su u najvećem broju presuđenih predmeta, izvršiocima akata nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama izrečene

49 D.Primorac, op. cit, str. 319.

opomene i novčane kazne. Samo 10 slučajeva okončano je izricanjem kazne zatvora.

IV Zaključak

Prethodno opisani primeri Engleske, Poljske, Češke, Italije, Bugarske, Švajcarske, Švedske i Hrvatske potkrepljuju tvrdnju da u nacionalnim zakonodavstvima evropskih država postoji veliki broj izvora krivičnog i prekršajnog prava prava koji stvaraju mehanizam kazneno pravne zaštite sporta i aktivnosti povezanih sa sportom i da je donošenje Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u Srbiji izvršeno u skladu sa zakonodavnom praksom ostalih evropskih država. Istovremeno pokazano je da u poređenju sa Engleskom, Italijom i Poljskom, primena odgovarajućeg zakona u Srbiji nije dala zadovoljavajuće rezultate na planu borbe protiv nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama.

Dosadašnja praksa pravnog regulisanja sporta i na propisima zasnovanog sankcionisanja deliktne ponašanja iz oblasti sporta, pokazala je da donošenje sve obimnijih propisa i izricanje sve strožih sankcija ne garantuje da će problem deliktne ponašanja povezanog sa sportom i navijanjem biti rešen, ili barem umanjen. Ipak, postojanje propisa koji uređuju tu oblast, predstavlja ne samo krajnju – najrepresivniju meru borbe protiv devijantnog ponašanja u sportu, već i dokaz o tome da države prepoznaju sport kao izuzetno bitnu društvenu vrednost, koja se mora štiti i merama represije. Međutim, najnovija iskustva Srbije iz 2009. i sa početka 2010. godine svedoče da takvo, povećano pokazivanje brige države i njenih organa za sport kroz donošenje izuzetno restriktivnih propisa kojima se štite sport i društvene vrednosti povezane sa sportom, može da ima mnogobrojne neželjene efekte.

Najnovija kriminalno-politička orijentacija Republike Srbije u suzbijanju raznovrsnih nedozvoljenih ponašanja u oblasti sporta koja je iznuđena pod „presingom” nastalim usled eskalacije teškog nasilja izvršenog od navijačkih grupa, dovela je do toga da su nadležni državni organi u proteklom periodu insistirali na hitnom propisivanju sve većeg broja krivičnih dela, umesto propisivanja i sankcionisanja nekog drugog vida nedozvoljenog ponašanja u sportu. To je dovelo do situacije u kojoj je Srbija, u odnosu na druge evropske države, postala zemlja čiji pravni sistem

propisuje najdugotrajnije zatvorske kazne za mnogobrojna nedozvoljena ponašanja povezana sa sportom i sportskim aktivnostima. Takva situacija prisutna je, ne samo u oblasti propisivanja sankcija za nasilničko ponašanje na sportskim priredbama, već i u oblasti sankcionisanja krivičnih dela povezanih sa dopingom u sportu. Time je pokazano naivno verovanje države i njenih organa da je na nasilje i devijantno ponašanje pojedinaca najbolje odgovoriti institucionalizovanim nasiljem, a istovremeno je prenebregnuta činjenica da svrha borbe protiv nasilja u sportu i svrha borbe protiv dopinga u sportu nije punjenje zatvora mladim ljudima (navijačima, sportistima i trenerima). Umesto toga, osnovni cilj primene propisa namenjenih borbi protiv devijantnog ponašanja u sportu treba da bude uklanjanje uzroka koji dovode do takvih nedopuštenih ponašanja i stvaranje uslovi za bezbedno i neometano obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti.

U Srbiji ima izuzetno mnogo uzroka socijalne, ekonomske i političke prirode koji utiču na pojavu i intenziviranje protivpravnih ponašanja povezanih sa sportom, a najvećim delom ti uzroci predstavljaju nasleđe iz devedestih godina XX veka kada su ratno okruženje, ekonomska kriza i politička nestabilnost doprineli urušavanju zdravog sistema društvenih vrednosti i ohrabivanju nasilničkog i kriminalnog ponašanja. Osim toga, pravna nesigurnost koja je dobrim delom plod nedovršene i do nepreglednosti produžene tranzicije, takođe doprinosi bojazni da država primenom mnogobrojnih propisa neće moći da se izbori sa problemima protivpravnog ponašanja u sportu. Dosadašnji neuspeh u primeni učestalo menjanih i dopunjanih propisa namenjenih kazneno pravnoj zaštiti sporta pokazuje da je propise mnogo lakše doneti nego pravilno i dosledno primeniti. Ishitreno donošenje raznovrsnih zakona, bez sagledavanja mogućnosti njihove primene u praksi i preširoka kazneno pravna represija bez jasnih kriterijuma koji bi omogućili usklađenost krivične i prekršajne reakcije države, jedan je od faktora koji su uticali na male efekte primene kazneno pravnog mehanizma zaštite sporta u Srbiji. Takvo iskustvo govori da je paralelno sa donošenjem propisa neophodna stručna specijalizacija zaposlenih u policiji i tužilaštvu, pošto su oni osnovni nosioci funkcije otkrivanja i gonjenja krivičnih dela i prekršaja u Republici Srbiji. Specijalizacija znanja zaposlenih preko je potrebna i u sudovima kako bi otkriveni slučajevi deliktne ponašanja u sportu bili pravilno, pravično i efikasno presuđeni. Bez dobro obučeni kadrova

u organima pravosuđa, primena novih propisa namenjenih kazneno pravnoj zaštiti sporta i aktivnosti povezanih sa sportom neće biti moguća. Istovremeno, pravilna i dosledna primena propisa koji čine kazneno pravni mehanizam zaštite sporta i ujednačena i odmerena kaznena politika sudova pri sankcionisanju deliktnog ponašanja povezanog sa sportom, neophodni su preduslovi za stvaranje pozitivne društvene klime koja treba da doprinese da primena mera represije kao dela mehanizma pravne zaštite sporta bude prihvaćena od celokupnog društva. Ako se umesto toga u Srbiji nastavi sa „kampanjskom”, sporadičnom i selektivnom primenom propisa i praksom neujednačenog sankcionisanja istovrsnih deliktnih ponašanja izvršenih od različitih učinilaca, biće mnogo neželjenih reakcija javnosti koje su se do sada manifestovale, ne samo u stvaranju „heroja” i „antiheroja” koji promovišu protivpravno, nasilničko i odmetničko ponašanje u sportu, već i u osporavanju potrebe za postojanjem mehanizma kazneno pravne zaštite sporta.

LITERATURA

1. D. Jovašević, Prilog određivanju pojma i elemenata međunarodnog krivičnog dela, u: Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Primena međunarodnih krivičnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima”, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, 2004.
2. European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (T-RV) - National Report by Italy, nalazi se na veb-stranici: http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Italy_en.asp#TopOfPage.
3. D. Primorac, Sport i protupravna ponašanja, u: Uvod u Sportsko pravo, Inženjerski biro, Zagreb, 2009.
4. Hooliganism now against the law, nalazi se na veb-stranici: <http://www.cbw.cz/en/hooliganism-now-against-the-law/3491.html>.
5. Italian police kill football fan, nalazi se na veb-stranici: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/7089485.stm>.
6. Italy Passes Anti-Soccer Violence Law, nalazi se na veb-stranici: <http://www.spiegel.de/international/europe/0,1518,475642,00.html>.
7. Italy to resume play after anti-hooligan laws, nalazi se na veb-stranici: http://www.monstersandcritics.com/sport/soccer/article_1261063.php/Italy_to_resume_play_after_anti-hooligan_laws.
8. J. Ćirić, Đ. Đorđević i R. Sepi, Kaznena politika sudova u Srbiji, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd, 2006.
9. Report on compliance with the European Convention on Spectator Violence, nalazi se na veb-stranici: http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/Poland_en.asp#TopOfPage.
10. Sweden proposes law against hooliganism, nalazi se na veb-stranici: <http://www.thelocal.se/15186/20081024>.
11. V. Đurić, Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta, u: Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008.

Dejan Šuput, LL.M
Research Associate
Institute of Comparative Law

EUROPEAN COUNTRIES LAWS REGULATING FIGHT AGAINST SPECTATOR VIOLENCE IN SPORT EVENTS

Laws of many European countries pose a very wide scope of provisions aimed at curbing the occurrence of spectator violence at their sports stadiums and facilities. All of those laws were drafted and enacted to satisfy the exigencies of the Council of Europe Convention on Spectator Violence. The most important rules prescribed by that Convention were presented and analysed within this text. The importance of the European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Event and in Particular at Football Matches was clearly explained and clarified.

The conclusion was drawn that national legislation regulating fight against spectator violence is complex and differs from country to country. Within this article laws regulating fight against that sociological problem in England, Italy, Poland, Czech Republic, Sweden, Switzerland and Croatia were analysed and presented. The legislators of the above listed European countries have simply reacted to the needs and demands of their particular socio-cultural situation and their situation has been compared with the situation existing in Serbia in past eight years.

Key words: *sport, violence, hooligans, state, crime.*

Doc. dr Snežana Stojanović

UDK: 347.72+336.27(435.9+494)

Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Pregledni naučni rad

PORESKA KONKURENCIJA U SAVREMENIM EVROPSKIM DRŽAVAMA: SLUČAJ LUKSEMBURGA I ŠVAJCARSKO

Poreske sisteme savremenih država karakteriše pojava različitih mera koje dovode do toga da oni budu posebno atraktivni za investitore iz drugih država. Ovome posebno doprinosi olakšice pri oporezivanju stranih kompanija i nerezidenata, ali i niže poreske stope u odnosu na države iz okruženja. U slučajevima kada osobine poreskog sistema jedne države utiču na umanjene poreških prihoda drugih država, reč je o postojanju nepravične poreske konkurencije. U tom smislu, posebno su zanimljivi slučajevi nepravičnih poreskih mera u veoma razvijenim državama, kao što su Švajcarska i Luksemburg, o kojima je reč u ovome radu.

Ključne reči: poreski sistem; kompanije; porez na dobit kompanija; konkurentnost; nepravičnost; rezidenti i nerezidenti; bankarska poverljivost; međudržavna razmena informacija

Uvod

U savremenom svetu veliki značaj pridaje se fenomenu poreske konkurencije, i to posebno negativnim posledicama koje njeno postojanje može prouzrokovati. Ovom pitanju se naročita pažnja posvećuje u Evropskoj uniji, budući da postojanje nepravičnih poreskih režima dovodi do poremećaja u funkcionisanju kako unutrašnjih tržišta država-članica, tako i zajedničkog tržišta same Unije. U tom smislu, 1997. godine usvojen je poseban Kodeks ponašanja u oporezivanju poslovne aktivnosti koji, mada nije pravno obavezujući dokument, u velikoj meri utiče na poresku politiku država-članica. U pitanju je akt putem koga su se države politički obavezale na rešavanje problema nepravičnih mera u oblasti oporezivanja poslovne aktivnosti u Uniji, ali i na širem

međunarodnom planu. S obzirom na to da Kodeks nije pravni akt, to njime nisu propisane ni pravne sankcije koje se mogu primeniti u slučaju njegovog nepoštovanja. Ipak, moguća je primena određenih političkih sankcija, odnosno vršenje različitih političkih pritisaka¹. Inače, sam Kodeks bavi se pitanjima onih mera u oblasti oporezivanja poslovne aktivnosti koje se primenjuju sa ciljem obezbeđivanja nižeg nivoa oporezivanja od onog koji se uobičajeno primenjuje u određenoj državi-članici. Ujedno, karakteristično je da ove mere utiču ili mogu uticati, u značajnom obimu, na lokaciju poslovne aktivnosti u samoj Uniji.

U vezi sa Kodeksom ponašanja, a u pogledu oporezivanja poslovne aktivnosti, Evropska komisija pozvala je države-članice da se politički obavežu na poštovanje principa pravične konkurencije, i da se suzdrže od preduzimanja mera koje mogu prourovokovati nepravičnu konkurenciju u poreskoj sferi². Kodeksom je utvrđena lista potencijalno nepravičnih poreskih mera koje (kao što je već istaknuto) utiču ili mogu uticati, u značajnom obimu, na lokaciju poslovne aktivnosti u samoj Uniji. Ovom listom obuhvaćene su mere kojima se obezbeđuje značajno niži nivo efektivnog oporezivanja (uključujući i nulte poreske stope) u poređenju sa nivoom koji se uobičajeno primenjuje u pojedinačnoj državi-članici. Reč je o: nominalnim poreskim stopama, poreskim osnovicama i drugim elementima poreske obaveze na koje se može uticati primenom odgovarajuće mere. U izveštaju o primeni Kodeksa, usvojenom 1999. godine, posebna radna grupa predvođena britanskim ministrom finansija Primarolom (*Dawn Primarolo*), poznatija kao „Primarolo grupa”³, opisala je skoro 270 mera koje predstavljaju preferencijalne poreske režime u državama-članicama. Od toga je čak 66 režima identifikovano kao

1 Vid.: Michael Vaden Abeele, „Tax Competition within Europe”, speech given on the annual conference of the Foundation for Fiscal Studies: *Irish Corporation Tax: Fair or Foul?* Dublin, Irleand, 1.10.1999 i Heleen Nijkamp, „Landmark agreement on EU tax package: new guidelines stretch scope of EU Code of Conduct”, *EC Tax Review*, 2001/3, str. 147.

2 Vid.: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: *A Package to Tackle Harmful Tax Competition in the European Union*, Brussels, 5.11.1997, COM(97) 564 final, str. 4.

3 U pitanju je grupa eksperata ustanovljena 9. marta 1998. godine sa ciljem utvrđivanja poreskih mera u državama-članicama koje mogu biti podvedene pod okvir Kodeksa ponašanja. Drugu obavezu grupe predstavljao je nadzor nad obezbeđivanjem informacija o primeni ovih mera od strane nacionalnih poreskih organa.

potencijalno nepravično. Osim ovoga, izvršeno je razgraničenje zavisno od toga da li je pojedinačna mera primenjena u državama-članicama EU, evropskim teritorijama čija spoljna politika predstavlja odgovornost država-članica u skladu sa EZ ugovorom ili je konkretna mera primenjena od strane zavisnih i pridruženih teritorija⁴. Karakteristično je da su u izveštaju navedeni i izuzetno nepravični poreski režimi, koji su na snazi u najrazvijenim državama-članicama Unije. Međutim, pored EU i OECD (Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj) bavi se pitanjem postojanja nepravičnih poreskih režima i merama koje treba preduzeti radi njihovog otklanjanja i sprečavanja negativnih efekata njihovog postojanja. Karakteristično je da se pod obuhvat istraživanja i primene Kodeksa ponašanja potpadaju samo države-članice EU, dok se Projekat o nepravičnim poreskim režimima koji je OECD započela 1998. godine odnosi na znatno veći broj zemalja, država-članica ove međunarodne organizacije.⁵

Polazeći od rezultata istraživanja i same Evropske komisije, tj. Primarolo grupe, kao i sprovođenja OECD-ovog projekta, dolazi se do zaključka da nepravične mere postoje ne samo u siromašnijim i manje razvijenim državama, nego i u državama velike privredne razvijenosti i značajnog dohotka *per capita*. U tom smislu, posebno je zanimljiv slučaj Luksemburga, kao jedne od najstarijih država-članica Unije, i Švajcarske kao veoma bogate države koja nije član EU, ali zato jeste njen neposredni sused. Upravo poreskim merama koje se preduzimaju u ovim državama i koje njihove poreske sisteme čine konkurentnim, ali sa izvesnom dozom negativnosti, bavićemo se u ovom radu.

1. Poreski tretman poslovne aktivnosti u Luksemburgu

Poreski sistem Luksemburga, u domenu oporezivanja kompanija, karakteriše jednak tretman rezidentnih i nerezidentnih kompanija i primena principa merodavnosti poslovnog bilansa za poreski bilans (eng.

4 Vid.: „Appendix (ii): List of potentially harmful preferential tax measures included in the Code of Conduct Report of 29 November 1999” u Ben. J. Kiegebeld, *Harmful Tax Competition in the European Union: Code of Conduct, Countermeasures and EU Law*, str. 158-160. i Matthias Mors, „Tax Competition in Europe – An EU Perspective” in Wolfgang Schön (editor), *Tax Competition in Europe*, IBFD, Amsterdam, 2003, str. 141-144.

5 Vid.: Snežana Stojanović, „Nepravična poreska konkurencija u Evropskoj uniji”, *Strani pravni život*, br. 2/2009, str 139-158.

congruency principle) kod određivanja osnovice na koju se primenjuje porez na ostvareni profit. Oporeziva osnovica može se razlikovati od poslovnog rezulta samo u slučaju kada se ustanovi postojanje takozvane „skrivenih dividende”, odnosno transakcije između kompanije i njenog akcionara izvršene sa ciljem da se znatan deo profita „skloni” od oporezivanja. Da bi se ovakav način izbegavanja plaćanja poreza otklonio, propisana je primena principa „van dohvata ruke”, što znači da se osnovica poreza na dobit uvećava za onaj deo profita koji je raspodeljen pre nego što je izvršeno utvrđivanje poreske obaveze kompanije.

Značajno pitanje iz oblasti poreskog računovodstva je i tretman transakcija koje karakteriše prisustvo transfernih cena. Pravilo je da se transakcije koje se odvijaju između kompanija u jednoj grupi vrše po cenama koje se primenjuju i u odnosima između nepovezanih kompanija, tj. kada se primeni princip „van dohvata ruke”. Ovo podrazumeva da poreski organi vode računa o transferisanom profitu, kad god cena po kojoj je izvršena transakcija nije usklađena sa trenutnim stanjem na slobodnom tržištu, i tada se umesto transferne cene primenjuje realna tržišna cena.

Luksemburško pravo karakteriše nepostojanje posebnih normi kojima se regulišu povlašćeni poreski tretman rezidenata, zbog čega se u ovakvim situacijama primenjuju opšte odredbe o sprečavanju izbegavanja plaćanja poreza. Smatra se da zloupotreba prava postoji u sledećim slučajevima:

- kada se ponašanje poreskog obveznika može objasniti isključivo namerom neizvršavanja poreske obaveze;
- kada postoji namera „zaobilaženja” sporne poreske odredbe;
- kada je poreski obveznik dozvolio da se nađe u situaciji koja mu omogućuje izbegavanje poreske obaveze, budući da u konkretnom slučaju nisu uzeti u obzir cilj i namera zakonodavca.

Ukoliko su navedeni uslovi ispunjeni, poreski organi mogu smatrati da je u konkretnom slučaju poštovan zakon i da je transakcija obavljena u skladu sa svojom ekonomskom prirodom, i u vezi sa tim primeniti odgovarajuće poreske norme. Na ovaj način, ekonomska priroda transakcije, u stvari, predstavlja suštinski element na osnovu koga se utvrđuje postojanje zloupotrebe prava, a time i postojanje namere izbegavanja poreske obaveze.

I kao što nema posebnih normi kojima se reguliše povlašćeni poreski tretman rezidenata, tako nema ni posebnih normi u vezi sa stranim korporacijama (eng. *Controlled Foreign Corporations, CFC*). Za strane korporacije koje plaćaju mali ili uopšte ne plaćaju porez smatra se da nisu ekonomski prisutne u Luksemburgu. Iz ovog razloga se i dividende raspodeljene domaćim akcionarima izuzimaju od oporezivanja, tako da ukupan poreski teret kompanije iznosi efektivnih 15% poreza na dobit ostvarenu pre raspodele. Time se delimično opterećuju i same dividende. Drugi način da se dividende „zahvate” jeste da se podvrgnu porezu na dohodak koji plaćaju akcionari, kao fizička lica, budući da same dividende ulaze u masu prihoda koji čine dohodak: u slučaju kada akcionari u potpunosti kontrolišu kompaniju, komercijalni profit se može oporezovati direktno u rukama akcionara, i to iz razloga što raspolaganje profitom zavisi isključivo od njihove volje.

U svom izveštaju o primeni Kodeksa „Primarolo grupa” je, u okviru liste nepravičnih poreskih režima, navela i određene poreske mere koje su na snazi u Luksemburgu, a koje je potrebno ukloniti u cilju efikasnijeg funkcionisanja zajedničkog tržišta Unije. Navedeno je pet izrazito nepravičnih poreskih mera: (a) takozvani Koordinacioni centri (eng. *Coordination Centres*); (b) holding kompanije prema režimu iz 1929. godine (eng. *1929 Holding Companies*); (c) finansijske kompanije (eng. *Finance Companies*); (d) pravne norme koje se odnose na poreski tretman fluktuacija u oblasti reosiguranja i (e) finansijski tretman ogranaka nerezidentnih kompanija.⁶

Inače, poreski sistem Luksemburga karakteriše postojanje nižeg poreskog opterećenja u poređenju sa državama iz neposrednog okruženja. Međutim, treba istaći da se isti režim oporezivanja primenjuje i na rezidentne i na nerezidentne kompanije, budući da kao što je već rečeno, luksemburško pravo strogo zabranjuje primenu različitih poreskih stopa na identične slučajeve, nezavisno od toga da li se poreski događaj odigrao u državi ili inostranstvu. Jedini izuzetak od ovog pravila predviđen je kod

6 Upored.: „Appendix (ii): List of potentially harmful preferential tax measures included in the Code of Conduct Report of 29 November 1999” u Ben. J. Kiegebeld, *Harmful Tax Competition in the European Union: Code of Conduct, Countermeasures and EU Law*, str. 158. i Council of the European Union, *Report from the Code of Conduct Group to ECOFIN Council on 29 November 1999, SN 4901/99*, Brussels, 23 November 1999, str. 23-28. i 314-315.

oporezivanja profita ostvarenog od strane rezidentnih kompanija: one su u obavezi da, pored plaćanja centralnog poreza na dohodak korporacija, plate i takozvani opštinski porez na poslovnu aktivnost (eng. *municipal business tax*). Ovaj porez predstavlja dodatno poresko opterećenje za domaće kompanije, a kao opravdanje za njegovo postojanje ističe se potreba da se izvrši kompenzacija troškova koje proizvodi samo obavljanje poslovne aktivnosti na teritoriji jednog lokaliteta. Tako, primera radi, dok nerezidentne kompanije plaćaju porez po stopi od 22%, dotle one koje su locirane u Gradu Luksemburgu plaćaju porez po efektivnoj stopi od 30,38%⁷

Iako je od sredine osamdesetih godina 20. veka poresko opterećenje poslovne aktivnosti u Luksemburgu postepeno smanjivano (sa 45% u 1986. na 40% u 1990. i zatim 22% od 2002.), ova država suočila se sa značajnim padom privredne aktivnosti u oblasti industrije čelika, koja predstavlja njenu najrazvijeniju privrednu granu i najvažniji prirodni resurs. Kako bi se nadomestili gubici, država je odlučila da se fokusira na razvoj finansijskog sektora i tako obezbedi potrebna finansijska sredstva. U sferu finansijskog poslovanja uveden je značajan stepen *bankarske poverljivosti*, čime je trebalo privući bankarske i finansijske aktivnosti. Pošlo se od toga da je novčani kapital izrazito mobilan i ne zahteva postojanje određenih prirodnih resursa i odgovarajuće infrastrukture, tako da je bilo moguće da se za kratko vreme dođe do značajnog novčanog kapitala i oporavka luksemburške privrede. I upravo to se i desilo. Poseban uticaj ostvaren je na nemačke banke, koje su obavljanje značajnog dela svojih finansijskih aktivnosti „prebacile” na teritoriju Luksemburga, jer su time u velikoj meri smanjivale troškove poslovanja u Nemačkoj⁸. Uvođenjem principa bankarske poverljivosti nisu narušene osnovne slobode uvedene Rimskim ugovorom iz 1957. godine, a ujedno su poštovane i odredbe direktiva o bankarskom sektoru iz 1977. godine. Ipak, samo postojanje olakšanog tretmana poslovanja banaka u jednoj državi-članici poslužilo je drugim državama kao osnov za optužbe da to predstavlja nepoštovanje principa osnovnih sloboda u EZ.

Slično se dešavalo i u sferi investiranja, odnosno regulative

7 Opštinski porez ne plaćaju stalne poslovne jedinice rezidentnih kompanija, budući da su one locirane u inostranstvu i njihovo funkcionisanje ne stvara troškove lokalnim zajednicama u Luksemburgu. Više vid.: Alan Steichen, “National Report Luxembourg” in Wolfgang Schön (editor), *Tax Competition in Europe*, str. 313-314.

8 *Ibidem*, str. 322-323.

poslovanja investicionih fondova. Direktivom o investicionim fondovima usvojenom 1985. godine predviđena je mogućnost davanja ovlašćenja preduzeću za kolektivno investiranje u rezidentnoj državi, kada zakonodavstvo ove države zadovoljava kriterijume propisane samom direktivom. Luksemburg je prva država koja je implementirala direktivu, čime je svoje zakonodavstvo prilagodila zahtevanim kriterijumima, i to bez ikakvih dodatnih opterećenja domaće privrede. Posledica ovoga bilo je privlačenje velikih investitora i značajnog finansijskog kapitala. S obzirom na to da investicioni fondovi ulažu novčani kapital u akcije, obveznice i druge hartije od vrednosti, a zatim svoje akcije prodaju samim investitorima, to je sam profit ostvaren od strane ovih fondova praktično neoporeziv, ali zato poresko opterećenje pada na akcionare, tj. investitore nakon raspodele akcionarskog kapitala.

Iako je poreski sistem Luksemburga konkurentan u poređenju sa sistemima drugih država-članica EU, poreske mere koje je Primarolo grupa nazvala nepravičnim ipak ne predstavljaju pravilo poreske politike ove države, već su u pitanju izuzeci koji će u određenom vremenskom periodu biti ukinuti. Tako su, primera radi, najviše „napadane” holding kompanije na koje se primenjuje režim iz 1929. godine ili izričito isključene iz uživanja olakšica utvrđenih poreskim ugovorima zaključenim sa drugim državama ili države-ugovornice tumače ugovor tako da navedene kompanije isključuju iz okvira njegove primene. Budući da holding kompanije prema Zakonu iz 1929. godine ne snose nikakvo poresko opterećenje u Luksemburgu, to ograničenje ugovornih beneficija predstavlja pravo druge države-ugovornice, u smislu mogućnosti da primenom domaćeg zakona oporezuje u potpunosti profit ostvaren od strane holdinga (ili raspodeljene dividende).⁹

Prema navedenom Zakonu holding kompanije se bave isključivo upravljanjem akcijama drugih kompanija (domaćih i stranih) i posebno su ograničene u obavljanju uobičajenih komercijalnih aktivnosti. Ova vrsta kompanija uživa nekoliko poreskih olakšica: (1) najpre su izuzete od plaćanja luksemburškog poreza na dobit korporacija i poreza po odbitku na raspodeljene dividende, i to nezavisno od rezidentstva kompanije-primaoca dividendi; (2) takođe, izuzete su od plaćanja opštinskog poreza na poslovnu aktivnost i poreza na neto bogatstvo kojima su pogođene ostale rezidentne kompanije; (3) izuzete su i od plaćanja poreza na

⁹ Vid.: Alan Steichen, „National Report Luxembourg” in Wolfgang Schön (editor), *Tax Competition in Europe*, str. 317-326.

kapitalni dobitak ostvaren od akcija, kao i od plaćanja poreza na dobit, nakon što same kompanije budu likvidirane. Jedini porez koji pogađa holding kompanije je godišnji porez u visini od 0,2% koji se plaća na samo posjedovanje akcija. Budući da ovakav režim znatno odstupa od uobičajenog pravnog režima kompanija u Luksemburgu, Primarolo grupa ga je u svom izveštaju o primeni Kodeksa svrstala u izrazito nepravični poreski režim, a Evropska komisija je odredila 2010. godinu kao krajnji rok njegovog ukidanja.¹⁰ Naravno, ovo podrazumeva i potrebu da se zaključe novi poreski ugovori ili izmene postojeći, o čemu će biti više reči drugom prilikom.

U vezi mera čije preduzimanje zahtevaju OECD i Evropska komisija kao veoma važne u borbi protiv nepravične konkurencije, treba istaći da Luksemburg poštuje zahtev za razmenom informacija sa drugim državama, kao i pružanjem međudržavne administrativne pomoći. Razmena informacija, odnosno pružanje pomoći odvija se u skladu sa klauzulama iz poreskih ugovora zaključenih sa drugim državama i u skladu sa zahtevima OECD-a iz Model konvencije o dvostrukom oporezivanju. Pri tom, značajno je da princip bankarske poverljivosti koji je sastavni deo luksemburškog pravnog sistema, ne predstavlja smetnju za ispunjavanje zahtevanih obaveza, budući da poverljivost nije ni približno toliko snažna kao što je, primera radi, slučaj sa Velikom Britanijom, za koju bi se moglo reći da u ovoj oblasti ima izrazito nepravičnu regulativu.¹¹

2. Poreski tretman poslovne aktivnosti u Švajcarskoj

Za razliku od Luksemburga, Švajcarska nije članica EU, ali zato jeste njen neposredni sused. Poreski sistem ove države, naročito u domenu oporezivanja preduzeća, karakterišu određene osobine koje ga čine veoma konkurentnim u odnosu na države iz okruženja, tj. članice EU. Imajući u vidu da se Kodeks ponašanja za oporezivanje poslovne aktivnosti bavi samo pitanjem poreskog tretmana kompanija u Uniji, to se njegove odredbe, a samim tim ni sankcije ne mogu primeniti na Švajcarsku. Ipak,

¹⁰ Vid.: Carlo Pinto, *Tax Competition and EU Law*, EUCOTAX, Kluwerlaw International, The Hague, 2003, str. 257-259.

¹¹ Više vid.: Alan Steichen, „National Report Luxembourg” in Wolfgang Schön (editor), *Tax Competition in Europe*, str. 335-336.

u samom pravnom sistemu ove države nalaze se takvi elementi kojima se direktno utiče na sprečavanje nepravične poreske konkurencije, budući da je sama konkurencija sastavni deo interkantonalnih odnosa. Pre svega, potrebno je naglasiti da se već više od pola veka primenjuje jedna vrsta kodeksa ponašanja u vezi sa sprečavanjem nepravične poreske konkurencije. U pitanju je sporazum zaključen između kantona, koji se bavi pitanjem poreskih rajeva u pogledu novoosnovanih preduzeća i zabranom zaključivanja pojedinačnih poreskih aranžmana između poreskih organa i poreskih obveznika.

Pored ovoga, poreska konkurencija ograničava se i odredbama Saveznog zakona o poreskoj harmonizaciji (eng. *Federal Law on Tax Harmonization*), koji je bio primenjivan do kraja 2000. godine od strane kantonalnih zakonodavnih vlasti. Ovaj zakon sadrži odredbe kojima se postavlja okvir za utvrđivanje poreske osnovice, a time i ograničavanje interkantonalne konkurencije u ovoj oblasti. Ipak, konkurencija je prisutna u određivanju visine poreskih stopa, budući da je samim ustavom propisana sloboda kantona u regulisanju ovog pitanja. Navedeno, u stvari, znači postojanje harmonizacije u pogledu određivanja poreske osnovice i konkurencije u pogledu određivanja poreske stope.¹² Pri tom, karakteristično je da se, kao i u Luksemburgu, ne pravi razlika u tretmanu između domaćih i stranih kompanija, odnosno investitora.¹³

U poređenju sa drugim evropskim državama, u Švajcarskoj se primenjuju dosta niže poreske stope kod oporezivanja dohotka ne samo pravnih lica, nego i fizičkih. Sama visina poreskih stopa u pojedinačnim kantonima u direktnoj je vezi sa stepenom njihove privredne razvijenosti i bogatstva. Tako, bogatiji kantoni uglavnom propisuju niže poreske stope, ali zato imaju i veće rashode posmatrano *per capita*, a siromašniji kantoni nastoje da putem viših poreza obezbede potrebne budžetske prihode.

Specifičnost poreza na dohodak korporacija jeste podrgavanje plaćanju direktnog federalnog poreza, i to prema utvrđenim statutornim stopama. Pored ovoga, kada se poslovna aktivnost obavlja od strane pravnih lica organizovanih u nekoj od zakonom propisanih formi, postoji i obaveza plaćanja poreza po odbitku na svaku raspodelu ostvarenog

12 Upared.: Robert Waldburger, „National Report Switzerland” in Wolfgang Schön (editor), *Tax Competition in Europe*, str. 471-472.

13 *Ibidem*, str. 474.

profita, i to po stopi od 35%, nezavisno od toga da li je raspodela odobrena od strane skupštine akcionara ili je „skrivena”.

I pored toga što je Federalni zakon izričit u pogledu oporezivanja čitavog ostvarenog profita, nezavisno od toga da li se radi o domaćim ili stranim kompanijama, propisani su i izvesni izuzeci, kada se primenjuju određene poreske olakšice. U pitanju je specijalni tretman holding, administrativnih i mešovitih kompanija. Dok holding kompanije uopšte ne plaćaju kantonalne poreze, dotle se za dohodak koji su administrativne i mešovite kompanije ostvarile u inostranstvu pruža delimična poreska olakšica. Pri tom, olakšica se pruža nezavisno od toga da li je reč o kompaniji koja je u svojini domaćih ili stranih investitora.

Polazeći od navedenog: da je tretman domaćih i stranih kompanija uvek isti u identičnim situacijama i da se na svaku raspodelu profita plaća porez po odbitku od 35%, to je stav švajcarske vlade da u ovoj državi ne postoje poreske forme koje su nepravične. Vlada svoj stav zasniva na Izveštaju OECD-a iz 1998. godine o nepravičnim poreskim režimima, u kome je izričito naglašeno da su nepravični režimi oni u kojima postoje nulte ili izrazito niske poreske stope.¹⁴

S obzirom na to da se u švajcarskom poreskom sistemu primenjuje princip neutralnosti uvoza kapitala (eng. *capital import neutrality*), to su prihodi koje ostvaruju ogranci švajcarskih kompanija u inostranstvu izuzeti od plaćanja švajcarskog poreza. Takođe, dividende koje potiču od raspodele dobiti domaćih i od stranih ogranaka uživaju poresko oslobođenje.

U vezi sa pružanjem poreskih olakšica značajno je i pitanje tretmana transakcija između povezanih preduzeća, tj. pitanje transfernih cena. U ovoj oblasti se, bez izuzetaka, primenjuje princip van dohvata ruke, i to u skladu sa načelima usvojenim u Smernicama OECD-a o transfernim cenama, jer švajcarsko zakonodavstvo ne reguliše izričito ovo pitanje.

Ono što je takođe značajno istaći u vezi sa borbom protiv nepravične poreske konkurencije jeste međudržavna razmena informacija. Karakteristično je da je Švajcarska stavila rezervu na član 26 OECD Model konvencije, tako da poreskim organima drugih država pruža samo one informacije koje su neophodne za pravilnu primenu konvencije, i zadržava pravo da uskrati informacije koje bi pomogle u pravilnoj primeni

¹⁴ *Ibidem*, str. 475.

domaćeg zakonodavstva strane države. Naravno, direktna posledica ovakvog stava je i to da sama Švajcarska ne može takve informacije da zahteva od drugih država. Izuzetke predstavljaju slučajevi razmene informacija sa organima Sjedinjenih Američkih Država, Nemačke i Norveške, sa kojima Švajcarska ima zaključene poreske ugovore. Slična je i situacija u oblasti pružanja informacija iz bankarske sfere: razmenjuju se samo informacije za koje je to izričito predviđeno klauzulama u zaključenim poreskim ugovorima. Međutim, kada je reč o informacijama koje je neophodno pružiti stranim poreskim organima u cilju sprečavanja i otkrivanja poreske utaje ili prevare počinjene u inostranstvu, pomoć se pruža prema dredbama Zakona o međunarodnoj višestrukoj pomoći iz 1981. godine.

Kao što je u oblasti razmene informacija stavila rezervu na OECD-ovu Model konvenciju, tako Švajcarska ne sledi dosledno ni preporuke ove organizacije u pogledu nezaključivanja, odnosno otkazivanja postojećih ugovora sa državama-poreskim rajevima. Da bi prihodi koje pravna i fizička lica ostvare u inostranstvu bili izuzeti od plaćanja švajcarskog poreza, potrebno je voditi računa da li je to ekonomski opravdano, nezavisno od toga da li je sedište preduzeća u državi sa visokim porezima ili u poreskom raju. Upravo zbog toga se i sama borba protiv poreske evazije ne zasniva na nekim posebnim pravilima, nego na primeni opštih pravila o zabrani zloupotrebe prava. U tom smislu, još 1962. godine, ova država je usvojila unilateralna pravila o zabrani zloupotrebe poreskih konvencija čiji je ona potpisnik. Njima se, pre svega, onemogućuju strane i domaće kompanije da kanališu svoje prihode preko Švajcarske u stranu državu i, na taj način, iskoriste odgovarajuće olakšice predviđene poreskim konvencijama. Ova pravila uneta su u poreske konvencije zaključene sa Belgijom, Francuskom, Nemačkom i Italijom, dok konvencija zaključena sa SAD sadrži odgovarajuće ograničenje u primeni klauzule o poreskim olakšicama.¹⁵

3. Luksemburg i Švajcarska – sličnosti i razlike u poreskom tretmanu poslovne aktivnosti

Polazeći od do sada iznetih karakteristika poreskih sistema Luksemburga i Švajcarske, možemo zaključiti da je reč o državama koje

¹⁵ *Ibidem*, str. 477-478.

podjednako tretiraju rezidente i nerezidente u pogledu poreskih obaveza koje za njih nastaju na teritoriji jedne, odnosno druge države. Određene olakšice u vezi sa poreskom obavezom nerezidentnih kompanija (kao i fizičkih lica) su moguće, ali za to se najčešće zahteva ispunjavanje strogih zahteva utvrđenih u zaključenim poreskim ugovorima ili potpisanim međunarodnim konvencijama.

Sličnost pravnih sistema obe države jeste primena principa bankarske poverljivosti, putem koga se štite podaci o klijentima i komitentima, pa je tako moguće da rezidenti jedne države imaju otvorene račune u švajrskim i luksemburškim bankama i da preko tih računa obavljavaju veći deo ili sve transakcije, što praktično znači da država rezidentstva ne može da „zahvati” prihode ostvarene poslovanjem svojih kompanija. Ovo u krajnjoj liniji dovodi do bogaćenja jedne države na račun druge, a sve zahvaljujući specifičnostima pravnog sistema konkretne države.

Ne samo bankarska poverljivost i neodavanje informacija o bankarskim računima, nego i postojanje relativno niskih stopa kojima je pogođen poslovni rezultat kompanija čini ove dve države veoma primamljivim za investitore i izmeštanje poslovanja stranih kompanija na teritoriju Luksemburga i Švajcarske. Osim toga, u obe države oporezivi profit određuje se u skladu sa principom merodavnosti poslovnog bilansa za poreski bilans, a kod utvrđivanja postojanja transfernih cena polazi se od principa van dohvata ruke.

Ipak, u određenim slučajevima i bankarska tajna može biti odata, ako je to neophodno za otkrivanje poreske utaje ili drugog krivičnog dela, o čemu poreski organi ove dve države moraju biti posebno obavješteni.

Za razliku od Luksemburga koji poštuje zahtev OECD-a za nezaključivanjem novih ugovora i otkazivanjem postojećih sa državama-poreskim rajevima, Švajcarska ima neutralan stav o tom pitanju. Tako ova država kod oporezivanja poslovnog rezultata ostvarenog od strane švajcarske kompanije na teritoriji druge države polazi od činjenice da li za to postoji ekonomska opravdanost ili ne, dok je činjenica da je ta druga država poreski raj u drugom planu. Međutim, i pored ovoga, obe države svoju borbu protiv nepravične poreske konkurencije zasnivaju na primeni opštih pravila o zabrani zloupotrebe prava, pri čemu se u pravnom sistemu svake od njih na odgovarajući način ocenjuje da li u konkretnom slučaju postoji povreda pravne norme ili ne.

Zaključak

Poreska konkurencija je fenomen koji je star koliko i sam porez, i odvajkada su se države nastojale da njihov poreski sistem bude što atraktivniji za pojedinačne poreske obveznike, ali i velike investitore. U tom smislu, u pitanju je pojava koja predstavlja sastavni deo poreskih sistema i čak dovodi do njihovog poboljšanja. Međutim, poseban problem predstavlja nepravična poreska konkurencija. Ovo posebno dolazi do izražaja u današnje vreme, kada je prisutna globalizacija privredne aktivnosti i sve češće prelaženje državnih granica od strane kapitala, rada i usluga, tj. mobilnih privrednih aktivnosti, ne samo jurisdikcije u okviru pojedinačne države, nego i same države.

U vezi sa tim, svaka država nastoji da ponudi što bolje uslove za obavljanje privrednih aktivnosti i investiranje. Naročita pažnja posvećuje se poreskim uslovima i poreskom tretmanu preduzeća, i to na način da se osnovica poreza na dohodak korporacija znatno proširuje, dok se poreska stopa toliko snižava da se skoro približava nuli ili čak i potpuno nestaje. Posledicu ovakvog ponašanja država predstavlja značajna erozija poreske osnovice, ali i stvaranje vrlo „nepravičnog” poreskog ambijenta u poređenju sa uslovima poslovanja subjekata u državama iz okruženja. Sve ovo, dalje, dovodi do toga da se privrede drugih država suočavaju sa gubicima. U cilju sprečavanja ovakvog ponašanja i otklanjanja već nastalih štetnih posledica u Evropskoj uniji i na međunarodnom planu, u okviru OECD-a preduzete su odgovarajuće mere u borbi protiv nepravičnih poreskih režima. U okviru same Unije strogo se propisuju uslovi i od država-članica se zahteva njihovo poštovanje. Ipak, imajući u vidu da su ovi zahtevi sastavni deo akta koji nema pravni, već isključivo politički karakter, i dalje su u mnogim državama prisutne takve poreske mere koje značajno narušavaju principe pravične konkurencije. Pravi primer za to je Luksemburg, koji iako je jedna od najstarijih država-članica EU, ipak su u njemu identifikovane čak četiri poreske mere koje su izrazito nepravične. Čak ni borba koju na međunarodnom planu vodi OECD nema toliko veliku snagu, budući da se pojedine države-članice „oglušuju” o zahteve ove organizacije. Tako u Švajcarskoj koja je jedna od najrazvijenih evropskih država i dalje postoje određeni nepravični poreski režimi, koji u velikoj meri utiču na seljenje rada kapitala iz susednih država na njenu teritoriju. No, i pored toga što pojedine države

ne žele da u potpunosti sarađuju sa organizacijama kojima pripadaju, ipak postoje velike nade da će borba protiv nepravilne poreske konkurencije u doglednoj budućnosti date pozitivne rezultate.

Snežana Stojanović, PhD

University of Kragujevac, Faculty of Law

TAX COMPETITION IN MODERN EUROPEAN ECONOMIES: LUXEMBOURG AND SWITZERLAND

In tax systems of modern economies often exist measures that make them specially attractive for foreign investors. Especially, this is the consequence of certain allowances in paying corporate taxes and taxes by non-residents, but also existence of lower tax rates comparing with neighboring countries. In cases when characteristics of one tax system produce lower tax revenues of other countries, it is possible to talk about harmful tax competition. Related with that, very interesting are cases of harmful tax measures in modern economies, such as Switzerland and Luxembourg.

Keywords: *tax system; companies; company income tax; competitiveness; harmfulness; residents and non-residents; banking secrecy; interstate exchange of information*

Mr Marko Verović
viši predavač,
Veleučilište „Marko Marulić“ u Kninu
e-mail: marko.verovic@si.t-com.hr

UDK: 347.77(497.5:4-672EU)

Pregledni naučni rad

NEKA PITANJA UZ IMPLEMENTACIJU DIREKTIVE 2004/48/EZ U HRVATSKO PRAVO INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA - osvrt na zaštitu industrijskog dizajna

Implementacijom odredbi Direktive 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva u hrvatski pravni sustav nastale su određene nedoumice i pitanja na koje će su ovom radu pokušati naći adekvatni odgovori. Među istima se ističe pitanje pasivnog legitimiteta povreditelja zaštićenog prava, a s tim u vezi i pitanje subjektivne odnosno objektivne odgovornosti povreditelja. Zbog svoje posebnosti navedena pitanja će se proučavati u slučajevima građanskopravne zaštite industrijskog dizajna.

Ključne riječi: *građanskopravna zaštita, pasivni legitimitet, objektivna i subjektivna odgovornost, naknada štete.*

I. UVOD

Prva značajna reforma prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj izvršena je donošenjem posebnih zakona kojima se reguliraju pojedini predmeti zaštite.¹ Navedena reforma predstavlja bitan nepredak

¹ Do reforme prava industrijskog vlasništva 1999. godine u Republici Hrvatskoj na snazi je bio *Zakon o industrijskom vlasništvu* („Narodne novine“ br. 53/91, 19/92 i 61/92, dalje: ZIV), odnosno preuzeti savezni *Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unaprijeđenja i znakova razlikovanja*. Reformom 1999. godine pravo industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj uređeno je posebnim zakonima koji su objavljeni u „Narodnim

u zaštiti industrijskog vlasništva, odnosno Republika Hrvatska uređuje pitanje zaštite sukladno tada postojećim rješenjima u drugim zemljama s tržišnim gospodarstvom.² Uz usklađivanje s postojećim rješenjima ova reforma je ujedno bila početak procesa prilagodbe hrvatskog prava industrijskog vlasništva sa pravnim propisima Europske unije (dalje: EU). Slijedeći značajan napredak u prilagodbi hrvatskog prava industrijskog vlasništva učinjen je reformom prava industrijskog vlasništva 2003. godine,³ kada je Republika Hrvatska svoje zakonodavstvo u velikoj mjeri uskladila sa pravnom stečevinom EU. Iste se godine u Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo Republike Hrvatske (dalje: DZIV) započelo s izradom *Nacionalne strategije razvoja sustava intelektualnog vlasništva 2005. – 2010. godine*, kojom su otvorene daljnje mogućnosti u prilagodbi hrvatskog prava industrijskog vlasništva sa pravnom, stečevinom EU. Slijedeći značajniji zahvati u pravu industrijskog vlasništva Republike Hrvatske poduzeti su izmjenama⁴ *lex specialis* zakona tijekom 2007. godine, a uvjetovani su odredbama Direktive 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva (dalje: Direktiva 2004/48/EZ).⁵

Sam tekst Direktive 2004/48/EZ je dosta neprecizan, ponekad i preopćenit, čime je državama članicama dana velika sloboda u pogledu načina implementacije, tako su ostavljene mogućnosti različitog pristupa s obzirom na općeprocne ali i materijalnopravne sustave država

novinama“br. 78/99, i to:

- Zakono o patentima,
- Zakonom o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova,
- Zakon o žigu,
- Zakon o industrijskom obličju,
- Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga, o tome vidjeti

više ČIZMIĆ, J., *Novo uređenje prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Vladavina prava, Zagreb, 1999. str. 183-190;

2 Vidjeti više RAFEINER, O., *Stanje i razvitak zaštite industrijskog vlasništva u Europi s naglaskom na zbivanja u Srednjoj i Istočnoj Europi*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 4/1997, str. 235, kao i KOPČIĆ, N., *Novim zakonima do suvremenog sustava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski patentni glasnik, 2-3/1994; str. 219-222;

3 Reformom 2003. godine doneseni su novi zakoni cit. op. u bilj. 2, a objavljeni su u „Narodnim novinama“ br. 173/03;

4 Slijedeće izmjene zakona sa područja industrijskog vlasništva objavljene su u „Narodnim novinama“ br. 76/07;

5 *Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*;

članica. Direktivom 2004/48/EZ se ne zadire samo u odredbe svih posebnih zakona o industrijskog vlasništvu,⁶ već i u opće odredbe *Zakona o parničnom postupku* („Narodne novine“, br. 53/91, 91/92, 112/99, 117/03 i 84/08; dalje: ZPP), *Ovršnog zakona* („Narodne novine“, br. 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05 i 67/08; dalje: OZ) ali i *Zakona o obveznim odnosima* („Narodne novine“, br. 35/05; dalje: ZOO). Uvažavajući širinu reformi koje ne zahvaćaju samo posebne propise iz prava industrijskog vlasništva, već i druge značajne pravne propise, kroz ovaj rad sagledat će se rezultati implementacije Direktive 2004/48/EZ te pokušati pronaći odgovori na neka pitanja koja su ostala nedefinirana. Tako će se u ovom radu u prvom redu sagledati pitanja vezana uz **pasivni legitimitet**, odnosno pitanje **subjektivne ili objektivne odgovornosti počinitelja povrede**, ali i neka pitanja nastala uz izmjene vezane uz **naknadu štete** kod povrede prava. Da bi se lakše razumjele postavljene nedoumice, potrebno je sagledati ciljeve i opravdanost donošenja Direktive 2004/48/EZ kao i „sporne“ odredbe koje su implementirane u hrvatski pravni sustav.

II. DIREKTIVA 2004/48/EZ

U EU se do donošenja Direktive 2004/48/EZ usklađivanjem materijalnog zakonodavstva na području prava industrijskog vlasništva postigao primjeren odnos između dva potencijalno suprotstavljena prava: prava industrijskog vlasništva kao teritorijalnog prava s jedne strane, i prava na kretanje roba, usluga, kapitala i rada s druge strane. Usklađivanja na ovom području se obrazlažu potrebom osiguravanja jedinstvenog tržišta EU. Velike polemike i analize izazvala je činjenica da

6 Nakon svih izmjena danas je pravo industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj uređeno slijedećim zakonima:

- Zakon o patentima („Narodne novine“, br. 173/03, 87/05, 76/07 i 30/09; dalje: ZOP),

- Zakon o žigu („Narodne novine“, br. 173/03, 76/07 i 30/09; dalje: ZOŽ),

- Zakon o industrijskom vlasništvu („Narodne novine“, br. 173/03, 76/07 i 30/09; dalje: ZID),

- Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga („Narodne novine“ br. 173/03, 186/03 – ispravak i 76/07; dalje: ZOZPOZ),

- Zakon o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda („Narodne novine“, br. 173/03, 76/07 i 30/09; dalje: ZZTPP),

su prava industrijskog vlasništva ustrojena po načelu teritorijalnosti, što je u suprotnosti s načelom slobode kretanja unutar jedinstvenog tržišta. U cilju potpunog ostvarenja načela slobode kretanja prije donošenja Direktive 2004/48/EZ izvršeno je usklađivanje materijalnih prava u državama članicama, ali se i pristupilo stvaranju sustava jedinstvenog prava industrijskog vlasništva, s učinkom na području cijele EU. Tako danas postoje žig Zajednice (community Trademark) i industrijski dizajn Zajednice (community Design). Ovo se s jedne strane može gledati kao probijanje načela teritorijalnosti, a s druge strane može se tvrditi da se tržište EU kao jedinstveno tržište može usporediti s jedinstvenim područjem kakvo postoji kod suverenih država.⁷ Usklađivanje i ujednačavanje materijalnih propisa industrijskog vlasništva, kao i činjenica drastičnog povećanja povreda prava industrijskog vlasništva⁸ nametnula se potreba ujednačavanja građanskopravne zaštite prava industrijskog vlasništva. Slijedom gore iznesenog kao glavni cilj Direktive 2004/48/EZ istaknuto je **usklađivanje zakonskih sustava država članica kako bi se osigurala visoka, odgovarajuća i homogena zaštita prava industrijskog vlasništva na unutarnjem tržištu**. Naime, dotadašnja razina zaštite u EU nije bila dovoljna za ostvarenje tih prava u praksi, odnosno do donošenja Direktive 2004/48/EZ postojeća razina usklađenosti materijalnih propisa nije bila dovoljna za kvalitetnu procesnu zaštitu, što je utjecalo na slabljenje efikasnosti ukupnog sustava zaštite.⁹ Direktivom

7 O tome vidjeti više JOSIPOVIĆ, I., - MATANOVAC, R., *Zaštita prava intelektualnog vlasništva u hrvatskom kaznenom i prekršajnom pravu i prilagodbe europskom pravu*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svijetlu pristupa Europskoj uniji“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 176-177;

8 Istraživanja vršena tijekom 90 –ih godina prošlog stoljeća ukazuju kako su piratstvo i krivotvorine postale raširen fenomen s globalnim utjecajem. Ovaj fenomen se širio s ekonomskim i političkim razvitkom koji se zbio u tom periodu, a karakteriziraju ga stalan rast međunarodne trgovine, internacionalizacija ekonomije, ekspanzija sredstava za komunikaciju te kolaps i raspad političkih sustava u Istočnoj Europi, gdje su se razvila iznimno potentna tržišta za proizvodnju i konzumaciju krivotvorenih i piratskih roba. Detaljnije o rezultatima istraživanja u *Green Paper – Combating Counterfeiting and Piracy in the Single Market*, Commission of the European Communities, Brussels, COM (98); u tom smislu i CORNISH, W.R., *Intellectual Property*, Swet & Maxwell, 1996.

9 Detaljnije o ciljevima donošenja Direktive 2004/48/EZ, ako i analizi negativnog utjecaja na unutarnje tržište vidjeti u *Proposal for a Directive on measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual rights (Presented by the Commission)*, com (2003), 46 final, str. 3-12;

2004/48/EZ su propisani minimalni standardi provedbe industrijskog vlasništva, te su države članice ovlaštene u svojim zakonodavstvima predvidjeti širu i veću zaštitu prava u građanskim i upravnim postupcima od one koja je predviđena ovima aktom, s tim da je člankom 20. st. 2., Direktive 2004/48/EZ postavljena obveza državama članicama da istu implementiraju u svoje nacionalne zakone do 29. travnja 2006. godine.¹⁰ Iako Direktiva 2004/48/EZ sadržajno regulira glavninu procesnih pitanja u postupcima zbog povrede industrijskog vlasništva, u daljnjem dijelu ovog rada u prvom planu predmet interesa će i dalje biti implementacija i primjena odredbi koje se tiču pasivne legitimacije, subjektivne odnosno objektivne odgovornosti te odgovornosti za štetu.¹¹

III. PITANJE PASIVNOG LEGITIMITETA

Uvod

Unatoč tome što kod aktivnog legitimiteta u slučajevima povreda iz prava industrijskog vlasništva nema gotovo ničeg spornog, radi lakšeg sagledavanja pitanja koja se javljaju uz pasivni legitimitet, uvodno je potrebno sagledati i aktivnu legitimaciju, odnosno pravo na građanskopravnu zaštitu povrijeđenih prava iz industrijskog vlasništva. U posebnim zakonima koji reguliraju zaštitu industrijskog vlasništva određeno je da osim nositelja prava, odnosno osobe koju on ovlasti u skladu s općim propisima o zastupanju, zaštitu prava mogu zahtijevati i druge osobe. Tako je člankom 75. ZOŽ i člankom 53. ZID-a predviđeno da zaštitu prava može zahtijevati i nositelj isključive licencije u onoj mjeri u kojoj je stekao pravo na korištenje tog prava na temelju pravnog posla ili zakona. Međutim, kako je zbog svoje posebnosti kod građanskopravne zaštite industrijskog dizajna, moguće više vrsta tužbi, slijedom toga kod zaštite industrijsko dizajna postoje i određena odstupanja od ostalih

¹⁰ Republika Hrvatska kao država u procesu pridruženja navedene odredbe implementirala je u svoje zakonodavstvo 31. srpnja 2007. godine.

¹¹ Radi lakšeg razumijevanja navedenih pitanja, problematika će se izučavati kroz sagledavanje zaštite industrijskog dizajna (zbog njegovih posebnosti) uz napomenu da su ostali oblici zaštite gotovo identično regulirani, tako je građanskopravna zaštita patenta regulirana čl. 95 – 95.m. ZOP, zaštita žiga čl. 75-79b. ZOŽ, te oznake izvornosti i zemljopisnog podrijetla čl. 49. ZOZPOZ koji upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba ZOŽ-a.

oblika industrijskog vlasništva po pitanju **aktivne legitimacije**. Tako su kod industrijskog dizajna moguće tri vrste tužbi:

- a) tužba zbog povrede ili ugrožavanja prava industrijskog dizajna;
- b) tužba za osporavanje prava na industrijski dizajn (tužba za sudsko priznanje i prijenos prava);
- c) tužba za priznavanje autorstva.¹²

Prema tome, u sporovima zbog povrede ili ugrožavanja prava iz registriranog industrijskog dizajna kao aktivno legitimirane osobe mogu se pojaviti:

- nositelj registriranog industrijskog dizajna, odnosno osoba koju nositelj ovlasti u skladu s općim odredbama o zastupanju,
- stjecatelj isključive licencije,
- dizajner industrijskog dizajna,
- ovlaštenik za stjecanje industrijskog dizajna.¹³

Pasivno legitimirane osobe

Temeljem ovako određenih oblika tužbi, a slijedom toga i aktivno legitimiranih osoba na prvi pogled može se učiniti vrlo jednostavnim odrediti tuženika, odnosno pasivno legitimiranu osobu. To nije uvijek tako, posebno nakon implementacije odredbi Direktive 2004/48/EZ iz razloga što se kod povrede prava iz industrijskog vlasništva općenito, pa i u slučaju povrede industrijskog dizajna, radi o vrlo širokom krugu osoba koje mogu biti zahvaćene pojedinim tužbenim zahtjevima. Iz tih razloga potrebno je kroz svaki od ZID-om predviđenih mogućih tužbenih zahtjeva sagledati tko može biti povreditelj prava i kakav zahtjev prema njemu može podnijeti tužitelj.

12 Tužba navedena pod a) svojstvena je svim oblicima industrijskog vlasništva, dok tužbe pod b) i c) predstavljaju posebnost kod građanskopravne zaštite industrijskog dizajna, o navedenom vidjeti više ČIZMIĆ, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva – knjiga prva*; Split, 1998, str. 472-483;

13 Vidjeti više, VEROVIĆ, M., *Pravo na tužbu zbog povrede industrijskog dizajna*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 12/2007, str. 63.

Tužba zbog povrede ili ugrožavanja prava iz industrijskog dizajna

Kod određivanja prava na tužbu zbog povrede ili ugrožavanja prava iz industrijskog dizajna zakonodavac navodi¹⁴ da nositelj industrijskog dizajna može podnijeti tužbeni zahtjev protiv osobe koja je neovlaštenim poduzimanjem neke od radnji iz članka 17. ZID-a povrijedila industrijski dizajn. Navedeni članak određuje da nositelj industrijskog dizajna ima isključivo pravo korištenja registriranog industrijskog dizajna i sprječavanja drugih osoba da se tim dizajnom koriste bez njegova odobrenja. Isključivo pravo korištenja obuhvaća, posebice, ponudu, stavljanje u promet, uvoz, izvoz ili korištenje proizvoda u kojem je dizajn sadržan ili na koji je dizajn primijenjen ili skladištenje takva proizvoda u navedene svrhe. Iz navedenih zakonskih odredbi proizlazi kako bi se tužbeni zahtjev zbog povrede industrijskog dizajna mogao podnijeti protiv svake osobe koja na bilo koji način **bez odobrenja nositelja** nedozvoljeno koristi industrijski dizajn. Ovako široko postavljeno ovlaštenje nositelja industrijskog dizajna nameće pitanje, da li se i koji tužbeni zahtjevi mogu podnijeti i protiv osoba koje u dobroj vjeri nedozvoljeno koriste zaštićeni industrijski dizajn, te koja su eventualna prava takvih osoba prema osobama od kojih su stekle takav proizvod. ZID-om je određeno¹⁵ da nositelj industrijskog dizajna ili drugi ovlaštenik čija su prava povrijeđena ili ugrožena može tužbom od nadležnog suda zahtijevati:

- utvrđivanje i prestanaka povrede industrijskog dizajna
- oduzimanje i uništenje predmeta
- naknadu štete, uobičajenu naknadu i oduzimanje koriste stečene bez osnove
- objavu presude na trošak tuženika
- zahtjev za dostavom podataka

Radi boljeg razumijevanja navedenog potrebno je sagledati tko bi se u položaju tuženika mogao naći kod pojedinih tužbenih zahtjeva koji su navedeni u ZID-u.

14 Vidjeti više čl. 54 – 56 b ZID

15 Tako čl. 55. – 56.c ZID, o tome vidjeti više ZLATOVIĆ, D., *Postupak u parnicama povodom zaštite prava na žig*, Hrvatski patentni glasnik, Zagreb, 3,1996., br. 5., str. 1358;

Zahtjev za utvrđivanje i prestanak povrede industrijskog dizajna

Pozivajući se na odredbe čl. 17. u čl. 54. ZID navodi da se zahtjev za utvrđenje i prestanak povrede industrijskog dizajna može podnijeti protiv svake osobe koja je na bilo koji način izvršila povredu ili ozbiljno prijeti da bi izvršila povredu industrijskog dizajna. Da bi neka radnja tuženika predstavljala povredu prava iz industrijskog dizajna, treba ispuniti određene pretpostavke:

- 1) radnja koju poduzima tuženik mora se odnositi na zaštićeni industrijski dizajn,
- 2) radnja se mora poklapati sa sadržajem jednog od zakonom predviđenih isključivih prava nositelja registriranog industrijskog dizajna, odnosno takva radnja se očituje u tome što tuženik neko od isključivih prava nositelja koristi bez njegova odobrenja,
- 3) povreda mora biti učinjena u tijeku trajanja zaštite,
- 4) radnja mora biti protupravna.¹⁶

Prema tome tužitelj bi zahtjev za utvrđivanje i prestanak povrede industrijskog dizajna mogao podnijeti protiv svake osobe koja je poduzela bilo koju od zakonom predviđenih radnji, a koja ispunjava navedene pretpostavke. Isto tako tužbeni zahtjev bi se mogao podnijeti i protiv osobe koja trenutno vrši povredu, ali i osobe koja prijeti izvršenjem neovlaštene radnje koja predstavlja povredu zaštićenog industrijskog dizajna. Tužbeni zahtjev za utvrđivanje i prestanak može se podnijeti protiv svakog počinitelja, **bez obzira na postojanje krivnje ili zablude**. Naime, svatko ima pravo zahtijevati od drugoga da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost od štete, a sud će na zahtjev zainteresirane osobe narediti da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprječavanje uznemiravanja ili da se ukloni izvor opasnosti, na trošak posjednika izvora opasnosti.¹⁷ Postavlja se pitanje koji je to krug osoba protiv kojih bi se mogao postaviti ovakav tužbeni zahtjev. Naime, u nekim slučajevima krug osoba koje poduzimaju radnje povrede ili ugrožavanja prava industrijskog dizajna, mogao bi biti vrlo

16 O tome više MARKOVIĆ, S., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 249,

17 Čl. 1047, ZOO, tako i ČIZMIĆ, J., -ZLATOVIĆ, D., *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb 2002., str. 394,

širok Radi boljeg razumijevanja kroz slijedeći primjer koji predstavlja model najčešćeg procesa povrede industrijskog dizajna, pokušat ćemo sagledati do kojeg kruga osoba bi bilo moguće podnijeti tužbeni zahtjev za utvrđivanje i prestanak povrede industrijskog dizajna. Za primjer uzimamo neovlaštenu proizvodnju, distribuciju i prodaju sobnog namještaja zaštićenog industrijskim dizajnom. U ovom slučaju imamo nekoliko subjekata koji se pojavljuju kao povreditelji prava: proizvođač, razni distributeri, krajnji trgovac i krajnji potrošač.¹⁸

Uz uvažavanje odredbi čl. 54. st. 4., ZID-a, oštećenik u ovom slučaju, odnosno tužitelj bi mogao podnijeti tužbeni zahtjev za utvrđivanjem i prestankom povrede industrijskog dizajna prema proizvođaču, distributerima i krajnjem trgovcu, jer su to subjekti koji kroz obavljanje svoje gospodarske djelatnosti sudjeluju u povredi prava iz industrijskog dizajna. Krajnji kupac odnosno potrošač proizvoda ni u kom slučaju ne bi trebao biti obuhvaćen tužbenim zahtjevom iz više razloga. U prvom redu iz razloga što navedeni proizvod kupuje da bi ga koristio u privatne i nekomercijalne svrhe¹⁹ ali i zbog činjenice da se u velikom broju slučajeva ne bi uopće mogli utvrditi izvršitelji radnji povrede zaštićenog industrijskog dizajna. Ako se vratimo na ranije naveden primjer neovlaštene upotrebe namještaja zaštićenog industrijskim dizajnom, postavlja se pitanje da li će se tužbeni zahtjev za utvrđivanjem i prestankom povrede industrijskog dizajna moći podnijeti protiv krajnjeg potrošača kupca, koji kupuje namještaj sa ciljem da ga dalje gospodarski iskoristi, npr. vlasnik ugostiteljskog lokala tim namještajem oprema svoj ugostiteljski objekt. U ovakvom slučaju krajnji kupac (vlasnik ugostiteljskog lokala) ne spada u krug osoba iz čl. 18. st.1., toč.1, jer kupljeni proizvod koristi u komercijalne svrhe.

Ovakav stav proizlazi iz odredbi čl. 54, st. 4, ZID, ali i odredbi **Direktive 2004/48/EZ** kada se radi **o povredama prava intelektualnog vlasništva na komercijalnoj razini**. Povreda prava intelektualnog

18 U nekim slučajevima bi se moglo raditi i o širem krugu osoba, uzimamo ovaj najjednostavniji primjer radi lakšeg shvaćanja,

19 Čl. 18., st. 1, toč. 1, ZID – isključiva prava iz članka 17 ne mogu se ostvarivati u odnosu na:

- radnje korištenja poduzete u privatne i nekomercijalne svrhe,
- radnje poduzete u svrhu izvođenja pokusa
- radnje reproduciranja, poduzete u svrhu citiranja ili obrazovanja, ako je to u skladu s dobrim poslovnim običajima i neopravdano ne nanosi štetu normalnoj upotrebi dizajna te ako se upućuje na njegov izvor.

vlasništva na komercijalnoj razini sukladno odredbama Direktive 2004/48/EZ bi bila povreda koja je učinjena radi postizanja neposredne ekonomske (gospodarske) ili financijske koristi. Dalje se u Direktivi 2004/48/EZ navodi kako se pod takvom povredom u pravilu neće smatrati postupci koje je krajnji korisnici poduzimaju u dobroj vjeri.²⁰ Na osnovi gore iznesenog možemo zaključiti kako tužitelj tužbeni zahtjev za utvrđivanje i prestanak povrede industrijskog dizajna može podnijeti protiv svake osobe, bilo pravne bilo fizičke, koja povredu zaštićenog industrijskog dizajna čini u «obavljanju svoje gospodarske (komercijalne) djelatnosti bez obzira da li se počinitelj nalazi u dobroj vjeri ili ne. Razlog ovakvom stavu leži u činjenici da se u tužbenom zahtjevu traži utvrđivanje i prestanak povrede, što znači da počinitelj koji je u dobroj vjeri «nema opravdanja» za daljnje poduzimanje radnji kojima se vrši povreda ili ugroza prava nositelja industrijskog dizajna.

Zahtjev za oduzimanje i uništenjem predmeta

Gotovo identično kao i u članku 54. određuje se u članku 55. ZID-a da se protiv osobe koja je neovlaštenim poduzimanjem neke od radnji iz članka 17. ZID-a povrijedila zaštićeni industrijski dizajn, nositelj industrijskog dizajna može tužbom zahtijevati da se na njezin teret proizvodi kojima se povrjeđuje industrijski dizajn povuku iz prometa, oduzmu ili unište. Kako su ovo tipične mjere u borbi protiv **krivotvorenja i piratstva**, na strani tuženika bi se mogle naći sve one osobe koje poduzimaju neovlaštene radnje sa ciljem ostvarivanje neke ekonomske koristi, odnosno osobe koje bilo legalnim ili ilegalnim obavljanjem djelatnosti teže ka ostvarenju gospodarske koristi, svi takvi sudionici mogu biti tuženici po ovom tužbenom zahtjevu.

Iz odredbi ZID-a proizlazi da bi se tužbeni zahtjev za oduzimanje i uništenje predmeta kojim se povrjeđuje zaštićeni industrijski dizajn u prvom redu trebao usmjeriti na osobe koje sudjeluju u proizvodnji i distribuciji takve robe. Za razliku od ZID-a, u članku 10. Direktive

²⁰ MATANOVAC, R., *Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaji promjena*, Zbornik radova Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svijetlu pristupa Europskoj uniji, Zagreb, 2006, str. 147, vidjeti i CORNISH, W.R., *Cases and Materials on Intellectual Property*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2006.

2004/48/EZ puno jasnije se ostavlja prostor za izricanje ove mjere protiv posjednika proizvoda nastalih povredom zaštićenog industrijskog dizajna, materijala i pribora kojim se vrijeđa pravo industrijskog dizajna. Dakle, sam posjed piratske ili krivotvorene robe kao i posjed materijala i sredstava kojima se inače takva roba proizvodi je dostatan razlog za izricanje mjere oduzimanja i uništenja, i to bez obzira je li posjednik ujedno i odgovoran za proizvodnju ili distribuciju te robe.

3.3.3.3 Tužbeni zahtjev za naknadu štete, za uobičajenom naknadom i za koristima stečenim bez osnove

Za razliku od prethodnih tužbenih zahtjeva koji se mogu podnijeti protiv svih osoba koje neovlašteno koriste zaštićeni industrijski dizajn na komercijalnoj osnovi, odnosno poduzimaju neovlaštene radnje u cilju stjecanja ekonomske koristi, tužbeni zahtjev za naknadu štete, za uobičajenom naknadom i za koristima stečenim bez osnove ne bi se smio koristiti tako široko i u svim slučajevima, pogotovo iz razloga što se u ovom članku nigdje ne spominju povrede na komercijalnoj razini.

Radi određivanja mogućih tuženika kod ovih tužbenih zahtjeva²¹ radi boljeg razumijevanja potrebno je prethodno utvrditi da li se zbog povrede prava na industrijski dizajn u hrvatskom zakonodavstvu uzima objektivna ili subjektivna odgovornost, te da li će se i u kojim slučajevima kod ovog tužbenog zahtjeva i u kojim slučajevima primijeniti odredbe ZOO, a kada odredbe ZID-a. Nositelji industrijskog dizajna čije je pravo povrijeđeno temeljem čl. 54. ostavljena je mogućnost podnošenja tri vrste tužbenih zahtjeva (zahtjev za naknadu štete, zahtjev za uobičajenu naknadu i zahtjev za vraćanje koristi stečene bez osnove) koji se mogu i kumulirati. U istom članku je određeno da će se za zahtjev za naknadu štete i zahtjev za vraćanje stečenog bez osnove primjenjivati odredbe ZOO-a.

S obzirom na ovako postavljene mogućnosti koje su na raspolaganju nositelju čiji je industrijski dizajn povrijeđen potrebno je sagledati da li je oportuno u svakom slučaju povrede dozvoliti podnošenje

²¹ Čl. 56., st. 4, zahtjevi iz stavka 1., (naknada štete), 2. (uobičajena naknada) i 3. (koristi stečene bez osnove) se međusobno ne isključuju. Prilikom odlučivanja o kumulativno postavljenim zahtjevima iz stavaka 1, 2. ili 3. sud će paziti na opća načela iz ZOO.

svih zahtjeva. Naime, prethodna dva tužbena zahtjeva, zahtjev za utvrđivanjem i prestankom povrede te zahtjev za uništenjem predmeta mogu se ocijeniti kao preventivne aktivnosti koje se poduzimaju u sprječavanju daljnjih povreda zaštićenog industrijskog dizajna, dok ova tri zahtjeva (naknada štete, pravična naknada i vraćanje stečenog bez osnove) predstavljaju represivni pristup prema počinitelju povrede. Stoga bi kod podnošenja tužbenog zahtjeva i dopustivosti tužbe trebalo voditi računa o subjektivnoj odgovornosti počinitelja, odnosno da se utvrdi stupanj krivnje počinitelja.²²

a) Zahtjev za naknadom štete

ZID u čl. 56. st. 1., navodi da protiv osobe koja je neovlaštenim poduzimanjem neke od radnji iz čl. 17.²³ ZID-a nositelju industrijskog dizajna prouzročila štetu, on može tužbom zahtijevati popravlanje štete prema općim pravilima o popravljanju štete iz ZOO-a. Sukladno tome proizlazi da bi se kod određivanja tuženika zbog naknade štete trebale primijeniti odredbe ZOO-a o odgovornosti za štetu. Određujući pretpostavke odgovornosti ZOO²⁴ navodi da tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje. Krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili nepažnjom.²⁵

Radi određivanja osobe tuženika potrebno je utvrditi stav našeg zakonodavca glede subjektivne ili objektivne odgovornosti počinitelja. Ilustracije radi navodimo da je čl. 13. Direktive 2004/48/EZ propisana dužnost država članica da na zahtjev osobe čije je pravo povrijeđeno dosude naknadu štete. Pritom se izgleda preporučuje (ali ne obvezuje) da države članice odgovornost za štetu urede po objektivnom kriteriju, a da pri tom krivnja igra ulogu okolnosti koja je odlučna za određivanje

²² Na tragu navedenih rješenja je i Direktiva 2004/48/EC, čl. 13.

²³ čl. 17., ZID navode se sve radnje koje predstavljaju neovlaštenu upotrebu industrijskog dizajna, o tome vidjeti više ZLATOVIĆ, D., *Novine u pravnoj zaštiti industrijskog dizajna*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2005., br. 9., str. 44 - 48;

²⁴ čl. 1045, st. 1., ZOO

²⁵ čl. 1049, ZOO, u tom smislu, CRNIĆ, I., *Popravljanje imovinske štete*, Zbornik radova „Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – novi instituti“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 50, o nekim pitanjima uz naknadu štete vidjeti više KOZAR, V., *Vrste štete zbog povrede prava na žig i nelojalne konkurencije*, Pravo i privreda, Beograd, 2000. str. 670;

opsega popravljavanja štete. To bi implicirala odredba iz čl. 13. st. 2., direktive 2004/48/EZ.²⁶

Slična rješenja predviđena su u Sporazumu TRIPS, gdje se u čl. 45. st. 1., određuje da se odgovornost za štetu utvrđuje po načelu krivnje (kršitelj je znao, ili je morao znati, da čini povredu), dok je u stavku 2, određeno da u „odgovarajućim slučajevima, članice mogu ovlastiti sudske vlasti da nalože naknadu za izgublenu zaradu i/ili plaćanje unaprijed predviđene odštete čak i u slučaju kada kršitelj nije znao niti je morao znati da čini povredu,“ odnosno dana je mogućnost utvrđivanja odgovornosti za štetu po objektivnom kriteriju.

Sukladno gore iznesenom postavlja se pitanje po kojem kriteriju će se određivati tuženik u postupku za naknadu štete, po subjektivnom ili objektivnom kriteriju? Uvažavajući ostale mogućnosti koje stoje pred nositeljem industrijskog dizajna čije je pravo povrijeđeno, smatramo kako bi se kod zahtjeva za naknadu štete na strani tuženika trebala naći ona osoba koja je znala ili je morala znati da vrši povredu zaštićenog industrijskog dizajna, odnosno subjektivni kriterij.

Ako se vratimo na slučaj iz primjera tada bi se zahtjev za naknadu štete u svakom slučaju mogao podnijeti prema proizvođaču zaštićenog sobnog namještaja, jer je znao ili morao znati da vrši radnje kojima se povrjeđuje zaštićeni industrijski dizajn. U našem primjeru ostaje otvoreno da li se zahtjev za naknadu štete može podnijeti protiv ugostitelja koji neovlašteno koristi zaštićeni industrijski dizajn kao krajnji korisnik ali u komercijalne svrhe? Iako po odredbama čl. 17. ZID neovlašteno korištenje predstavlja povredu u ovom slučaju krajnji korisnik ne bi mogao biti tužen za naknadu štete samo ako je postupao u dobroj vjeri, odnosno da nije znao niti je morao znati da neovlašteno koristi zaštićeni industrijski dizajn.

b) Zahtjev za pravičnom naknadom

Člankom 56. st. 2., određuje se da nositelj industrijskog dizajna protiv osobe koja je neovlašteno poduzela bilo koju radnju koja predstavlja povredu industrijskog dizajna, može tužbom zahtijevati plaćanje naknade u iznosu koji se obzirom na okolnosti mogao zahtijevati u ugovoru o licenci da je sklopljen.

²⁶ Tako i MATANOVAC, R., op. cit. u bilj. 20, str. 160,

Uvažavajući posebnosti kod povrede prava industrijskog vlasništva općenito, kao i povrede industrijskog dizajna ovaj tužbeni zahtjev trebao bi se moći koristiti vrlo široko, odnosno na strani tuženika mogli bi se naći svi neovlašteni korisnici zaštićenog industrijskog dizajna. Ovakav zahtjev bi se nesmetano mogao podnijeti i protiv krajnjeg korisnika zaštićenog industrijskog dizajna koji je u dobroj vjeri,²⁷ jer se radi o zahtjevu za plaćanje korištenja zaštićenog industrijskog dizajna. Kod ovog zahtjeva²⁸ jedino sporno može biti vrijeme za koje se traži naknada, odnosno da li od trenutaka izvršenja povrede (odnosno započinjanja korištenja) ili od trenutka kada je tuženik upozoren da vrši povredu tuđeg zaštićenog industrijskog dizajna.

c) Zahtjev za vraćanjem stečenog bez osnove

Po uzoru na čl. 13. Direktive 2004/48/EZ ZID u čl. 56. st. 3, predviđa mogućnost podnošenja tužbenog zahtjeva za vraćanjem stečenog bez osnove, pri čemu je određeno pravo tužitelja da protiv svake osobe koja je bez osnove u pravnom poslu, odluci suda ili zakonu neovlaštenim poduzimanjem zakonom propisanih radnji povrijedila zaštićeni industrijski dizajn pravo podnošenja tužbe za vraćanjem ili naknađivanjem tih koristi prema općim pravilima o stjecanju bez osnove iz ZOO-a.

Iz navedene zakonske odredbe proizlazi da tužbeni zahtjev za vraćanjem stečenog bez osnove nositelj industrijskog dizajna može podnijeti protiv svake osobe koja neovlašteno koristi zaštićeni industrijski dizajn, bez obzira na stupanj krivnje, pod uvjetom da su ispunjene slijedeće pretpostavke:

- smanjivanje imovine (osiromašenje) na strani tužitelja,
- mora postojati uzročna veza između povećanja odnosno umanjivanja imovine,
- stjecanje bez osnove,
- činidba zbog koje se dogodila promjena u imovini ne smije biti

27 Od ovog zahtjeva bi se trebao izuzeti krajnji korisnik koji proizvod zaštićen industrijskim dizajnom ne koristi u komercijalne svrhe,

28 Ovakav tužbeni zahtjev je novost u hrvatskom zakonodavstvu, te se postavlja pitanje da li će se ranija doktrinarna stajališta moći i primijeniti u praksi, vidi više MARKOVIĆ, S., op. cit. u bilj. 16 str. 257-258;

štetna radnja u smislu građanskog delikta, odnosno povrede ugovornog odnosa, jer bi tada nastala obveza odgovornosti za štetu.²⁹

3.2.1.4. Zahtjev za objavom presude

Nositelj industrijskog dizajna može zahtijevati da pravomoćna presuda kojom se makar i djelomično udovoljilo zahtjevu usmjerenom na zaštitu industrijskog dizajna u slučaju povrede bude objavljena u sredstvima javnog priopćavanja na trošak tuženika.³⁰ Iz navedenog proizlazi da se ovaj tužbeni zahtjev može podnijeti protiv svake osobe za koju se pravomoćnom presudom utvrdi da je na bilo koji način povrijedila zaštićeni industrijski dizajn.

5.5.5.5. Zahtjev za dostavom podataka

Za razliku od ostalih tužbenih zahtjeva, zahtjev za dostavom podataka jasno je usmjeren na osobe protiv kojih se može podnijeti, odnosno za razliku od prethodnih slučajeva jasno definira tuženika po ovom zahtjevu, pri čemu se ne razlikuje stupanj krivnje, odnosno zablude.

Tako se kao tuženik, odnosno osoba od koje se traže podaci, navode:

- osoba koje su tužene u parničnom postupku
- osobe koje u obavljanju svoje gospodarske djelatnosti posjeduju robu za koju se sumnja da se njome povrjeđuje industrijski dizajn,
- osobe koje u obavljanju svoje gospodarske djelatnosti daju usluge za koje se sumnja da se njime povrjeđuje industrijski dizajn,
- osobe koje u obavljanju svoje gospodarske djelatnosti daju usluge koje se koriste u radnjama za koje se sumnja da se njima povrjeđuje industrijski dizajn,
- osobe koja je jedna od navedenih osoba označena kao osoba koja

29 O tome vidjeti više ČESIĆ, Z., - GORENC, V., i dr. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb 2005. str. 1741.,

30 Čl. 56.a., ZID, o objavi presude na trošak tuženika vidjeti više CRNIĆ, I., *Neimovinska šteta*, Organizator, Zagreb, 2006., str. 36;

sudjeluje u proizvodnji ili distribuciji roba ili davanja usluga za koje se sumnja da se njima povrjeđuje industrijski dizajn.³¹

5.5.1. Tužba za osporavanje prava na industrijski dizajn – tužba za sudsko priznanje i prijenos prava

Tužba za osporavanje prava na industrijski dizajn posljedica je same prirode industrijskog dizajna. Tužba je usmjerena protiv osobe koja je neovlašteno podnijela prijavu industrijskog dizajna ili je industrijski dizajn upisan u registar na ime neovlaštene osobe. Prema tome tuženik u ovoj tužbi može biti svaka osoba koja je neovlašteno podnijela zahtjev za stjecanje industrijskog dizajna ili je već upisana u registar kao nositelj industrijskog dizajna. Ova tužba se prema tome može podnijeti protiv neovlaštene osobe i prije nego završi postupak upravne zaštite industrijskog dizajna. Kod ovog tužbenog zahtjeva kao i kod većine prethodnih za odgovornost povreditelja nije bitan stupanj krivnje, odnosno zablude. Stupanj krivnje se uzima u obzir samo kod rokova za podnošenje tužbenog zahtjeva, tako se tužba za sudsko priznanje i prijenos prava može se podnijeti u roku od tri godine od dana objave registracije dizajna, a u slučaju kada sud utvrdi da neovlaštena osoba nije postupala u dobroj vjeri, za sve vrijeme trajanja zaštite industrijskog dizajna.³²

5.5.2. Tužba za priznavanje autorstva

Dizajner, odnosno autor industrijskog dizajna može tužbom tražiti da ga se navede u prijavi i svim ispravama vezanim uz registrirani industrijski dizajn. Tužbeni zahtjev je usmjeren na nositelja registriranog industrijskog dizajna koji dizajnera prilikom prijave industrijskog dizajna nije naveo kao dizajnera. Ovo pravo dizajnera u ZID navedeno je kao moralno pravo dizajnera. Priznaje se svim dizajnerima koji su sudjelovali u stvaranju zajedničkog industrijskog dizajna, neovisno o

31 Čl. 56.c. st. 2 ZID, o tome slično ZLATOVIĆ, D., *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008., str. 680;

32 Čl. 57. st. 2. ZID, o tome više VEROVIĆ, M., *Novosti u građanskopravnoj zaštiti industrijskog dizajna*, Pravo u Gospodarstvu, Zagreb, 2008., br. 1., str. 92, o aspektima ove tužbe vidjeti više VEROVIĆ, M., *Postupak za poništaj industrijskog dizajna*, Novi informator, Zagreb, 2008/5649; str. 15-16;

njihovom udjelu u zajedničkom dizajnu. Osim ovog zahtjeva, tužitelj (dizajner) može istaknuti zahtjev da se pravomoćna presuda, donesena u sporu za priznanje autorstva javno objavi na trošak tuženika, a može se zahtijevati naknada štete (imovinska i neimovinska). Ova se tužba može podnijeti od dana podnošenja prijave za zaštitu industrijskog dizajna, a i za sve vrijeme trajanja zaštite industrijskog dizajna.

IV. SUBJEKTIVNA ILI OBJEKTIVNA ODGOVORNOST

Iz ranijeg izlaganja vezano uz pasivni legitimitet kod postavljanja tužbenih zahtjeva zbog povrede prava industrijskog vlasništva, u našem slučaju prava industrijskog dizajna vidljivo je da se implementacijom odredbi Direktive 2004/48/EZ u naše zakonodavstvo nametnulo pitanje **subjektivne ili objektivne odgovornosti** počinitelja povrede. Naime, kod gotovo svih tužbenih zahtjeva koji se mogu podnijeti zbog povrede industrijskog dolazi se do zaključka da je za većinu dovoljna objektivna odgovornost počinitelja, što je sasvim opravdano s obzirom na značaj i mogućnosti povreda. Međutim ostaje otvoreno pitanje kakav stupanj odgovornosti je potreban u tužbenim zahtjevima vezanim uz naknadu štete.

Ako uzmemo u obzir da je kod zahtjeva za obeštećenje nositelja prava na industrijski dizajn nositelju ostavljena mogućnost postavlja tri različita tužbena zahtjeva, postavlja se pitanje kada će se primijeniti kriterij subjektivne a kada objektivne odgovornosti.³³ Odredbama ZID čl. 56a., st., određeno je da se protiv osobe koja je neovlaštenim radnjama prouzročila štetu, može zahtijevati popravljavanje štete prema općim pravilima o popravljaju štete iz ZOO. Sukladno tome proizlazi da bi se kod određivanja tuženika zbog naknade stvarne štete trebale primijeniti odredbe ZOO o odgovornosti za štetu. Određujući pretpostavke odgovornosti ZOO u čl. 1045, st. 1, navodi da tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje. Krivnja postoji kad je štetnik prouzročio štetu namjerno ili

³³ Usporedbe radi kao primjere utvrđivanja odgovornosti za štetu u ranijim slučajevima upućujemo na presude VS RH, Revt 52/04-2, od 15.IX. 2004., te presude VTS RH, Pž-2319/00, od 3. XII. 2002., gdje je sud ocijenio osnovanost tužbenog zahtjeva s obzirom na stupanj krivnje.

nepažnjom.³⁴ Iz navedenog proizlazi da je načelan stav ZOO o subjektivnoj odgovornosti štetnika za stvarnu štetu, dok je objektivna odgovornost moguća samo u zakonom predviđenim slučajevima. Poseban problem bi u praksi mogla predstavljati odredba čl. 13 Direktive 2004/48/EZ koja propisuje dužnost država članica da na zahtjev osobe čije je pravo povrijeđeno dosude naknadu štete. Pritom se izgleda preporučuje (ali ne obvezuje) da države članice odgovornost za štetu urede po objektivnom kriteriju. Slična rješenja predviđena su u čl. 45 TRIPs, gdje se u st. 1, određuje da se odgovornost za štetu utvrđuje po načelu krivnje (štetnik je znao, ili je morao znati, da čini povredu), dok je u stavku 2, određeno da u «odgovarajućim slučajevima, članice mogu ovlastiti sudske vlasti da nalože naknadu za izgublenu zaradu i/ili plaćanje unaprijed predviđene odštete čak i u slučaju kada štetnik nije znao niti je morao znati da čini povredu», odnosno dana je mogućnost utvrđivanja odgovornosti za štetu po objektivnom kriteriju. Unatoč ovakvom stavu Direktive 2004/48/EZ kao i odredbi TRIPs-a, iz odredbi naših zakona da se zaključiti da je u hrvatskom pravnom sustavu za podnošenje zahtjeva za naknadu stvarne štete potreban subjektivna odgovornost štetnika, dok je sukladno odredbama čl. 1046 ZOO prihvaćena objektivna koncepcija neimovinske štete kao povrede prava osobnosti.

Druga dva tužbena zahtjeva mogu se tumačiti u skladu sa odredbama čl. 14 Direktive 2004/48/EZ kojim se otvara državama članicama mogućnost da se može odrediti povrat dobiti (tj. povrat stečenog bez osnove) ili naknadu štete čiji iznos može biti unaprijed (paušalno) određen, i u onim slučajevima kada je štetnik postupao s dužnom pažnjom (kad nije znao niti je imao razloga sumnjati da svojim postupanjem povrjeđuje tuđe pravo čineći štetu). Iz navedenog proizlazi da se u ovoj odredbi Direktive daje mogućnost državama članicama da u svojim zakonodavstvima urede odgovornost za štetu po **objektivnom kriteriju**. U slučaju kada bi šteta bila počinjena namjerno ili nepažnjom, odgovaralo bi se za potpunu, svu nastalu štetu, za razliku od slučajeva kada krivnje ne bi bilo.³⁵ Prema

34 O odgovornosti za stvarnu štetu po subjektivnom kriteriju vidjeti više kod GORENC, V., i dr. op. cit. u bilj. 17, str. 1604–1632,

35 Vidjeti više PARAC, K., Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva prema novelama zakona s područja prava intelektualnog vlasništva iz 2007. godine, Zbornik radova „Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 244-246; tako i MATANOVAC, R., op. cit. u bilj. 20. str. 163;

tome u slučajevima zahtjeva za povrat stečenog bez osnove i uobičajene naknade, počinitelj povrede (štetnik) je odgovoran i u onim slučajevima kad je postupao s dužnom pažnjom (kad nije znao niti je imao razloga sumnjati da svojim postupanjem povrjeđuje tuđe pravo čineći štetu). Iz ovako postavljene odgovornosti, kod određivanja visine naknade štete značajnu ulogu bi trebao imati stupanj krivnje počinitelja (štetnika) jer bi samo u slučaju kad je šteta bila počinjena namjerno ili nepažnjom, odgovarao za svu potpunu štetu (imovinsku i neimovinsku), za razliku od slučajeva kad nije bilo krivnje. Iz gore navedenog može se zaključiti da je kod podnošenja zahtjeva za naknadu stvarne štete potrebna subjektivna odgovornost štetnika, dok je za podnošenje zahtjeva za neimovinsku štetu, zahtjeva za uobičajenu naknadu te zahtjeva za povratom stečenog bez osnove dovoljna objektivna odgovornost štetnika.

V. ZAKLJUČAK

Implementacijom odredbi Direktive 2004/48/EZ u hrvatsko zakonodavstvo ostaje otvoreno pitanje kako će se iste reflektirati u svakodnevnom životu, kao i činjenica koliko će pojedine odredbe doći u pojedinim slučajevima u koliziju sa postojećim pravnim normama. Naime, prilikom donošenja posljednjih izmjena kojima se regulira pravna zaštita industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj, kao i bezbroj puta do sada navedenim izmjenama se pristupilo na „administrativan“ način. Odnosno dosadašnja praksa je pokazala da prilikom usklađivanja zakonodavstva koje se vrše po „ubrzanom postupku“ redovito dolazi do prepisivanja odredbi europskog zakonodavstva pri čemu značajan doprinos daje državna administracija ne vodeći računa o hrvatskoj pravnoj tradiciji, zbog čega su moguće određene nejasnoće kod primjene takvih zakona. Temeljem ovakvog pristupa otvaraju se i određena pitanja kao što je u našem slučaju pitanje pasivnog legitimiteta, odnosno subjektivne ili objektivne odgovornosti povreditelja prava industrijskog vlasništva.

Iz ranijeg izlaganja moguće je zaključiti kako je tijekom procesa usklađivanja hrvatskog prava industrijskog vlasništva sa odredbama Direktive 2004/48 došlo do značajnih promjena u mogućnosti podnošenja tužbenog zahtjeva, odnosno u većini slučajeva proširen je krug osoba koje se u postupcima zbog povrede prava mogu naći u položaju tuženika.

Ovakav stav zakonodavca je sasvim opravdan jer se kod povreda prava iz industrijskog dizajna ipak radi o posebnostima koje samo na tako široko postavljan krug mogućih tuženika mogu opravdati svoju svrhu. Ako se sagleda kriterij prava na tužbu (subjektivni, objektivni) posljednjim izmjenama proširena je odgovornost povreditelja po načelu kauzaliteta, poglavito kad se radi o komercijalnoj upotrebi. Analizom svih tužbenih zahtjeva može se zaključiti kako se pravo na tužbu po načelu objektivnog kriterija može podnijeti u svim slučajevima kod povrede prava industrijskog dizajna, izuzev tužbenog zahtjeva za naknadu stvarne štete. Prilikom podnošenja tužbenog zahtjeva za naknadu stvarne štete pravo na tužbu trebalo bi određivati na temelju subjektivne odgovornosti, bez obzira radi li se o komercijalnoj razini ili ne, jer su slučajevi odgovornosti za štetu po objektivnom kriteriju u ZOO izričito određeni.

Ostaje otvoreno pitanje mogućnosti kumuliranja tužbenih zahtjeva (za naknadu stvarne štete, za uobičajenu naknadu i povrat stečenog bez osnove) jer po mišljenju hrvatske pravne doktrine³⁶ odgovornost za štetu i povrat stečenog bez osnove međusobno isključuju. Naime, stjecanje imovine bez osnove ne potječe od građanskog delikta, za razliku od prava na naknadu štete koje se temelji na građanskom deliktu. Unatoč svemu za očekivati je da će se trenutna neusklađenost između nekih odredbi ZID i ZOO na koji upućuje ZID, glede određenih tužbenih zahtjeva biti usklađeni pri čemu bi značajan doprinos u procesu usklađivanja trebala dati hrvatska pravna doktrina i sudska praksa.

³⁶ O navedenim stavovima vidjeti više ČESIĆ, Z., - GORENC, V., i dr., op. cit. u bilj. 29, str. 1741;

Marko Verović, MA,
University „Marko Marulić“ in Knin

SOME QUESTIONS CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE 2004/48/EC IN THE CROATIAN LAW

From previous exposure can be concluded that in the harmonization process of croatian industrial property rights with the of the provisions of the Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, has been made a significant change in the capabilities of clam submission, and in most cases extended the circle of people that in infringement proceedings can be found in the position of the defendant. This attitude of the legislator is quite justified because in violation of the rights of industrial design is still working on specifics that only with such a broad set of possible defendants cicle can justify its purpose. If you looked at the criterion the rights of action (subjective, objective) recent amendments expanded the responsibility of the violator by the principle of causality, especially when it is of commercial use. Through analysis of the claims it can be concluded that the right of action by the principle of objective criteria may be made in all cases of infringement of industrial design, except the clamis for reimbursement of actual damages. When submitting the claim to pay for the actual damages right of action should be determined on the bais of the subjective responsibility. Regardless of whether it is a commercial level or not, because the cases of liability for damages by objective criteria are explicitly mentioned in Law on obligations.

Key words: Civillaw protection; Directive 2004/48; Croatian law; responsibility

L I T E R A T U R A

- CRNIĆ, I., *Neimovinska šteta*, Organizator, Zagreb, 2008.
- CRNIĆ, I., *Popravljanje imovinske štete*, Zbornik radova „Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene - novi instituti“, Inženjerski biro, Zagreb, 2005.
- CORNISH, W.R., *Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, London, 1996.
- CORNISH, W.R., *Cases and Materials on Intellectual Property*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2006.
- ČIZMIĆ, J., *Novo uređenje prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Vladavina prava, Zagreb, 1999.
- ČIZMIĆ, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva – knjiga prva*, Maslina, Split, 1998.
- ČIZMIĆ, J., - ZLATOVIĆ, D., *Komentar Zakona o žigu*, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002.
- ĆESIĆ, Z., - GORENC, V., i dr. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF, Zagreb, 2005.
- JOSIPOVIĆ, I., - MATANOVAC, R., *Zaštita prava intelektualnog vlasništva u hrvatskom kaznenom i prekršajnom pravu i prilagodbe europskom pravu*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006.
- KOPČIĆ, N., *Novim zakonima do suvremenog sustava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski patentni glasnik, Zagreb, 1994; br. 2-3;

KOZAR, V., *Vrste štete zbog povrede prava na žig i neloyalne konkurencije*, Pravo i privreda, Beograd, 2000.

MARKOVIĆ, S., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000.

MATANOVAC, R., *Građanskopravna zaštita intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaj promjena*, Zbornik radova „Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svijetlu pristupa Europskoj uniji“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006.

PARAĆ, K., *Građanskopravna zaštita prava intelektualnog vlasništva prema novelama zakona s područja prava intelektualnog vlasništva iz 2007. godine*, Zbornik radova „Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu“, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007.

RAFEINER, O., *Stanje i razvitak zaštite industrijskog vlasništva u Europi s naglaskom na zbivanja u Srednjoj i Istočnoj Europi*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, Zagreb, 1997., br. 4;

VEROVIĆ, M., *Pravo na tužbu zbog povrede industrijskog dizajna*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2007., br. 12.

VEROVIĆ, M., *Novosti u građanskopravnoj zaštiti industrijskog dizajna*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, vol. 48, 2008, br. 1.

VEROVIĆ, M., *Postupak za poništaj industrijskog dizajna*, Novi informator, Zagreb, 2008. br. 5649.

ZLATOVIĆ, D., *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008.

ZLATOVIĆ, D., *Novine u pravnoj zaštiti industrijskog dizajna*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2005.

ZLATOVIĆ, D., *Postupak u parnicama povodom zaštite prava na žig*, Vladavina prava, Zagreb, 1998.

Мр Зоран Кесић
Криминалистичко-полицијска академија
Београд

UDK: 343.26
343.812
Прегледни научни рад

ПРИВАТИЗАЦИЈА КАЖЊАВАЊА: НАЧИН ЗА ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ ИЛИ ПРОДУБЉИВАЊЕ КРИЗЕ ЗАТВАРАЊА

Од свог настанка до данас казна затвора се суочавала са бројним оспоравањима. Пораст криминалитета извршеног у поврату само је потврдио ограничену моћ затварања и неуспех идеје ресоцијализације, што је условило преиспитивање како саме казне тако и начина њеног извршења. Настојећи да модификују казну затвора бројне земље у њено спровођење почињу укључивати приватни сектор, док је у неким земљама државно руководство отишло толико далеко да приватним компанијама поверавају упављање казним установама. Управо овај облик приватизације кажњавања ствара највеће контроверзе у стручној јавности и спровођењу на терену због чега његовом описивању треба посветити посебну пажњу.

Кључне речи: контрола криминалитета, казна затвора, казнена установа, криза затварања, приватизација

УВОД

Под утицајем идеја радикалне криминологије, подстакнути проблемима у функционисању органа кривичног правосуђа и кризом казног система у савременом друштву уопште, значајан број аутора настоји преиспитати способност државе у супростављању криминалитету. Говорећи о стању у данашњем казном систему Игњатовић /2006:29/ скреће пажњу на пораст најопаснијих злочина (тероризам, организовани криминалитет), повећање страха од злочина и забрињавајући пораст заводске популације, који прети да

обесмисли целокупан систем формалне контроле. Garland /1996:446/ напомиње како су константан пораст стопе криминалитета и криза казног система, највише утицали на подривање једног од основних митова модерног друштва по ком је суверена држава способна да обезбеди сигурност, закон и ред унутар властитих територијалних граница.

Као један од покушаја решења проблема бројне државе проналазе у давању све већег простора приватном сектору, охрабрујући недржавне организације и појединце на ангажовање у контроли криминалитета. Учешће недржавних субјеката нарочито је присутно у области полицијског рада и то кроз организовање **приватног сектора безбедности** у оквиру ког егзистирају делатности приватног обезбеђења и приватне истражитељске делатности.¹ Приватна иницијатива се бележи и у спровођењу активности које су најближе судијској функцији и то кроз примену **ресторативне правде**, а која се заснива на посредовању чланова заједнице између актера кривичног дела, утврђивању одговорности и обнављању односа нарушених деликтом кроз санирање последица и помирење извршиоца и жртве.

Поред ова два облика, ангажовање недржавних субјеката се бележи и у оквиру извршења кривичних санкција. Наиме, од свог настанка до данас казна затвора се суочавала са бројним оспоравањима, као што су негативан утицај завода на осуђенике, пренатрпаност завода и цена извршења, заводске побуне и насиље међу осуђеницима, проблеми постпеналне помоћи итд. /v. Игњатовић, 2008:230-237/.

Као начини за превазилажење кризе у пенолошкој пракси су се издвојила два правца: 1) *модификација извршења казне затвора* - свођење непотребних тешкоћа заводског живота на минимум без промене суштине казне (оснивање полуотворених и отворених установа, приватизација кажњавања и ресторативни заводски систем) и 2) *сужавање примене казне затвора* - проналажење адекватних замена казни затвора (а. традиционални супститути - новчана казна, условна осуда, судска опомена и б. алтернативе казни затвора - ванинституционални третман, рад у корист заједнице, кућно затварање).

¹ v. Кесић З. /2009/: Приватни сектор у контроли криминалитета, Београд;

Настојећи да модификују казну затвора најпре англосаксонске, а касније и бројне друге земље, у спровођење казне затвора почињу укључивати приватне субјекте, док је у неким земљама државно руководство отишло тако далеко да приватним компанијама поверава упављање заводским установама. Оваква пракса је изродила појаву тзв. **приватних затвора** (*e. private prisons*).

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ КАЖЊАВАЊА

На почетку разматрања ове проблематике скренућемо пажњу на етимолошке органичености израза *приватни затвор*. Најпре истичемо двосмисленост термина **затвор**, који у српском језику означава врсту казне, али и место на коме се та казна извршава.² Свесни забуна које уноси двосмисленост овог појма све већи број наших аутора термин затвор употребљава искључиво приликом објашњења врсте кривичне санкције, док за простор у ком се извршава та санкција користе термин „казнени завод“ или „казнена установа“.³

Одредница **приватни** такође ствара забуне будући да је познато како држава има монопол над извршењем казне затвора. Ова дилема се покушава разрешити аргументом да приватни сектор не преузима функцију кажњавања од државе, као што би се то у генералном поимању приватног власништва могло закључити, већ му држава уговором поверава извршење дела својих надлежности, чије спровођење контролише и по потреби прекида уговорни однос. Иако је, по речима Кокоља /2005:5/, за ову делатност прикладније користити термин *уговорно управљање* (*e. contract management*) у литератури се одомаћио израз *приватизација* због чега ћемо га и ми користити у овом раду.

Бројни аутори подсећају како је још у зачетку казне затвора

2 У другим језицима је направљена јасна разлика у значењу па је тако казна затвора (*e. imprisonment*), (*fr. peine d'emprisonment*), (*нем. Freiheitsstrafe*), (*рус. лишение свободы*), док се за установе за извршење казне затвора користе термини (*e. prison, jail*), (*fr. centre de détention, maison centrale*), (*нем. Gefängnis, Strafvollzugsanstalt*), (*рус. тюрма*);

3 в. Игњатовић Ђ. /2006/: Право извршења кривичних санкција, Београд; Мрвић-Петровић Н. /2007/: Криза затвора, Београд;

забележено ангажовање приватних субјеката у њеном спровођењу. Coyle /2005:51/ скреће пажњу на *приватни транспортни систем затвореника*, који је био најразвијенији у Великој Британији, одакле је током XVIII и XIX века на основу уговорног ангажовања флота приватних бродова на подручје данашње Аустралије и САД превезено десетине хиљада осуђеника.

Историја памти и бројне примере *изнајмљивања радне снаге затвореника*, а као најчешћи у литератури се издвајају: 1) учешће осуђеника у производном процесу приватног предузећа, а које је обављано у затворским радионицама или на терену (плантаже, фарме) и 2) ангажовање затвореника у извођењу јавних радова (изградња железнице, послови у рудницима и сл.). Austin and Coventry /2001:10/ наводе како су након америчког грађанског рата многе конфедералне државе укидање ропства и последице банкротства настојале ублажити изнајмљивањем радне снаге затвореника. До 1885. године оваква пракса је забележена у 13 америчких држава. Затвореници су били принуђени да обављају разноврсне (већином тешке физичке послове), а стечени профит је дељен између приватног послодавца и управе казнене установе. У историјској студији казног система у САД Rebeca McLennan истиче како је процват затворских фабрика и радних кампова између 1860-1890 године од казне затвора створио уносан бизнис (*e. Business of Imprisonment*) /v. McLennan, 2008:87-136/;

Постојање ранијих облика укључивања приватног сектора у извршење казне затвора створило је потребу њиховог разграничавања од приватизације, која се појављују у свету последњих деценија XX века. Једна од најбитнијих основа разликовања јесте та што се данас сам процес изводи по законом уређеној процедури. Илустрације ради, у САД, Великој Британији и Аустралији овај процес пролази кроз следеће фазе: 1) доношење Одлуке Владе о потреби отварања новог заводског комплекса одређеног капацитета (број кревета и степен сигурности); 2) формирање стручног тела (обично је то Парламентарни комитет) и утврђивање опсега приватизације; 3) позивање понуђача; 4) оцена понуђача заснована на одређеним параметрима (понуђени дизајн, претходно искуство, финансијски аранжман, квалитет предложених програма за осуђенике итд.) и 5) провера поштености понуђача и планираног заводског особља /v.

Кокољ, 2005/.

Неки аутори приступају и термилошком разграничењу тако што за објашњење новог процеса користе изразе *реприватизација* или *поновна приватизација* /v. Berg, 2000/ правећи при том разлику између номиналне и оперативне приватизације. **Номинална приватизација** је најшире заступљен вид приватизације, који се заснива на закључивању уговора између државе и приватних компанија о пружању одређених услуга у заводима (нпр. снабдевање кантина храном и пићем, пружање здравствене неге, услуга телефоније, приступ интернету). **Оперативна приватизација** представља ангажовање приватног сектора на организовању специфичних програма у које се укључују осуђена лица (нпр. програм за одвикавање зависности, ресторативни програми, психолошке терапије са сексуалним насилницима, обуке за рад у кухињи, радионици). Највиши степен оперативне приватизације представља поверавање приватном сектору изградње и управљања заводима.

НАСТАНАК И РАЗВОЈ САВРЕМЕНИХ ОБЛИКА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ КАЖЊАВАЊА

Већина аутора истичу како су на процес реприватизације кажњавања пресудно утицали изузетан пораст заводске популације и висока цена извршења казне затвора. Поред ових фактора у литератури се скреће пажња и на утицај социјалних вредности и културног миљеа, а посебно на идеолошки императив слободног тржишта. У овом делу раду скренућемо пажњу на појаву и развој приватизације казних установа на подручју САД, Велике Британије и Аустралије, које се иначе сматрају пионирима овог процеса и чија искуства су послужила као полазна основа приватизацији кажњавања широм света.⁴

⁴ Последњих година приватизација се бележи и на европском континенту, укључујући државе западне демократије (Немачка, Француска), али и нове чланице Европске Уније (Пољска, Чешка и Бугарска) /v. Мрвић-Петровић, 2007/. Поред тога у бројним земљама „трећег света“ (Бразил, Кина, Јужноафричка република) овакве установе су увелико у функцији или су у фази планирања и изградње /v. Berg, 2000/;

САД

Заводска популација у САД је нагло почела расти 1970-их година, до 1986. године се удвостручила, да би почетком 1990-их била за 293% већа у односу на ниво из 1972. године, повећавајући се чак 15 пута брже од популације становништва. Овакво стање се обично доводи у везу са америчком казненом политиком заснованом на идеалу *ред и закон* у чијем духу су покренуте акције као што је *рат дрогама*, а у кривично законодавство уведена мера *три грешке и ван игре си* /Игњатовић, 2008:96,126/. Кіценски скреће пажњу на стање у Калифорнији у којој је забележен највећи прилив затвореника у последње две деценије (1982. год. - 23.511; 2002 - 156.000) и да сви казнени заводи прекорачују планирани капацитет за 100% /Кіценски, 2002:6/. Стручњаци упозоравају како је пренатрпаност у заводима достигла толики ниво да само затварање у такве установе представља злочин.

Суочена са озбиљношћу ситуације влада је излаз из кризе видела у ангажовању приватног сектора у изградњи и управљању новим казним установама. Berg /2000:33/ наводи како је тако драстичан потез влада образлагала императивом смањења расхода и чињеницом да би се из буџета морало издвојити око 1,5 милијарду \$ на изградњу нових установа и 425 милиона \$ годишње за плате и пратеће трошкове. Државна администрација је у својој одлуци следила и позитивне примере већ присутних облика приватизације у оквиру америчког казног система.

Austin и Coventry /2001:12/ напомињу како су касних 1960-их година у САД забележени први случајеви номиналне приватизације, у оквиру које су приватне фирме пружале услуге образовања, здравствене неге и исхране у казним установама, да би 1970-их година приватизација постала оперативнија кроз укључивање приватног сектора у заводске програме и групне терапије одвикавања зависности од дрога. Успешност приватизације државних установа за смештај илегалних миграната, која је забележена почетком 1980-их година, а спроведена под окриљем *U.S. Immigration and Naturalization Service* послужила је као полазна основа за предстојећу приватизацију казних установа општег типа.

Schlosser /1998:62/ истиче како је најва приватизације покренула бројне иницијативе локалне администрације, нарочито у економски угроженим областима, за изградњом казних установа на њиховом подручју. С обзиром да је најављено како ће плата радника у приватним казним установама бити двоструко већа од просечне зараде очекивало се да ће приватизација смањити одлазак младих људи из неразвијених области у велике индустријске центре. Са друге стране, одлуку владе да приступи приватизацији критичари су оценили као потврду конзервативности државне администрације, супростављену идеологији благостања и социјалне политике, замерајући им да заборављају како повећано улагање у репресивни апарат представља кратковиду стратегију у спречавању криминалитета.

Појави и развоју приватизације нарочито је допринела амбициозна природа приватних компанија *Corrections Corporation of America* и *Wackenhut Corrections Corporation*. Logan /1990:22/ напомиње како је ССА прва приватна компанија која је објединила делатности пројектовања, изградње и управљања казним установама. Основана је у јануару 1983. године у Нешвилу (Тенеси) где је склопила и први уговор о управљању казном установом. После тога је скоро сваке године отвара нове установе, у почетку преваходно за смештај малолетника и жена, а убрзо и за смештај пунолетних мушкараца. У међувремену је делатност проширила и на заводе са максималним обезбеђењем, а први међу њима био је завод *Leavenworth* у Канзасу /Berg, 2000:40/. WCC је основана 1987. године у америчком граду Coral Gables (Флорида) као предузеће за пружање услуга физичко-техничког обезбеђења објеката. Поред представништава у преко 100 америчких градова ова компанија је убрзо делатност проширила на 40 држава широм света запошљавајући око 35.000 радника /Logan, 1990:24/.

Под окриљем *US Department of Justice* закључно са 1997. годином спроведено је истраживање стања у затворском сектору на подручју САД. Ради илустрације у следећој табели ћемо приказати упоредне показатеље стања у јавном и приватном сектору, а који су утврђени поменути истраживањем:⁵

5 преузето од - Austin J. and Coventry G. /2001/: *Emerging Issues on Privatized Prisons*, US Department of Justice, pp. 41;

	Јавне установе		Приватне установе	
	n	%	n	%
Број затворника	1.023.572		46.120	
Мушкарци	961.210	94	42.215	91,5
Жене	62.362	5,5	3.905	8,5
Млађи од 18. година	5.309	0,5	180	0,4
Белци	363.918	35,5	14.620	31,7
Афро-американци	488.222	47,7	20.268	43,9
Хиспано-американци	147.365	14,4	9.550	20,7
Индијанци	10.519	1	494	1,1
Азијати	8.436	0,8	291	0,6
Максимално обезбеђење	202.174	19,8	2.111	4,6
Средње обезбеђење	415.688	40,6	22.674	49,2
Минимално обезбеђење	366.277	35,8	20.379	44,2

Експанзија приватизације казних установа наставља се и у XXI веку. До 2002. године приватизоване су 153 установе, укупног капацитета око 120.000 осуђеника или близу 6% заводске популације у САД /Мрвић-Петровић, 2007:204/.

Велика Британија

Још од 1960-их година Велика Британија се суочава са повећањем заводске популације. Стање је кулминирало доласком на власт премијерке Margaret Thatcher 1979. године, када се влада, у духу реда и закона, фокусира на последице дела и саму жртву, не придавајући велики значај рехабилитацији преступника. Како истичу Adrian James и сарадници: „Казнена политика неминовно је била одређена економском и политичком филозофијом која је била заступљена у сваком сегменту друштвеног живота. Антистатичка економија слободног тржишта и конзервативна казнена политика испреплетале су се обликујући конзервативну криминологију“ /James et al., 1997:38/.

Анализирајући актуелно стање у британском казном систему Rutherford /1990:56/ се позива на извештај Комисије Министарства унутрашњих послова из 1987. године у ком се наводи: „Садашње стање у нашим заводима, уништеним временом, пренатрпаном, у којима су услови на ивици здравог разума и у којима је процес модернизације успорен намеће хитно проналажење начина за решење ових проблема“. Rutherford истиче како покушаји владе да повећањем финансијских средстава за 72 % побољшају услове у заводима нису довели до жељених резултата. Ни доношење програма за изградњу нових казних установа се није показало као добро решење, јер је процењено да би изградња трајала 10 година.

Ситуацију је додатно компликовао константан прилив нових осуђе-ника.⁶

Међутим, уместо да размотри постојећу казнену политику британска влада се угледала на амерички пример окренувши се приватном сектору. Први корак ка том циљу учињен је јула 1988. године када је влада објавила *Green Paper*.⁷ Посебна заслуга усвајању овог акта припада Институту *Adam Smith*, чији чланови су се залагали за приватизацију преваходно због хуманитарних разлога. Они су саветовали владу да у почетку омогући експерименталну приватизацију у установама за задржавање и притварање, које су иначе биле у најлошијим условима. Иако је значај овог Института неспоран Rutherford /1990:49/ упозорава како су његови чланови искључиво величали добробити приватизације (смањење расхода, брзину изградње затвора) занемарујући ограничености овог процеса.

Плашећи се за своју будућност затворски службеници, окупљени око пар националних удружења, снажно су се противили укључивању приватног сектора у пенитенцијарни систем. Њихове интервенције и протести су међутим само одложили приватизацију до 1991. године када је британски парламент изгласао *Criminal Justice Act*. Министру унутрашњих послова је дато овлашћење да закључује уговоре са приватним субјектима, чиме се створила могућност да се већ присутни облици номиналне приватизације прошире и оперативним мерама. Поред закључивања уговора о обнављању старих и изградњи нових завода у предстојећем периоду је посебно развијена активност ангажовања приватних предузећа у обезбеђењу казних установа и транспорту затвореника. У овој области се посебно истакло пословање компаније *Group 4 Securicor*, која је делатност са британског острва проширила на подручје преко 50 земаља широм света запошљавајући око 125.000 радника /Button, 2002:25/.⁸

6 Од 1979 до 1988. године у Енглеској је стопа поврата порасла за 76%, а квота осуђених лица се попела на 96, што је увелико превазилазило стопу у свим западноевропским земљама /Rutherford /1990:57/;

7 Овај документ је представљао полазну основу Парламенту за доношење посебног правног акта који би регулисао приватизацију;

8 Од недавно ова компанија послује и на подручје Републике Србије, где је постала већински власник предузећа „ДМД систем“ и „Прогард“, специјализованих за пружање услуга физичко-техничког обезбеђења /v. Кесић, 2009/;

Генеа развоја приватизације казних установа у Великој Британији приказана је у наредној табели:⁹

Назив казнене установа	Година приватизације	Број затвореника	Оператер
Wolds	1992	390	UKDS
Blakenhurst	1992	873	UKDS
Doncaster	1994	1.105	PPS
Buckley Hill	1994	330	Group 4
Parc	1997	943	Securicor
Altcourse	1997	900	GSL
Lowdham Grange	1998	495	PPS
Ashfield	1999	290	PPS
Kilmarnock	1999	596	PPS
Forest Bank	2000	1.027	UKDS
Rye Hill	2001	600	GSL
Dovegate	2001	792	PPS
Bronzefield	2005	407	UKDS
Peterborough	2005	840	UKDS

Доношењем правног акта *Criminal Justice and Public Order Act* 1996. године приватизација се проширила и на Шкотску, а започета је отварањем завода *Kilmarnock* 1999. године. Доласком на власт лабуриста маја 1997. године приватизација је настављена несмањеним темпом. Према резултатима из јануара 2005. године у приватним заводима је био смештен 6881 затвореник, што је чинило 9,3 % заводске популације /Coyle, 2005:54/.

Аустралија

Током 1980-их година аустралијске државе су се суочавале са кризом затварања, која се поред пораста затвореника, манифестовала кроз учестале побуне, насиље и аутодеструктивно понмашање осуђеника. Руководи се превасходно економским разлозима и уштедом државног буџета, државна администрација је сматрала како ће приватизација ублажити ефекте кризе затварања и донети једно одрживо решење.

Harding /1998:2/ наводи како је приватизација на континенту званично отпочела у држави Квинсленд јануара 1990. године склапањем уговора о изградњи и управљању заводом *Borallon*, капацитета 240 осуђеника, са обезбеђењем средњег степена. Посао је поверен 9 преузето од - Coyle A. /2005/: *Understanding Prisons - Key issues in Policy and Practice*, Open University Press, New York, pp. 54;

приватном конзорцијуму *Corrections Corporation of Australia*¹⁰ на три године, а за изградњу завода су утрошена 22 милиона \$.¹¹ Посебан значај ове установе огледао се у специфичном систему руковођења. Примењујући интерактивни и хуманији приступ према осуђеницима, одвајајући их у мале кохерентне групе, руководство је саме осуђенике укључило у процес поправљања чиме су вешто избалансирали потребе сигурности у установи и функцију корекције осуђеника. Временом је број приватизованих установа растао, а према подацима из 1998. године 1/3 заводске популације у Квинсленду (1.050 затвореника) било је смештено у овакве установе /Harding, 1998:2/.

Процесу приватизације на подручју Новог Јужног Велса нарочито је допринео *Corectional Act* из 1990. године, а који је донет као реакција на повећану стопу осуђених лица.¹² Прва приватизација забележена је 1993. године, када је надлежна државна служба *New South Weles Correctional Department* управљање над казним заводом *Junee* са средњим степеном обезбеђењем, капацитета 600 затвореника, поверила конзорцијуму *Australian Corectional Management*.¹³

У Викторији је 1993. године у Парламенту изгласан *Contract Management Act* којим је приватизацији дато зелено светло. Први уговор је склопљен у октобру 1995 године са *АСМ*, која је финансирала, дизајнирала, конструисала и руководила заводом *Fulham*, капацитета 600 лежаја, средњег степена сигурности. У овој држави је иначе забележен највећи прилив затвореника у приватне установе, а према подацима из 1998. године тај број је износио око 50% заводске популације (1.350) /Harding, 1998:3/.

Западноаустралијски казни систем је отпочео реформе 1990-их година, превасходно у циљу смањења цене извршења казне затвора.¹⁴ Приватизација у другим државама је искориштена

10 Конзорцијум сачињавају домаће компаније *Wormald Security of Australia* и *John Holland Holding* и америчко предузеће *Corrections Corporation of America*;

11 Процењује се да је поверавањем изградње држава уштедела 9,7 милиона \$ /Berg, 2000:60/;

12 Стопа од 101 забележена 1988. године, попела се 1990. године на 129 /James et al., 1997:13/;

13 Конзорцијум сачињавају домаће компаније *Thiess Contractors* и *ATD Security* и америчко предузеће *Wackenhut Corrections Corporation*;

14 Berg /2000:64/ истиче како је западноаустралијски казни систем најскупљи

као полазна основа и до 1993. године *Western Australia Corectional Department* је претрпео значајне промене. Извршена је редукација трошкова (130 радника је отпуштено, укинута су накнаде за прековремени рад и регрес), поправљени су услови у заводима, а систем управљања је модернизован /James et al., 1997:17/.

Иако је приватизација казних установа у Аустралији почела скоро деценију касније у односу на САД на овом континенту је крајем прошлог века забележен највећи прилив затвореника у приватизоване казнене установе (18,3% укупне заводске популације за разлику од САД где је забележено око 6% и Велике Британије око 9%).

Убрзан процес приватизације у Аустралији је међутим поделио стручну јавност. Док заступници подсећају како је приватизација смањила трошкове затварања, побољшала услове у заводима и унапредила управљање, критичари су посебно замерали на превеликом упливу америчких и британских компанија у аустралијски казни систем. Неки су чак тврдили како експанзија ових предузећа представља својеврстан пример неоколонијализма и економског императива /Berg, 2000:64/.

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПРИВАТИЗАЦИЈУ КАЖЊАВАЊА

Расправа о феномену приватизације кажњавања обично се своди на етичку дилему и питање да ли држава, која је преузела на себе одговорност да у јавном интересу кажњава учиниоце кривичних дела, сме препустити ову функцију приватном лицу. С тим у вези поставља се питање да ли приватни уговарачи могу вршити класификацију затвореника, дефинисати кажњива понашања у самом заводу, одређивати дисциплинске мере и рестрикцију привилегија. Подсећамо да је Cesare Veccaria својевремено истицао како је право на кажњавање суверена засновано на нужди да се депозит, који је створен за опште добро, брани од узурпације појединаца, док је Jean-Jacques Rousseau тврдио како се право државе да кажњава своје грађане може делегирати само на основу пристанка самих грађана.

на целом континенту. Поређења ради, у овој држави цена извршења казне затвора износи 55.000 \$ по особи годишње, док је нпр. у Квинсленду та цена 39.000 \$;

Руководећи се овим доктринама опоненти приватизације се питају зашто држава и поред тога уступа право на кажњавање приватним компанијама поверавајући им тако на располагање права осуђеника. Ову могућност Logan /1990:5/ оправдава аргументом како су права осуђеника добра којима баратају они који ухвате и осуде криминалце, а не они који спроводе казну. Овакво становиште међутим нема оправдања, јер се њиме затварање настоји представити као засебан пословни подухват, иако знамо да извршење казне сачињава неизоставни део кривично-правне интервенције, где су поштовање слобода и права грађана на посебном испиту.

Судећи по околностима настанка и развоја реприватизације процес нису диктирали етички разлози, већ је државна администрација поклекла пред идеолошким императивом слободног тржишта. Да би доказао како државна администрација очигледно говори и делује у интересу слободног тржишта South /1994:221/ се позива на извештај Парламентарног Комитета за унутрашње послове Велике Британије, на чијем заседању је 1987. године изнет следећи закључак: „Држава би требала бити једини носилац функције контроле криминалитета само у случају ако нико други не може понудити те исте услуге по нижој цени или на бољи начин.“

Заступници приватизације кажњавања обично наводе економске предности овог процеса. Тако нпр. Logan наводи два начина штедње: 1. *избегавање ригорозних процедура за грађење и финансирање* - приватне компаније су, неоптерећене бирократијом, флексибилније код избора градилишта, грађевинских планова и персонала;¹⁵ 2. *повећање продуктивности кроз редукције* - модеран дизајн установа и савремена технологија доносе значајну уштеду у броју запослених, чиме се смањују трошкови личних доходака, пензија и бенефиција /v. Logan, 1990:76-118/.

Критичари међутим упозоравају како је умањење трошкова остварено у изградњи краткотрајно истичући да ће дуготрајни трошкови увећати ниво потрошње захваљујући потреби осигуравања профита приватном сектору кроз одржавање стабилне или нара-

15 Као доказ овај аутор наводи пример поверавања изградње казнене установе у Хјустону (Тексас) компанији Corrections Corporation of America. Држава је проценила да би изградња трајала 2,5 године и коштала 26.000 \$ по кревету, међутим ССА је посао окончала за 5,5 месеци уз трошкове од 14.000 \$ по кревету /Logan, 1990:23/;

стајуће заводске популације. Постоје сумње и према смањивању трошкова путем редукције запослених. Кокољ (2005:6) напомиње како је стављање профита у први план у неким ситуацијама довело до смањења особља до нивоа угрожавања сигурности осуђеника и запослених и на фаворизовање производног рада у односу на радно оспособљавање.

Ни смањивање плата није добро решење, јер мање плате дестимулишу особље, условљавају злоупотребу положаја и коруптивно понашање, а у крајњем случају и одлив искусних радника. Са друге стране, запошљавање нових радника захтева улагање у њихову обуку што ствара нове трошкове, док се ангажовање неискусних извршилаца одражава на квалитет целокупног система кажњавања и преваспитања манифестујући се кроз неразумевање и сукоб особља са осуђеницима и повећање насиља у заводима.

Приликом преиспитивања оправданости приватизације посебна пажња се посвећује оцени квалитета пружених услуга у заводима. Док заступници приватизације истичу квалитетнији смештај, исхрану и ефикаснију правну и здравствену помоћ противници напомињу како се приватизацијом не може успешно спровести ресоцијализација затвореника и смањити поврат. Наиме, профит, који је иначе приватном сектору приоритетни интерес, се не може ускладити са сврхом кажњавања, јер тиме приватни предузетник долази у контрадикцију и сукоб интереса, будући да се он руководи принципом «што више осуђеника то већа зарада».

Стављањем рехабилитације осуђеника у други план приватизација је у ствари искоришћена превасходно као велики пословни подухват стварајући тзв. *затворско-индустријски комплекс*.¹⁶ У литератури се све чешће запажају упозорења како се понављају грешке из прошлости, а у вези с тим Berg /2000:35/ изјављује: „Лоша је вест ако новац постане главна тема, а осуђеници никаква, јер тиме очигледно показујемо како лекције из историје нисмо научили.“¹⁷

16 Термин *затворско-индустријски комплекс* Schlosser /1998:54/ дефинише као скуп бирократских, политичких и економских интереса који дају непрекидан импулс порасту заводских установа кроз подстицање потрошње на затварање појединаца не осврћући се при том на стварне потребе за предузимањем тих мера;

17 У прилог тврдњи да приватизација кажњавања представља значајан пословни подухват Berg /2000:35/ износи податак по ком су дохоци приватног сектора у САД са 650 милиона \$ у 1996. године порасли на 1 милијарду \$ у 1997. године, где су

Мрвић-Петровић (2007:224) подсећа како се успешност извршења казне затвора увек треба процењивати у односу на постизање сврхе кажњавања, а не према уједначавању прихода и расхода, трошкова и квалитета. Ово посебно треба да имамо у виду уколико знамо да је извршење казне затвора последња фаза кривично-правне интервенције, преко чије се успешности процењује ефикасност целог кривично-правног система.

ЗАКЉУЧАК

Приватизација кажњавања је очигледно поделила стручну јавност о чему сведоче бројни радови посвећени овом феномену. Иако код критичара није добила пролазну оцену, питамо се зашто се она и даље примењује у све већем броју земаља. Очигледно да побољшања у одређеним сегментима затварања до којих је приватизација довела нису занемарљива. Austin и Coventry (2001:60) напомињу како је приватизација присилила јавни сектор да преиспита досадашње методе рада и у том смислу послужила као катализатор за промене, демонстрирајући другачије мере обављања послова корекције и за разлику од бирократског обрасца својственог за државне установе, увела нови однос према осуђеницима као корисницима јавних услуга, чиме су избегнута различита понижења и заводске депривације.

Пенитенцијарни систем Републике Србије деценијама се суочава са кризом затварања, а као кључне проблеме Стевановић /2006:587/ издваја: 1) застарели систем преваспитања заснован на класичним видовима третмана; 2) непотпуна класификација осуђеника и категоризација установа; 3) незадовољавајући ниво стручног оспособљавања и едукације особља и 4) проблеми постпеналне помоћи и реинтеграције осуђених лица у заједницу. Реформа затворског система је току, међутим она не укључује опцију приватизације.

Уколико се ослонимо на позитивна искуства приватизације кажњавања у свету и искористимо могућност учења на туђим грешкама, чини нам се да би у склопу реформи пенитенцијарног система у Србији било оправдано и продуктивно извршити

највише профитирале компаније *Corrections Corporation of America* и *Wackenhut*;

експерименталну приватизацију. У случају позитивне одлуке, због неопходности оптимализације преноса овлашћења и надлежности са државе на приватни сектор, сам процес би требао да се врши поступно. Наиме, уколико не жели да доводе у питање свој легитимитет, држава и поред деловања приватног сектора, мора сачувати идеал правде као општег, а не приватног интереса. Да би се то остварило неопходно је извршити преиспитивање конститутивних елемената казног система који нису прикладни за приватизацију.

У том смислу експеримент би у првој фази требао обухватити само одређене облике номиналне приватизације. Нове методе раде би требало тестирати у строго контролисаним условима. Уколико би се након спроведених евалуативних истраживања предложене мере показале делотворним, процес би могао бити надограђен вршењем експеримената у области оперативне приватизације. Најбитније је међутим да ове мере морају бити усмерене превасходно на испуњење сврхе кажњавања, а не на стварање јефтинијег казног система по сваку цену.

ЛИТЕРАТУРА

1. **Austin J. and Coventry G.** /2001/: *Emerging Issues on Privatized Prisons*, US Department of Justice;
2. **Berg J.** /2000/: *Private prisons: International experiences and South African prospects*, Institute of Criminology, University of Cape Town;
3. **Button M.** /2002/: *Private policing*, Willan Publishing, London;
4. **Garland D.** /1996/: *The limits of sovereign state: strategies of crime control in contemporary Society*; British Journal of Criminology, 35(4), pp. 445-471;
5. **Игњатовић Ђ.** /2006/: *Казнена реакција у XXI веку - изазови и дилеме* –у: Радовановић Д. (ed.): *Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси*, Београд, стр. 9-32;
6. **Игњатовић Ђ.** /2008/: *Криминологија*, Београд;
7. **James A.L., Bottomley K., Liebling A. and Clare E.** /1997/: *Privatizing Prisons: Rhetoric and Reality*, Sage Publications, London;
8. **Кесић З.** /2009/: *Приватни сектор у контроли криминалитета*, Београд;
9. **Kicenski K. K.** /2002/: *The Corporate Prisons: The Production of Crime and the sale of discipline* – research report, George Mason University, California;
10. **Кокољ М.** /2005/: *Осврт на неке аспекте из процедуре приватизације затвора*, Избор судске праксе, бр.12, стр. 5-12;
11. **Logan C.H.** /1990/: *Private Prisons – Cons and Pros*, Oxford University Press, Oxford;
12. **Мрвић-Петровић Н.** /2007/: *Криза затвора*, Београд;
13. **McLennan R.M.** /2008/: *The Crisis of Imprisonment – Protest, Politics and the making of the American Penal State, 1776-1941*, Cambridge University Press, Cambridge;
14. **Rutherford A.** /1990/: *British Penal Policy and Idea of Prison Privatization* –in: McDonald D. /ed./: *Private Prisons and Public Interest*, Rutgers University Press, New Brunswick, pp.
15. **Стевановић З.** /2006/: *Могућности и ограничења изградње*

- савременог затворског система* –у: Радовановић Д. (ed.): Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси, Београд, стр. 581-588;
16. Schlosser E. /1998/: *The Prison-Industrial Complex*, The Atlantic Monthly, 282 (6), pp. 51-77;
17. South N. /1994/: *Privatizing policing in the European Market*, European Sociological review, 10(3), pp. 219-231;
18. Harding R. /1998/: *Private Prisons in Australia, Trends and issues in Crime and Justice*, Australian institute of Criminology, No. 84, April 1998;
19. Coyle A. /2005/: *Understanding Prisons – Key issues in Policy and Practice*, Open University Press, New York;

Zoran Kesić, MA,
Criminalistic-Police Academy,
Belgrade

PRIVATIZATION OF PUNISHING: METHOD FOR OVOERCOMING OR DEEPENING THE DETENTION CRISIS

Ever since it has been established the sentence of imprisonment has been disputed many times. The rise of recidivist crimes has only confirmed the limited power of imprisonment and the failure of the idea of resocialization, which has also conditioned the reexamining of both the punishment and the manner of its implementation. In an attempt to modify the sentence of imprisonment many countries have started to include private sector in its implementation, while in some countries the governments have gone so far as to give the charge of penal facilities to private companies. It is this form of privatization of punishment that arouses the highest controversy in expert public as well as its actual implementation and this is why the special attention should be given to its description.

Key words: *crime control; imprisonment, prison, crisis of imprisonment, privatization.*

Ana Batričević

Istraživač pripravnik

Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

Beograd

UDK 343.244(480+45)

Pregledni naučni rad

VASPITNE MERE POJAČANOG NADZORA MALOLETNIKA U KRIVIČNOM PRAVU FINSKE I ITALIJE

Posebna vaspitna mera koja se sastoji iz pojačanog nadzora koji sprovode bilo roditelj, usvojlac ili staralac, bilo predstavnik centra za socijalni rad jedna je od najčešće izricanih mera prema maloletnim prestupnicima u većini zemalja. Pravni sistem Srbije podržavao je poseban status i tretman maloletnih prestupnika još od 1860. godine. Ipak, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine bio je prvi akt koji je objedinio materijalne procesne i izvršne odredbe o maloletnim prestupnicima, potpuno ih odvojivši od odredaba koje se odnose na punoletne učinioce. Bez obzira na brojne prednosti navedenog zakona, čini se da primena pojedinih odredaba, a naročito onih koje se odnose na pojačan nadzor, nije dovoljno efikasna. Kako se prestupništvo maloletnika pojavljuje kao globalni problem, analiziranje i usvajanje iskustava drugih zemalja koje se suočavaju sa sličnim poteškoćama moglo bi doprineti razvoju novih rešenja i unaprediti postojeću praksu. Dva prilično različita pravna sistema-Italije i Finske i njihovi načini prevencije maloletničkog prestupništva predstavljaju samo ilustracije čije pozitivne aspekte treba razmotriti i, ukoliko je moguće, prisvojiti. U skladu sa tim, ovaj rad nastoji da istakne izuzetno važnu i aktivnu ulogu centra za socijalni rad u Finskoj i osobeni vid skretanja krivičnog postupka prema maloletniku u Italiji, kao veoma specifična i potencijalno korisna rešenja.

Ključne reči: maloletni prestupnici, vaspitne mere, pojačan nadzor, centar za socijalni rad, supervizor

Uvod

Svest o potrebi da se maloletnim prestupnicima zagaranjuje poseban krivičnopravni status koji odgovara njihovom uzrastu i psihofizičkim osobenostima nije novina u srpskom zakonodavstvu. Ovu ideju poznavao je još Kriminalni ili Kaznitelni zakonik za Knjažestvo Srbiju iz 1860. godine¹, izrađen po ugledu na pruski Kazneni zakonik (*Strafgesetzbuch*) iz 1851. godine². Međutim, Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika³, koji je na snagu stupio 1. januara 2006. godine, prvi put su objedinjene materijalne, procesne i izvršne odredbe o maloletnim prestupnicima i potpuno odvojene od odredaba koje se odnose na punoletne učinioce. Uprkos brojnim naprednim rešenjima koja navedeni zakon usvaja čini se da je primena njegovih odredaba koje su posvećene upravo regulisanju vaspitnih mera pojačanog nadzora nedovoljno efikasna.

Osnovna prepreka za doslednu primenu mera pojačanog nadzora i ostvarivanje njihove svrhe jeste nedostatak odgovarajućih podzakonskih akata koji bi detaljno normirali kompletan postupak njihovog sprovođenja. Pravilnik o izvršenju vaspitnih mera posebnih obaveza na snazi je od 2006. godine⁴, ali u kontekstu pojačanog nadzora, on ima značaj samo kada se uz nadzor izriču posebne obaveze kao suplementarne mere. Zakonom je predviđeno donošenje podzakonskih akata kojima bi bilo posebno regulisano izvršenje vaspitnih naloga, posebnih obaveza kao i vođenje kontrolnika izvršenja vaspitnih mera koji vodi prvostepeni sud, ali ne i posebnog podzakonskog akta koji bi bio posvećen isključivo izvršenju vaspitnih mera pojačanog nadzora⁵. Iako su organu starateljstva na osnovu Zakona o maloletnim učiniocima

1 Videti: čl. 55., čl. 56., čl. 57. i čl. 58. Kaznenog (Kriminalnog) zakonika za Knjažestvo Srbiju od 1860. godine, „Zbirka zakona Kraljevine Srbije II- Kazneni zakonik i krivični sudski postupak“, Knjižar izdavač Geca Kon, Beograd, 1911. godine, str. 37-39.

2 Jovašević, D.: Krivično pravo-opšti deo, Nomos, Beograd, 2006. godine, str. 381.

3 Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005

4 Videti: Pravilnik o izvršenju vaspitnih mera posebnih obaveza “Sl. glasnik RS”, br. 94/2006

5 Videti čl. 99. i čl.167. st. 1. st. 2 i st. 3 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005

krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica poverena veoma značajna ovlašćenja u sferi pojačanog nadzora⁶, procene stručnjaka ukazuju na to da sadašnja organizacija i kapaciteti centara za socijalni rad ne idu u korak sa intenzitetom i fenomenologijom devijantnog i delinkventnog ponašanja maloletnika⁷. Takvo stanje u suprotnosti je i sa Standardnim minimalnim pravilima Ujedinjenih nacija za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila) iz 1990. godine u kojima se izričito navodi da broj predmeta sa kojima se radi treba da bude na nivou koji obezbeđuje efikasno sprovođenje programa tretmana prestupnika.⁸

Mere prema maloletnim učiniocim krivičnih dela koje u sebi sadrže element pojačanog nadzora pojavljuju se u raznovrsnim oblicima i pod različitim nazivima u većini savremenih krivičnopravnih sistema. Osvrt na zakonske odredbe, ali i na praksu drugih zemalja omogućava bolje sagledavanje sadržine, domašaja i praktične primene različitih vidova pojačanog nadzora kao i njihove efikasnosti u prevenciji maloletničke delinkvencije. Uporednopravno posmatrano, mogu se uočiti dva osnovna pristupa maloletnim prestupnicima: model blagostanja i model pravde (*justice model*) koji se još naziva i sudskim modelom.

Model blagostanja (*welfare model*) naziva se još i zaštitničkim modelom upravo zbog naglašene fokusiranosti na ličnost prestupnika i njegovu reedukaciju i rehabilitaciju. On polazi od pretpostavke da se sankcije prema maloletniku primenjuju „za njegovo dobro“ i upravo zbog toga podrazumeva široki spektar mera koje omogućavaju njegovo obrazovanje i popravljjanje. Zbog toga se prilikom odmeravanja sankcije ne uzimaju u obzir ni vrsta i težina dela ni zlo naneto žrtvi već pre svega lična svojstva učinioca. Dužina sankcije se ne određuje prilikom izricanja nego se ona obustavlja kada sud stekne uverenje da je njena svrha ostvarena. Prednost se često daje institucionalnom tretmanu u različitim ustanovama za maloletnike kako bi se učinilac odvojio od sredine koja

6 Videti, na primer : čl. 15. st. 4., čl. 16. st. 2., čl. 17., čl. 103. st.1., i čl.104. st.1. i st. 2., čl. 106. st.2, čl. 109. i čl. 110. st. 1. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005

7 Nikolić, Z.: Prevencija kriminaliteta-metodika rada savetovališta za roditelje i decu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2006. godine, str. 136

8 Čl. 13. st. 5. Standardnih minimalnih pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila), Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/110 od 14. decembra 1990. godine

loše utiče na njega. Ovakav model bio je veoma popularan sve do sedamdesetih godina dvadesetog veka u nizu država Evrope i Amerike. Žestoko je kritikovan kao paternalistički nastrojen, arbitraran i neefikasan tako da se do danas održao samo u pojedinim zakonodavstvima kao što su grčko i belgijsko.

Model pravde (*justice model*), poznat još i kao sudski model koncentriše se pre svega na delo a manje na ličnost učinioca. U skladu sa tim, kao osnovni cilj sankcije ne postavlja rehabilitaciju već reintegrisanje maloletnika u društvo. Sankcije su po pravilu proporcionalne izvršenom delu a njihovo trajanje određuje se prilikom izricanja. S obzirom na to da je reč o maloletnicima, kazna zatvora izriče se kao *ultima ratio* a primat imaju mere vaninstitucionalnog karaktera kao što su rad u korist zajednice i kompenzacija žrtve u duhu restorativne pravde. Ovaj model podržavaju brojni međunarodni akti doneti po okriljem Ujedinjenih Nacija i Saveta Evrope, a u najčistijem obliku prisutan je u zakonodavstvu Holandije, Engleske i Velsa⁹.

Finski sistem izložen je kao predstavnik specifičnog „nordijskog *welfare* modela“ koji podrazumeva naglašenu ulogu centra za socijalni rad u procesu intenzivnog individualnog rada sa maloletnim prestupnikom kako na njegovoj rehabilitaciji tako i na resocijalizaciji i reintegraciji u zajednicu. Dakle, ne radi se o čistom modelu blagostanja, već o jednoj sintezi elemenata iz oba modela sa naglašenim zaštitničkim odnosom države prema maloletniku.

Sistem maloletničkog krivičnog prava Italije predstavljen je prvenstveno kako bi se podvuklo specifično rešenje prisutno u njemu od 1988. godine, koje se može okarakterisati kao svojevrsna sinteza elemenata uslovnog skretanja krivičnog postupka, pojačanog nadzora od strane centra za socijalni rad, uslovne osude i posebnih obaveza.

1. Mere pojačanog nadzora maloletnika u krivičnom pravu Finske

Kako je sve do 1809. godine bila provincija Švedske, u Finsku je koncept posebnog odnosa prema deci i mladima kao učiniocima krivičnih dela dospelo još kroz srednjovekovne švedske zakone.¹⁰ Osnovu krivičnog

9 Ignjatović, Đ.: Kriminologija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, Beograd, 2008. godine, str. 253. i 254.

10 Harikari, T., Child Welfare as a Reaction Against Juvenile Crime-the Criminal Act

prava Finske predstavlja Krivični zakonik koji datira iz 1889. godine od kada je, naravno, pretrpeo brojne izmene i dopune kako bi se prilagodio savremenim tendencijama društvenog razvoja.¹¹ Odredbe relevantne za tretman maloletnih prestupnika sadržane su i u drugim propisima kao što su Zakon o mladim prestupnicima (*Young Offenders Act*) iz 1940. godine¹², Zakon o socijalnoj zaštiti deteta (*Child Welfare Act*) usvojen 1983. godine¹³ sa poslednjim izmenama i dopunama od 2007. godine¹⁴ i Eksperimentalni zakon o maloletničkoj kazni (*Experimental Juvenile Punishment Act*) iz 1996. godine¹⁵ i Zakon o maloletničkoj kazni (*Juvenile Punishment Act*) iz 2004. godine¹⁶.

Moglo bi se reći da krivično pravo Finske sadrži relativno skroman broj krivičnopравnih propisa koji bi se odnosili isključivo na maloletne prestupnike. Uprkos tome, njihove psiho-fizičke, emocionalne i socijalne osobenosti uvažene su kroz druge pravne akte i mehanizme uz poseban naglasak na pojačanom nadzoru od strane organa formalne socijalne kontrole. Krivičnopравna odgovornost stiže se sa navršenom 15 godinom života¹⁷. Do tada, prestupnik se smatra detetom i njegovo eventualno protivpravno delo aktivira samo mehanizam socijalne zaštite i staranja. Lica koja su navršila 15 ali nisu navršila 17 godina života imaju tretman koji je sličan položaju mlađih maloletnika u našem krivičnom pravu te njihovo delinkventno ispoljavanje povlači kumulativno angažovanje i suda i centra za socijalni rad. U suštini isto važi i za lica koja su navršila 17 ali nisu navršila 20 godina života, uz uvažavanje razlika u stepenu zrelosti između ove dve kategorije. Dakle, za maloletnike (uz određene izuzetke novijeg datuma) praktično važi isti sistem sankcija kao i za punoletna lica, s tim što za njihovo odmeravanje i izricanje važe

as a Part of Child Welfare Practices in: *Juvenile Crime in Finland: Trends, Causes and Control* (National Research Institute of Legal Policy no. 221), Helsinki, 2006.godine, str. 377.

11 The Criminal Code of Finland 39/1889 sa amandmanima do 940/2008

12 Young Offenders Act 262/1940

13 Child Welfare Act 683/1983

14 Child Welfare Act 417/2007 sa amandmanima do 1390/2007 na snazi je od 01. 01.2008. godine

15 Experimental Juvenile Punishment Act 1058/1996

16 Videti: Government regulation on juvenile punishment 1284/2004 i Juvenile Punishment Act 1196/2004

17 Glava III Odeljak 4. čl. 1. Krivičnog zakonika Finske uređen amandmanom 515/2003

bitno drugačija pravila. Pre svega, njihov uzrast (naročito ako se radi o maloletnicima između 15 i 17 godina) se prilikom odmeravanja kazne može uzeti kao značajna olakšavajuća okolnost¹⁸. Kazna zatvora se maloletnicima izriče veoma retko-samo u slučaju najtežih krivičnih dela i to kada okolnosti pod kojima je delo učinjeno ukazuju na neophodnost primene ove sankcije. Čak i kada do toga dođe, maloletnik kaznu zatvora izdržava u ustanovi koja se značajno razlikuje od „redovnog“ zatvora. Maloletnicima se relativno često izriču i novčana kazna i uslovna osuda, a od 1996. godine i posebna sankcija –tzv. maloletnička kazna (*juvenile punishment*)¹⁹. Specifičnost koja se da uočiti i kod uslovne osude i kod maloletničke kazne sastoji se u veoma intenzivnom i sadržajnom pojačanom nadzoru nad maloletnikom.

Pojačan nadzor čije je vršenje povereno posebnoj službi prati uslovnu osudu samo u slučaju maloletnih prestupnika. Smisao ovog nadzora jeste da prestupniku pruži podršku u životnoj situaciji u koju se doveo kao i da maksimalno podstiče njegovu integraciju u zajednicu. Uprkos tome što je zahvaljujući ovoj sankciji broj mladih u finskim zatvorima čak deset puta manji u odnosu na šezdesete godine dvadesetog veka, često su joj upućivane brojne kritike. Pre svega, zapaženo je da maloletni prestupnici uslovnu osudu sa pojačanim nadzorom i ne vide kao sankciju u pravom smislu te reči. Pored toga, isticano je i da sama mogućnost da sud nekoliko puta istom prestupniku izrekne uslovnu osudu (umesto da je zbog novoučinjenog krivičnog dela opozove) potkopava kredibilitet celog finskog kaznenog sistema zbog čega se javila potreba za osmišljavanjem nove sankcije za maloletnike.²⁰

Posebna mera pod nazivom „maloletnička kazna“ (*juvenile punishment*) uvedena je u finsko krivično pravo 1996. godine Eksperimentalnim Zakonom o maloletničkoj kazni (*Experimental Juvenile Punishment Act*)²¹ i bilo je predviđeno da se primenjuje tokom narednih 5 godina, odnosno do 2001. godine²². Ova sankcija ipak nije ostala samo

18 Glava III, Odeljak 8., čl. 1. st. 1 Krivičnog zakonika Finske uređen amandmanom 515/2003

19 Experimental Juvenile Punishment Act 1058/1996

20 Prema: Marttunen, M., The Basis of Finnish Juvenile Criminal Justice, International Review of Penal Law, vol. 75, 2004. godine, str. 315-333

21 Experimental Juvenile Punishment Act 1058/1996

22 Joutsen, M., Lahti R., Pölonen, P.: Criminal Justice Systems in Europe and North America-Finland, HEUNI (The European Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations), Helsinki, 2001. godine, str. 33.

eksperimentalnog karaktera već je sada predviđa i Krivični zakonik Finske na osnovu amandmana 1195/2004 koji spominje mogućnost izricanja maloletničke kazne naglašavajući izričito da su njena dužina i sadržina regulisane Odeljkom 2. Zakona o maloletničkoj kazni²³ koji je usvojen 2004. i stupio na snagu 2005. godine²⁴. Razlog za propisivanje takve mere bila je potreba da se u sistem sankcija uvede još jedna lestvica između uslovne osude sa pojačanim nadzorom i kazne zatvora koja bi podsticala sposobnosti maloletnika za funkcionisanje u zajednici i jačala njegov osećaj odgovornosti. Maloletnička kazna može se izreći samo licima koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila 15 ali nisu navršila 18 godina i to ako težina krivičnog dela, potreba maloletnika za rehabilitacijom i njegova sposobnost socijalne adaptacije ukazuju da je to opravdano.²⁵ Dakle, ona dolazi u obzir samo kada ozbiljnost prestupa zahteva strožu kaznu od novčane, ali i dalje nema dovoljno otežavajućih okolnosti za izricanje kazne zatvora. Inicijalna zamisao bila je da se ova sankcija izriče samo onim maloletnicima koji su nakon izricanja uslovne osude sa pojačanim nadzorom izvršili novo krivično delo. Međutim, izmenama Zakona o maloletničkoj kazni iz 1998. godine njena primena proširena je i na slučajeve primarnog prestupništva pod uslovom da sud stekne uverenje o postojanju opasnosti od povrata.²⁶

Maloletnička kazna sastoji se iz dve neraskidivo povezane komponente: posebnih obaveza maloletnika i nadzora nad njim. Posebne obaveze podrazumevaju redovan neplaćeni rad maloletnika ukupnog trajanja od 10 do 60 časova koji se sprovodi pod nadzorom, a sastoji se iz različitih zadataka koji treba da unaprede njegovo socijalno prilagođavanje i osećaj odgovornosti. Suština posebnih obaveza nije toliko u radnoj komponenti koliko u socijalizaciji i reintegraciji maloletnika, zbog čega je ponekad prilično teško razdvojiti ih od interaktivnog nadzora. Nadzor je obavezan, može trajati od 4 meseca do 1 godine²⁷, a ima za cilj pružanje podrške i usmeravanje. Za njegovo sprovođenje zadužena

23 Glava VI, Odeljak 10.a, Krivičnog zakonika Finske uređen amandmanom 1195/2004

24 Videti: Government regulation on juvenile punishment 1284/2004 i Juvenile Punishment Act 1196/2004

25 *Ibid*

26 Huttunen, K., Mälkönen, V., Pekkala Kerr S.: The Rehabilitative Effects of Criminal Sanctions:

Evidence from a Juvenile Punishment Experiment, 2009. godine str. 5

27 Čl. 2. st. 1. Juvenile Punishment Act 1196/2004

je posebna služba za nadzor koja u saradnji sa nadležnim cenrom za socijalni rad sastavlja preliminarni plan izvršenja ove mere. Taj plan se dostavlja sudu i omogućava mu da stekne potpunu sliku o maloletniku. U tom smislu, osnovna uloga supervizora jeste da omogući adekvatno i efikasno sprovođenje navedenog plana izvršenja.²⁸ Nadzor se ostvaruje kroz redovne sastanke supervizora sa maloletnikom, s tim što se jedan njegov deo može realizovati i kroz različite grupne aktivnosti. Kroz razgovor sa supervizorom maloletnik treba da otkrije šta ga je podstaklo da izvrši prestup, zašto je to pogrešno, kakve je posledice prestup izazvao za žrtvu ali i za njega i kako da u budućim sličnim situacijama postupi na drugačiji način. Prema uputstvima službe za nadzor, tokom prva tri meseca maloletnik i supervizor bi trebalo da se sastaju najmanje dva puta nedeljno, a po isteku tog roka sastanci ostaju redovni ali se njihova frekventnost u zavisnosti od okolnosti može smanjiti.

Ukoliko se maloletnik na pridržava inicijalnog programa tako što ne izvršava ili neredovno izvršava posebne obaveze, služba za nadzor mu može uputiti ukor u pisanoj formi, a u slučaju težeg kršenja može o tome poslati izveštaj tužiocu. Ako tužilac smatra da je kršenje ozbiljno, obavestiće o tome sud koji može produžiti nadzor ili ga zameniti drugom sankcijom (novčanom kaznom ili uslovnom osudom).²⁹

Finski sistem reakcije na maloletnički kriminalitet predstavlja takozvanu nordijsku varijantu „*welfare*“ modela, svojstvenu socijalno-političkom modelu države blagostanja koji se sumarno izražava kroz stav da je „najbolja kriminalna politika zapravo dobra socijalna politika“. Akcenat je stavljen na specijalnu prevenciju koja se ostvaruje kroz intenzivan nadzor i vaninstitucionalni individualni rad sa maloletnikom. Posebno važna uloga poverena je centru za socijalni rad koji deluje kao prva karika u lancu formalne socijalne kontrole. Naročito je naglašen komplementaran odnos između sistema maloletničkog krivičnog prava i sistema socijalnog staranja o deci koji posebno dolazi do izražaja kod maloletničke kazne. Naime, izricanje maloletničke kazne dolazi u obzir tek kada centar za socijalni rad nije u mogućnosti da isprati potrebe maloletnog prestupnika. Sa druge strane, maloletnička kazna može biti najpre privremeno a zatim i trajno obustavljena ukoliko se prestupnik

28 Više o dužnostima supervizora: čl. 11. Juvenile Punishment Act 1196/2004

29 Prema: Marttunen, M., The Basis of Finnish Juvenile Criminal Justice, International Review of Penal Law, vol. 75, 2004. godine, str. 315-333

smesti u ustanovu za brigu o deci.³⁰ Svoju efikasnost ovaj sistem duguje bliskoj saradnji i koordiniranom delovanju svih nadležnih aktera: suda, tužilaštva, centra za socijalni rad, službi za nadzor i lokalne zajednice. Njegova prednost leži u neopterećenosti prevelikim brojem zakonskih i podzakonskih akata i kvalitetnoj i doslednoj praksi.

2. Pojačan nadzor maloletnika u krivičnom pravu Italije

Italijansko zakonodavstvo, poput svih drugih savremenih evropskih pravnih sistema uvažava potrebu za posebnim odnosom prema maloletnim prestupnicima. Pojačani nadzor je takođe široko prihvaćen kao sredstvo prevencije, ali pre svega *ante delictum*, dakle u slučaju kada još uvek nije ispoljeno kriminalno već samo u određenoj meri devijantno ponašanje, zatim tokom krivičnog postupka protiv maloletnika kao mogućnost za skretanje postupka i , na kraju, nakon izricanja uslovne osude.

Kad je u pitanju reakcija *ante delictum*, počevši od 1934. godine sud za maloletnike može odrediti različite mere maloletniku koji još uvek nije izvršio krivično delo, ali ispoljava različite oblike devijantnog ponašanja kao što su bežanje od kuće, boravak u kriminogenom okruženju ili prostitucija. Navedene mere mogu se sastojati u pojačanom nadzoru od strane centra za socijalni rad ili u upućivanju u posebni medicinsko-psihopedagoški institut za maloletnike.³¹

Italijansko maloletničko krivično pravo tradicionalno se baziralo na primeni dva instituta: sudskog oprostaja (*il perdono giudiziale*) i uslovnog otpusta (*la liberazione condizionale*). Sudski oprostaj mogao se izreći samo maloletniku koji je učinio krivično delo zaprećeno kaznom zatvora do 2 godine. Smisao uslovnog otpusta je isti kao i kod punoletnih učinilaca, s tim što za maloletnike važi posebno pravilo kaoje se sastoji u mogućnosti da se uslovno puste na slobodu bez obzira na visinu izrečene kazne i neovisno od toga koliki deo kazne je izdržan.³²

Značajnije promene u maloletničkom krivičnom pravu Italije nastupile su 1988. godine kada je usvojen Dekret Predsednika

30 Prema: Marttunen, M., Keisala, H.: The New Juvenile Punishment, National Research Institute of Legal Policy Publications no. 230/231, Helsinki 2007. godine, str. 84.

31 Ricciotti, R.: La giustizia penale minorile, Cedam, Padova, 2007. godine, str. 12

32 Ricciotti, R.: La giustizia penale minorile, Cedam, Padova, 2007. godine, str. 8

Republike br. 448/88³³ čije su odredbe posvećene regulisanju krivičnog postupka protiv maloletnika. Članom 28. ovog akta uveden je jedan specifičan institut pod nazivom „prekid krivičnog postupka i stavljanje maloletnika na probu“ (*la sospensione del processo e messo alla prova*), koji predstavlja sintezu elemenata raznih instituta kao što su skretanje krivičnog postupka, uslovna osuda, pojačani nadzor i posebne obaveze³⁴. Na prvi pogled on podseća na uslovnu osudu kakva postoji u većini evropskih zakonodavstava. Međutim, od iste se razlikuje pre svega po tome što ne podrazumeva donošenje osuđujuće presude, već, naprotiv, prekid krivičnog postupka.³⁵ U tom smislu, po strukturi je bliži anglo-američkom sistemu uslovne osude.

Sudija za maloletnike nakon što je saslušao obe strane može doneti naredbu kojom se određuje prekid krivičnog postupka i nalaže proveravanje maloletnika u određenom vremenskom periodu. Period proveravanja može trajati najduže godinu dana, osim u slučaju krivičnog dela za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju preko 12 godina kada proveravanje traje najduže 3 godine.³⁶ Tokom provere maloletnik ostaje u svom dotadašnjem okruženju s tim što nadležna služba centra za socijalni rad sve vreme nad njim vrši pojačan nadzor pružajući mu u isto vreme potrebnu pomoć i podršku. Posebnom naredbom maloletniku se mogu naložiti i određene posebne obaveze čiji je cilj otklanjanje štetnih posledica pričinjenih krivičnim delom uz podsticanje pomirenja maloletnika sa žrtvom, odnosno oštećenim.³⁷

Smisao prekida postupka i pojačanog nadzora jeste da tokom perioda provere sudija na osnovu izveštaja koje dobija od strane nadležnih službi centara za socijalni rad stekne uvid u ličnost maloletnika i njegovo vladanje. Na osnovu tih podataka i na osnovu saslušanja obe strane nakon isteka perioda provere, sudija treba da donese odluku o daljem toku postupka prema maloletniku. Ako sudija na osnovu ponašanja maloletnika i napretka u pogledu razvoja njegove ličnosti stekne uverenje da je provera imala pozitivan ishod, doneće presudu kojom će eventualno

33 Decreto del presidente della republica 448/88

34 Čl. 28., Decreto del presidente della republica 448/88

35 Totara, M.S., Condro, V., Fanelli, G., Nolfo, M., Pergolini, M.: *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28. D.P.R. 448/88)-analisi statistica anno 2007*, Roma 2008, str. 2.

36 Čl 28. st. 1. Decreto del presidente della republica 448/88

37 Čl 28. st. 2. Decreto del presidente della republica 448/88

krivično delo biti „poništeno“ zahvaljujući pozitivnom ishodu provere (*dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova*). U suprotnom, on će odlučiti da se krivični postupak protiv maloletnika nastavi.³⁸

Sprovođenje proveravanja kroz pojačan nadzor povereno je centru za socijalni rad i regulisano posebnim aktom³⁹. Centar za socijalni rad sastoji se iz dve odvojene službe od kojih se prva stara da maloletnik ima sve što mu je potrebno za pravilan razvoj ličnosti kako u materijalnom tako i u edukativnom pogledu. Druga služba funkcioniše u sastavu posebnog odseka Ministarstva pravde zaduženog za maloletnike i nadležna je za saradnju sa organima maloletničkog krivičnog pravosuđa. Pored ove dve službe još od 1977. godine⁴⁰ posebnu ulogu u sprovođenju nadzora, pružanju podrške i usmeravanju imaju i pomoćne službe organa lokalne zajednice (*enti locali*). Služba nadležnog centra za socijalni rad zadužena za saradnju sa organima pravosuđa uz pomoć lokalne socijalne službe sastavlja poseban program sprovođenja postupka provere.⁴¹ Program treba da bude koncipiran tako da predvidi način na koji će se u njegovu realizaciju uključiti maloletnik, članovi njegove uže porodice kao i uopšte okruženje u kome on živi. Posebne obaveze koje se maloletniku određuju kao i modalitet uklanjanja štetnih posledica pričinjenih krivičnim delom i eventualno pomirenje sa oštećenim takođe se detaljnije uređuju navedenim programom. Obaveštavanje sudije za maloletnike o sprovođenju mera koje su programom predviđene, postignutom napretku i uopšte razvoju slučaja spada u obavezu nadležne službe centra za socijalni rad. Pored toga, predstavnici navedenih službi mogu predložiti sudiji promenu programa ili skraćivanje perioda provere, a u slučaju teže povrede obaveza od strane maloletnika i opoziv provere i nastavak krivičnog postupka.⁴²

Odluka o primeni navedene mere nije uslovljena od težine krivičnog dela već se bazira isključivo na ličnim svojstvima maloletnika koja su takva da uz aktiviranje njegovih potencijala i podršku sredine mogu indukovati njegovo popravljanje. Upravo o svim tim okolnostima centar za socijalni rad sastavlja procenu i prema njima „kroji“ odgovarajući

38 Čl. 29. Decreto del presidente della republica 448/88

39 Decreto legislativo 272/89

40 Decreto del presidente della republica 616/77

41 Čl. 2. Decreto Legislativo 272/89

42 Čl. 2. Decreto Legislativo 272/89

program koji maloletnik mora da prihvati.⁴³

Uprkos svojim brojnim prednostima kao što su mogućnost skretanja krivičnog postupka, ostajanje maloletnika u dotadašnjem životnom okruženju bez izlaganja negativnim uticajima institucionalnog kažnjavanja, i upliv koncepta restorativne i reparativne pravde⁴⁴, ovaj posve specifični institut pretrpeo je i oštre kritike. Osnovna zamerka koja mu se upućuje jeste da predstavlja povredu ustavom i međunarodnim dokumentima zajemčenog prava na odbranu.⁴⁵ Naime, donošenje naredbe kojom se nalaže prekid postupka i određuje proveravanje maloletnika nije uslovljeno njegovim prethodnim pristankom. On jedino može reagovati *ad hoc* tako što će protiv te naredbe izjaviti žalbu.⁴⁶ Osim toga, nastavak postupka po isteku perioda od 1 ili čak 3 godine nužno povlači i određene praktične poteteškoće: mali su izgledi da će sastav veća biti isti te će stranke i svedoci morati da budu ponovo saslušani. Pored neprijatnosti koje ponovno saslušanje nameće obema stranama, problem predstavlja i rizik da one jednostavno neće moći da se sete svih relevantnih detalja spornog događaja.⁴⁷

Zaključak

Nema sumnje da pozitivni krivičnopravni propisi Finske i Italije zadovoljavaju sve opšteprihvaćene standarde proklamovane relevantnim međunarodnim dokumentima koji se odnose na status maloletnih prestupnika. Kao i većina evropskih zakonodavstava, uključujući i naše, oba predstavljena pravna sistema insistiraju na izbegavanju vođenja krivičnog postupka prema maloletniku, promovišu krajnje ograničenu primenu zavodskih mera, zastupaju ideju restorativne pravde i predviđaju različite oblike pojačanog nadzora kao jednu od osnovnih mera reagovanja društva

43 Totara, M.S., Condro, V., Fanelli, G., Nolfo, M., Pergolini, M.: La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28. D.P.R. 448/88)-analisi statistica anno 2007, Roma 2008. godine, str. 2.

44 Više o tome: Gregori, D.: La devianza minorile tra sanzione e recupero-quali strumenti d'intervento (Relazioni dell'incontro di studio-La devianza minorila tra sanzione e recupero :orientamenti culturali e strumenti d'intervento), Trieste, 2008. godine, str. 58. i 59.

45 Ricciotti, R.: La giustizia penale minorile, Cedam, Padova, 2007. godine, str. 11

46 Čl 28. st. 3. Decreto del presidente della repubblica 448/88

47 Ricciotti, R.: La giustizia penale minorile, Cedam, Padova, 2007. godine, str. 11

na prestupništvo njegovih najmlađih članova. Međutim, pozitivnopravna ali i praktična rešenja zastupljena u opisanim sistemima ukazuju na dve tendencije koje u našoj zemlji nisu prisutne. Prva se odnosi na intenzivne kontakte supervizora sa maloletnim prestupnikom koji se sprovode u okviru pojačanog nadzora, za šta u našem pravu postoje zakonski ali ne i podzakonski i praktični okviri. Druga se odnosi na uslovnu osudu čije izricanje Zakon o maloletnim učiniocima i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica ne predviđa.

Pojačan nadzor maloletnika, bilo da se vrši uz uslovnu osudu, prisutnu u oba opisana sistema, bilo u sklopu tzv. maloletničke kazne (*juvenile punishment*), kao što je to slučaj u finskom pravu, poveren je posebnim supervizorima koji deluju u okviru službe za nadzor centra za socijalni rad. Dakle, centru za socijalni rad poverena je, kao i u našem pravu, veoma važna i aktivna uloga u sprovođenju nadzora nad maloletnikom. Učestalost i sadržajnost kontakata sa supervizorom, naročito izražene u finskom pravu, govore u prilog tome da je praktična primena ove mere u toj zemlji znatno efikasnija nego u našoj. Može se pretpostaviti da razlog za takav disparitet leži u krajnje ograničenim kapacitetima centara za socijalni rad u Srbiji koji ni po organizaciji ni po broju zaposlenih ne uspevaju da isprate obim i pojavne oblike maloletničkog prestupništva. U tom smislu treba naglasiti i značaj koordiniranog delovanja svih relevantnih aktera (suda za maloletnike, centra za socijalni rad, supervizora i lokalne zajednice) na kome oba sistema takođe insistiraju, naročito kada je u pitanju ispunjavanje posebnih obaveza nametnutih uz neki oblik pojačanog nadzora. Poseban značaj pridaje se lokalnim entitetima, odnosno lokalnoj zajednici koja kroz ohrabrenje i pruženje podrške treba da podstakne reintegraciju i resocijalizaciju maloletnika.

Italijansko i finsko krivično pravo, takođe, dozvoljavaju da se maloletniku izrekne uslovna osuda upotpunjena zaštitnim nadzorom od strane centra za socijalni rad. Italijansko rešenje (*la sospensione del processo e messo alla prova*) specifično je po tome što predviđa poseban institut koji najviše podseća na uslovnu osudu anglosaksonskog tipa i sadrži komponente uslovnog skretanja krivičnog postupka, pojačanog nadzora od strane centra za socijalni rad i posebnih obaveza. Imajući to u vidu moglo bi se postaviti pitanje zbog čega je naš zakonodavac isključio mogućnost primene uslovne osude prema maloletnim prestupnicima.

Naime, čini se da bi njena primena mogla biti sasvim opravdana, naročito u slučaju starijih maloletnika kojima bi, kada je to opravdano, mogla biti izrečena umesto kazne maloletničkog zatvora. Time bi se otvorila još jedna mogućnost za izbegavanje izricanja kazne maloletničkog zatvora, što u potpunosti odgovara temeljnim principima maloletničkog krivičnog prava koji nalažu svođenje svakog oblika institucionalnog kažnjavanja maloletnika na najmanju moguću meru.

Na prvi pogled i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, prateći savremene tendencije, predviđa širok spektar mera za suzbijanje maloletničkog prestupništva u okviru kojih se nalaze i vaspitne mere pojačanog nadzora. Sa druge strane, predviđena rešenja, iako moderna i kvalitetna, prete da ne ostvare svoju svrhu zbog nepotpune primene njegovih odredaba u praksi. To bi značilo da pristup maloletničkoj delinkvenciji u našoj zemlji suštinski nije pretrpeo bilo kakve značajnije promene. Da bi se izbeglo da navedene odredbe ostanu samo prividno nove, potrebno je stvoriti podoban ambijent za njihovu doslednu primenu. To podrazumeva donošenje odgovarajućih podzakonskih akata kojima bi sprovođenje zakonskih odredbi bilo detaljno razrađeno, intenzivnije angažovanje nadležnog centra za socijalni rad praćeno povećanjem njegovih kapaciteta i ingerencija u navedenoj oblasti i otvaranje savetovaništva za roditelje koja bi oni bili obavezni da posećuju. Ne treba pritom zaboraviti da idealno rešenje ne leži samo u usvajanju novih propisa, te da primere uspešne prakse, koji se mogu uočiti kroz proučavanje drugih pavnih sistema, treba prihvatiti ne zbog njihovog mesta u hijerarhiji pravnih normi već zbog dobrih rezultata koji se njihovom primenom mogu ostvariti.

Literatura

- Gregori, D.: La devianza minorile tra sanzione e recupero-quali strumenti d'intervento (Relazioni dell'incontro di studio-La devianza minorile tra sanzione e recupero :orientamenti culturali e strumenti d'intervento), Trieste, 2008. godine
- Ignjatović, Đ.: Kriminologija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, Beograd, 2008. godine
- Jovašević, D.: Krivično pravo - opšti deo, Nomos, Beograd, 2006. godine
- Jovašević, D.: Položaj maloletnika u novom krivičnom pravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3/2008, Split, 2008. godine
- Joutsen, M., Lahti R., Pölonen, P.: Criminal Justice Systems in Europe and North America-Finland, HEUNI (The European Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations), Helsinki, 2001. godine, str. 33.
- Marttunen, M., The Basis of Finnish Juvenile Criminal Justice, International Review of Penal Law, vol. 75, 2004. godine
- Marttunen, M., Keisala, H.: The New Juvenile Punishment, National Research Institute of Legal Policy Publications no. 230/231, Helsinki 2007. godine
- Nikolić, Z.: Prevencija kriminaliteta-metodika rada savetovaništva za roditelje i decu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2006. godine
- Nikolić, Z.: Stvarne ili prividne promene sankcija prema maloletnicima: opšti osvrt na svrhu, izbor, vrste i načine izvršenja, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja: "Kazneno zakonodavstvo: progresija ili regresija rešenja", Beograd, 2005.godine
- Ricciotti, R.: La giustizia penale minorile, Cedam, Padova, 2007. godine
- Totara, M.S., Condro, V., Fanelli, G., Nolfo, M., Pergolini, M.: La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28. D.P.R. 448/88)-analisi statistica anno 2007, Roma, 2008. godine
- Harikarri, T., Child Welfare as a Reaction Against Juvenile Crime-the Criminal Act as a Part of Child Welfare Practices in: Juvenile Crime in Finland: Trends, Causes and Control (National Research Institute of Legal Policy no. 221), Helsinki, 2006. godine

- Huttunen, K., Mälkönen, V., Pekkala Kerr S.: *The Rehabilitative Effects of Criminal Sanctions: Evidence from a Juvenile Punishment Experiment*, 2009. godine

Izvori

- Government regulation of juvenile punishment 1284/2004
- Decreto del presidente della republica 448/88
- Decreto legislativo 272/89
- Decreto del presidente della republica 616/77
- Experimental Juvenile Punishment Act 1058/1996
- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005
- Juvenile Punishment Act 1196/2004
- Kaznitelni (Kriminalni) Zakonik za Knjažestvo Srbiju iz 1860. godine, „Zbirka zakona Kraljevine Srbije II- Kazneni zakonik i krivični sudski postupak“, Knjižar izdavač Geca Kon, Beograd, 1911. godine
- Pravilnik o izvršenju vaspitnih mera posebnih obaveza “Sl. glasnik RS”, br. 94/2006
- Standardna minimalna pravila Ujedinjenih Nacija za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila) Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/110 od 14. decembra 1990. godine
- The Criminal Code of Finland 39/1889 sa amandmanima do 940/2008
- Child Welfare Act 683/1983
- Child Welfare Act 417/2007 sa amandmanima do 1390/2007
- Young Offenders Act 262/1940

Ana Batričević,
Institute of Criminological and Sociological Researches,
Belgrade,

THE ENHANCED SUREVEILLANCE MEASURES TAILORED FOR JUVENILES IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS OF FINLAND AND ITALY

A particular educational measure consisting of intensive supervision conducted either by the parent, the adopter, the custodian or a social welfare center's representative seems to be one of the most commonly imposed measures for juvenile offenders in the majority of countries. Serbian legal system has been promoting special status and treatment of juvenile offenders since 1860. Nevertheless, Act on juvenile perpetrators of criminal acts and the criminal legal protection of juveniles, which came into force on January 1st 2006. has been the first act to include substantive, procedural and penitentiary prescriptions on minors as actors of criminal offences completely separated from those referring to adults. In spite of all the advantages of the abovementioned law, the implementation of some of its provisions, particularly those referring to the intense supervision, does not seem to be sufficiently effective. Since juvenile transgression appears to be a global problem, analyzing and adopting the experiences of other countries that are facing similar difficulties might contribute to the development of innovative solutions and improve current practice. Two rather divergent legal systems - of Italy and Finland and their means of prevention of juvenile delinquency represent no more than illustrations whose positive aspects should be considered and, if possible, adopted. Accordingly, this paper attempts to highlight exceptionally significant and active role of the Social Welfare Centre in Finland and a unique diversion of criminal procedure against a minor in Italy as utterly specific and potentially beneficial solutions.

Key words: *juvenile offenders, educational measures, intense supervision, social welfare center, supervisor*

PRIKAZ KNJIGE*Dimitrije Pavlović,***Pravni rečnik nemačko-srpski, Beograd (Sl. glasnik i
SUKTP) 2008, 540 s.**

Sve struke, pa tako i pravnu, sa svih strana poslednjih godina nagrizla je pošast filologizma – ubeđenje čitave armije ljudi koji su završili studije nekog jezika da im poznavanje gramatičkih kategorija i „leksika” daje moć da „prevode” i stručne tekstove ili čak da sastavljaju stručne rečnike. Takvi rečnici su se uz nezasluženu promociju objavljivali i kod nas i u drugim jugoslovenskim republikama.

Sasvim van te priče je delo *Dimitrija Pavlovića* Pravni rečnik nemačko-srpski koji je krajem 2008. godine objavljen u izdanju Službenog glasnika i Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu.

Rečnik odlikuje izuzetan izbor nemačkih „termina”. On ne obuhvata samo pravne termine u strogom smislu (dakle one reči koje van pravnog konteksta teško da uopšte postoje), već čitav izražajni instrumentarij pravničke komunikacije. Tako čitalac neće morati u drugom rečniku da traži odrednicu *Sinn* („smisao”) ili *Methode* („metod”). Isto važi i za reči kao što su *reformieren* („reformisati”) ili *Vorgeschichte* („pozadina slučaja”) ili *ökologische Bewegung* („ekološki pokret”); – sve su to reči poznate i drugim naukama i opštem diskursu kojima je – kako je *Pavlović* oštromno uočio – mesto u „pravnom rečniku” jer su pojmovi koje označavaju od izuzetnog značaja za pravo.

Osim izuzetnog izbora nemačkih „termina”, *Pavlovićev* rečnik odlikuje i izvanredno odmeren i nebrzoplet izbor „ekvivalenata”, odnosno predloga kojom srpskom reči ili izrazom bi se određena stvarnost nemačkog pravnog života mogla izraziti. Čitalac će u *Pavlovićevom* rečniku uzalud tražiti masu slaboumnih bukvalnih i polubukvalnih prevoda, uzalud će tražiti ona goličljiva rešenja iz kojih se vidi da autor nema predstavu šta „prevodi”, a na kakva smo u zadnje vreme navikli.

Pavlovića nije povela pseudodekonstruktivistička moda pogrešnog i on – osim u jednom slučaju – ne koristi nepravilne oblike *ništavan*

i *pravosnažan*, već ustaljene i morfološki utemeljene oblike *ništav* i *pravosnažan*. Reči *ništav* i *ništavan* su dve reči sa različitim značenjima. Dok je *ništavo* ono što ima svojstvo ničega i time je ništa (tip *lukav, pegav*), dotle *ništavan* figurira već kao izvedenica od *ništav* na *-an* u značenju „nalik ništavom, pomalo ništav, nikakav” i sa drugačijim akcentom kao deverbale od *ništiti* u značenju „poništavan, ništen”. *Pravosnažan* je pak uobičajna i regularna složenica našeg jezika (tip *ustavotvoran, verodostojan*; up. i *pravosuđe, pravobranilac*); ona označava da nešto ima svojstvo snage, obaveznosti prava, da obavezuje na način na koji to pravo kao skup normi, opštih i pojedinačnih, čini.

Izvanredno dobar izbor pojmova koji u nemačkom jeziku imaju svoje nazive, a valjalo im je naći i srpske, te izvanredan izbor srpskih naziva čini da „Pavlović” spada u najkvalitetnija leksikografska dela na ovim prostorima nakon raspada Jugoslavije. U dvadeset i prvom veku kod nas mu, čini mi se, parira jedino Rječnik dubrovačkog govora *Mihaila Bojanića* i *Rastislave Trivunac* koji je, kako se već iz samog naslova vidi, rečnik sasvim drugog tipa.

Da najveći broj nemačkih izraza ima srpski „ekvivalent” koji autor nije morao da izmisli, već je dovoljno bilo da uzme već postojeći izraz u srpskom (pravnom) jeziku i njime prikladno i precizno označi nemačku stvarnost, svedoči o retkoj sposobnosti zaslužnog autora da u svakoj prilici pronađe pravu reč, no ta sposobnost bi bila uzaludna kada same pojmovne i izražajne prilike to ne bi dozvoljavale, a dozvoljavaju zbog jedinstvene veze između srpskog i nemačkog jezika, srpske i nemačke kulture uopšte i posebno između srpskog i nemačkog prava, i – dozvoljavaju upravo samo u *nemačko-srpskom* rečniku.

Nemački jezik je jezik pravnika i u Švajcarskoj, a propratio je i čitavu ideologiju i socijalističko pravo nekadašnje Istočne Nemačke, a sa njom nas takođe ponešto vezuje. Naše pravne veze sa klasičnom nemačkom pravnom mišlju te pravom Nemačke i pravom Austrije su međutim u širokom vidiku toliko jake, da činjenica da je jedan *nemačko-srpski* pravni rečnik skoncentrisan oko austrijskih i poglavito nemačkih pravnih „termina”, što je slučaj sa „Pavlovićem”, uopšte ne izaziva čuđenje. Razume se međutim da je poslovnom svetu potreban i jedan rečnik koji bi obuhvatio „termine” švajcarske pravne kulture.

Naša kompletna opšta pravna teorija je isključivo nemačka; naša

krivičnopravna misao je dete svih u Nemačkoj ikada vođenih diskusija; sve tri naše velike procedure su plod nemačko-austrijske procesne misli; naše građanskopravno rezonovanje plod je pandektne obrade rimskog prava. Otuda i naš izvršni postupak poznaje izvršnu i verodostojnu ispravu, izvršnu klauzulu, razlikuje sredstva i predmet izvršenja; i naše krivično pravo razlikuje kazne od bezbednosno-terapijskih mera i neispravnost („protivpravnost“) od krivice i poznaje izdiferencirane osnove koji te dve kategorije isključuju, luči biološki osnov od same neuračunljivosti; otuda mi na isti način govorimo o pravosnažnosti kao što se i u Nemačkoj govori, razlikujemo zakon u materijalnom i zakon u formalnom smislu, imamo identične uloške u zemljišnim knjigama, verujemo slepo u registre, donosimo presude u ime naroda, nasleđujemo po parentalnom sistemu itd. Ključna veza međutim nije u opipljivoj regulaciji ili praksi, već u rezonovanju. Naše pravničko rezonovanje je tipično nemačko – stvarnosno (Wertungsjurisprudenz), a ne pojmovno kakvom naginju hrvatski pravnici. Konačno, naša predstava o zakonu kao jezičkoj fiksaciji u kojoj se ništa ne prepliće, koja mora biti vrhunac misli i izraza u svetskim okvirima je retkost, a takođe je nemačka. Kada se na sve to još doda konzervirana organizacijska i upravna kultura koja kod nas postoji, a koja je svojedobno preuzeta iz nemačkog sveta i da je Vuk Karadžić naš jezik dostvario za moderne i učene prilike upravo prema nemačkom jeziku, onda nije čudo što za najveći broj nemačkih pravnih termina imamo svoj podjednako sadržajni ekvivalent.

Srodnost nemačke i srpske kulture, jezika i prava, omogućila je *Pavloviću* da konstruiše pregledne odrednice bez pojašnjenja pojmova kakva bi inače kod manje srodnih pravnih tradicija bila neophodna. Naspram *izraza* u Rečniku najčešće stoji *izraz*. No to je ujedno donekle i hendikep *Pavlovićevog* rečnika. Njegove odrednice su, to sledi, potpuno operacionalne samo za one koji poznaju pojam koji (nemački ili srpski izraz) označava ili su pak radi da slepo „prevode“ nemajući vremena ili razumevanja za bavljenje suštinom stvari (titlovanje filmova). Situacija je dodatno zakomplikovana okolnošću da *Pavlović* sve vrste naznaka identično čini, stavljajući ih u zagradu ispred ekvivalenta. Šta međutim konkretna naznaka zaista znači može znati samo onaj koji već zna koji izraz šta znači, a to znači teškoće i za upućenog pravnika. To kao da je uvideo i sam *Pavlović* uputivši čitaoca u Uputstvu za korisnike (s. 10) na poznati *Creisfeldov* rečnik u kome su pojmovi koji stoje iza

izraza na zadovoljavajuć način opisani. Primera radi, u odrednici *Schuldausschließungsgrund* ispred ekvivalenta „osnov koji isključuje krivicu” u zagradama su navedeni osnovi koji to čine, u odrednici *Hochschule* na isti način naveden je sinonim, u odrednici *Hochkommissar* istovetno učinjena naznaka predstavlja dopunu skraćenom obliku izraza, u odrednici *Mahngericht* „sud nadležan za sprovođenje... naplate potraživanja poverioca” na taj način je naznačen stvarno nadležan sud koji figurira kao *Mahngericht* (Amtsgericht), u odrednici *Gefahrenzeichen* „znak opasnosti” naznačen je, opet istovetno, hiperonim (*Verkehrszeichen* „saobraćajni znak”), a kod odrednice *Handlugseinheit* „jedinstvo radnje” naznačena je tematska celina kojoj reč pripada (*Konkurrenz von Straftaten* „sticaj krivičnih dela”). Zabuni znatno doprinosi okolnost da ima slučajeva u kojima su sinonimi na drugačiji način naznačeni – posle ekvivalenta u zagradama uz naznaku *Sy* –, bez da se može reći da su takvi slučajevi u očiglednoj većini ili manjini (v. *Menschenraub*).

Kao i svaki rečnik, tako i Pavlović ima „ekvivalente” koji bi mogli biti zamenjeni boljim i preciznijim, odnosno prirodnijim i lepšim. Nemačkom *Schreckenheerrschaft* bolje odgovara naše „strahovlada”, nego „vladavina terora”; nemačko *Paragraph* u frazoidnim slučajevima uputnije je prevesti sa „odredba” nego sa „paragraf” (*Beschränkungsparagraf, gegen einen Paragraf verstoßen, unter einen Paragraf fallen*); *Okkupationsmacht* može se prosto prevesti kao „okupator” (u Rečniku „okupaciona sila”). No merilo dobrog rečnika nisu ti slučajevi, barem ne kada ih nema previše, već slučajevi u kojima je „ekvivalent” pogrešan, odnosno ne upućuje na pravi pojam, kada dakle govori ono što ne znači. Takvih slučajeva ima u Pavlovićevom rečniku *izvanredno* malo, dok na našim prostorima ima i onih stručnih rečnika koji pogrešnim „prevodima” obiluju.

Tatbestand nije pojam krivičnog prava, već opšte teorije prava i označava (predispozicioni) činjenični skup, a tek u kontekstu krivičnog prava deliktni činjenični skup („biće”). *Verwaltungsvertrag* nije „ugovor koji zaključuje organ javne uprave”, već upravnopravni (javnopravni) ugovor, dok uprava može zaključivati i ugovore po režimu privatnog prava. *Stiefgeschwister* nisu „polubraća/polusestre”, već deca koju vezuje samo brak roditelja jednih sa roditeljem drugih. *Notstand* je vanredno stanje, a tek u krivičnompravnom kontekstu „krajnja nužda” i to samo kada isključuje neispravnost (protivpravnost), dok je *Notstand* koji

isključuje krivicu ekskulpirajuće vanredno stanje. I civilna krajnja nužda je *Notstand*. *Notstandsbestimmungen* su pre svega posebne odredbe (u ustavu, građanskim i krivičnim zakonima) o vanrednom stanju, odnosno krajnjoj nuždi, a ne propisi doneti za vreme vanrednog stanja. *Übergesetzlicher Notstand* ni u kom slučaju nije „prekoračenje krajnje nužde”, već nadzakonsko (dakle u zakonu nepredviđeno, ali silom prirode važeće) vanredno stanje („krajnja nužda”), koje po mnogima predstavlja osnov koji vodi isključenju krivice i to baš u onim slučajevima kada je zakon ne isključuje. *Rechtfertigender Notstand* nije „opravdana krajnja nužda”, već ona koja krivično delo opravdava (ništi neispravnost), dakle *opravdavajuća* (naspram ekskulpirajuće koja isključuje krivicu) „krajnja nužda” (vanredno stanje). Pod izrazom *Alternativvorsatz* obično se misli na alternativni umišljaj, ne na eventualni. *Unrecht* i *Rechtswidrigkeit* nisu sinonimi – dok je *Rechtswidrigkeit* odlika radnje, *Unrecht* je sama radnja koja je protivpravna, odnosno neispravna – prevod: *neispravnost*. *Sittlichkeitsdelikte* su krivična dela protiv javnog morala, nešto ipak drugačije od naizgled istovetnih krivičnih dela protiv polne slobode. *Dunkelziffer* nije količina „nerazjašnjenih”, već statistici nepoznatih krivičnih dela. *Rechtsbeugung* je kao krivično delo iz KZ-a Nemačke „pravna protekcija, priklanjanje jednoj stranci u postupku”, no inače je svako svesno kršenje prava od strane sudije, državnog službenika isl. *Rechtsterrorismus* je u svim slučajevima koji su meni poznati terorizam u organizaciji desnice (nacističkih struja), a ne „pravni terorizam”. *Rechtsfindung* nije „pronalaženje zakonskog rešenja”, niti „primena prava”, već iznalaženje prava – dakle norme, ne propisa – bilo u prisustvu propisa bilo kada propis na određeno pitanje ne daje odgovor. *Rechtsgut* nije samo „pravom zaštićen individualni interes”, već bilo koje društveno dobro, bilo ono individualno ili opšte/javno. *Bundesanwalt* je državni (javni) tužilac pri Saveznom sudu, a *Staatsanwalt* pri određenom „zemaljskom sudu”. *Fehlgewicht* može označavati i „manjak u težini”, ali i svaku težinu koja odstupa od propisane, ugovorene, očekivane. *Abschließende Regelung* nije „zaključno, konačno uređenje”, već „potpuna regulacija (za određeni slučaj, pojavu), regulacija bez praznina”.

Na kraju rečnika čitalac će naći zgodan sistematski spisak nemačkih i austrijskih institucija, kao i spisak probranih „nemačkih pravnih skraćenica”.

Maestralan *Pavlovićev* Pravni rečnik nemačko-srpski biće od koristi svakom korisniku, a naročito onome koji dobro poznaje materiju, ali mu kadkada fali prava reč. Za sve pak treba da važi ono što je naš veliki pisac u Gospođici najlepše formulisao: „gledaj samo stvar o kojoj se radi, a ime kojim je ljudi nazivaju ostavi onima koji su ga izmislili”.

Luka Breneselović

ISPRAVKA REDAKCIJE:

Литература која, услед техничке грешке, није интегрисана у текст „Модели правне регулативе телевизијског емитовања у Сједињеним Америчким Државама“, аутора мр Мирослава Цолића. *Страни правни живот*, 3/2009

ЛИТЕРАТУРА

- Baker, F. W. & G. Dessart (1998): *Down the Tube: An Inside Account of the Failure of American Television*. New York: Basic Books.
- Barnett, S. & D. Docherty (1986): *Public Service Broadcasting: Crisis or Crossroads?* Sidney: Media Information Australia.
- Bodenheimer, E., J. C. Love & J. B. Oakley (2001): *An Introduction to The Anglo-American Legal System, readings and cases*. St. Paul Minn: West Group.
- Blumenthal, J. H. & O. R. Goodenough (1996): *This Business Of Television*. New York: Quigley Publishing.
- Burnham, W. (2002): *Introduction To The Law And Legal System Of The United States*. St. Paul Minn: West Group.
- Creech, C. K. (2004): *Electronic Media Law And Regulation*. NY: Focal Press.
- Ellwood, D. W. (1994): *Introduction, Historical Methods and Approaches*. NY: Ellwood & Kroes.
- Farsnort, A. (1973): *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*. Beograd: Savremena administracija.
- Friendly, W. F. (1976): *The Good Guys, The Bad Guys And The First Amendment*. New York: Vintage Books.
- Група аутора, (1997): *Лексикон филмских и телевизијских појмова 2*. Београд: Универзитет уметности, Факултет драмских уметности.

- Jessell, A. H. (1992): *Cable Bill Battle Hits Home*. NY: Broadcasting & Electronic Media.
- Kerbel, M.R. (1994): *Edited For Television: CNN, ABC And The 1992. Presidential Campaign* Boulder. CO: Westview Press.
- Kin, Dž. (1995): *Mediji i demokratija*. Beograd: Filip Višnjić.
- Krasnow, G. E., L. D. Longley and H. A. Terry (1982): *The Politics Of Broadcasting Regulation*. New York: St. Martin's.
- McChesney, R. W. (1997): *Corporate Media And The Threat To Democracy*. New York: Seven Stories Press.
- McChesney, R. W., E. Meiksins and J. B. Foster (1998): *Capitalism And The Information Age. The Political Economy Of The Global Communication Revolution*. New York: Monthly Review Press.
- McChesney, R. W. (2001): *Rich Media, Poor Democracy. Communication Politics in Dubious Times*. Chicago: The New Press.
- McQuail, D. (1991): *Mass Media In The Public Interest: Towards A Framework Of Norms For Media Performance in James Curran And Michael Gurevitch (eds.) Mass Media And Society*. London: Routledge.
- Mek Kvin, D. (2000): *Televizija: medijski priručnik*. Beograd: Clio.
- Ostroff, D., F. A. Weiss and C. E. Clift (1980): *Station License Revocations And Denials Of Renewal, 1970-1978*. Boulder, CO: Westview Press.
- Pennybacker, H. J. (1984): *Activism v. Restraint: The DC Circuit, The FCC And Supreme Court*. Boulder, CO: Westview Press.
- Smith, F. L., M. Meeske and J. W. Wright II (2003): *Electronic Media And Government: The Regulation Of Wireless And Wired Mass Communication In The United States*. New York: Longman.
- Smith, F. L. (1990): *Perspectives On Radio And Television, Telecommunication In The United States*. New York: HarperCollins.
- Sterling H. C. and J. M. Kittros (1990): *Stay Tuned: A Concise History Of American Broadcasting*. Belmont, CA: Wadsworth.

- Steven C., S. (1995): *Infomercials flourish everywhere since deregulation*. Minneapolis: Star Tribune.
- Trauth, M. D. and J. L. Huffman (1989): *A Case Study Of A Difference In Perspectives: The DC Circuit Court Of Appeals And The FCC*. New York: Broadcasting & Electronic Media.
- Trenchard J. & T. Gordon (1995): *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, And other important Subjects*. London: Liberty Fund Inc.
- Walker, J. and D. Ferguson (1999): *The Broadcast Television Industry*. New York: Allyn and Bacon.
- Zinn, H. (2001): *A People's History Of The United States: 1492 – Present*. New York: Harper & Rou.
- Зин, Х. (2004): *Историјски огледи о америчкој демократији*. Нови Сад: Светови.

CIP - Каталогизacija u publikaciji
Narodna biblioteka Srbije, Beograd

34

STRANI pravni život = Foreign Legal Life
/glavni i odgovorni urednik Jovan Ćirić. - God. 1,
br. 1 (1956) - .- Beograd (Terazije 41) : Institut
za uporedno pravo, 1956 - (Beograd : Goragraf).
- 24 cm

Triput godišnje. - Časopis je imao prekide u
izlaženju (1979, 1988)

ISSN 0039-2138 = Strani pravni život

COBISS.SR-ID 86244103