

---

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

**ISSN 0039 2138**

**UDK 34**

**STRANI PRAVNI ŽIVOT**

**1/2014**

**Beograd, 2014.**

---

*Redakcija*

*Editorial board*

**Prof. dr Miodrag Orlić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

**Prof. dr Olga Cvejić-Jančić**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

**Prof. dr Spiridon Vrelis**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog  
instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

**Prof. dr Mikele Papa**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor  
Univerziteta u Firenci

**Prof. dr Vid Jakulin**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

**Dr Stefanos Kareklas**

advokat iz Soluna

**Prof. dr Alesandro Simoni**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

**Prof. dr Đorđe Ignjatović**

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

**Prof. dr Đorđe Đorđević**

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

**Prof.dr Dušan Vranjanac**

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

**Ratomir Slijepčević**

sekretar Komisije za izradu građanskog zakonika Republike Srbije

**Doc. dr Goran Dajović**

docent Pravnog fakulteta u Beogradu

**Dr Branislava Knežić**

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

**Dr Ana Knežević Bojović**

naučni saradnik, NALED

---

**Dr Jovan Ćirić**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof.dr Nataša Mrvić Petrović**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof. dr Vladimir Čolović**

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Aleksandra Rabrenović**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Jelena Ćeranić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Dr Katarina Jovičić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

**Prof. dr Vladimir Đurić**

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

---

**GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK**

*Editor in chief*

**Prof.dr Vladimir Čolović**

**SEKRETARI REDAKCIJE**

*Secretaries of editorial board*

**Mr Jelena Vukadinović**

**Mr Milica Matijević**

**IZDAVAČ**

*Publisher*

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO**

**Institute of Comparative Law**

Beograd, Terazije 41

e-mail: [institut@icl.org.rs](mailto:institut@icl.org.rs), [www.comparativelaw.info](http://www.comparativelaw.info)

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

---

## SADRŽAJ

### ČLANCI:

#### *Luigi Gay*

ITALIJANSKO ZAKONODAVSTVO I  
ISKUSTVO SA OCENOM O KONFISKACIJI I  
PONOVNOJ UPOTREBI DOBARA DOBIJENIH  
ORGANIZOVANIM KRIMINALOM I OSTALI  
KRIMINOLOŠKI FENOMENI .....11

#### *Oliver Nikolić*

IZBOR I STATUS SUDIJA EVROPSKOG SUDA ZA  
LJUDSKA PRAVA – teorijska i komparativno-pravna analiza .....31

#### *Stanko Bejatović*

ZKP SRBIJE IZ 2011–KRAJ REFORME ILI SAMO  
JEDAN NEUSPEŠAN KORAK PROCESA REFORME ? .....45

#### *Katarina Jovičić*

ODREĐENJE POJMA NEIZVRŠENJA UGOVORA,  
S OSVRTOM NA NEIZVRŠENJE UGOVORA  
O PRODAJI ROBE .....69

#### *Dragan Jovašević*

DOBROVOLJNI ODUSTANAK OD KRIVIČNOG DELA  
- teorija, praksa, uporedno zakonodavstvo .....83

#### *Ivanka Spasić*

KORIŠĆENJE I ZAŠTITA POJEDINIH INSTITUTA PRAVA  
INTELEKTUALNE SVOJINE KOD  
FRANŠIZING UGOVORA .....107

#### *Радослав Гаћиновић*

AUSTROUGARSKI VELEIZDAJНИЧКИ  
СУДСКИ ПРОЦЕСИ .....123

---

<b>Милан Благојевић</b> ДРЖАВНО УРЕЂЕЊЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ИНТЕГРАЦИОНИ ПРОЦЕСИ .....	143
<b>Monika Milošević</b> PRAVNI LEKOVI U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA I UJEDINJENOM KRALJEVSTVU VELIKE BRITANIJE I SEVERNE IRSKE-TREĆI DEO .....	161
<b>Dragoljub Todić</b> KOMPARATIVNA POLITIKA I PRAVO KLIMATSKIH PROMENA: BOSNA I HERCEGOVINA, CRNA GORA, HRVATSKA I SRBIJA (OSNOVNI ELEMENTI) .....	181
<b>Marina Matić</b> VOLONTIRANJE U EVROPSKOJ UNIJI .....	195
<b>Jasmina Vukotić</b> PРАВНА ПРИРОДА, OSNIVANJE I TRAJANJE PRAVA GRAĐENJA U NEMAČKOM I U AUSTRIJSKOM PRAVU .....	209
<b>Zoran Stevanović</b> ZATVORSKI SISTEM RUSIJE .....	229
<b>Владимир Ђукановић</b> ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ИНТЕРНЕТ ИГАРА НА СРЕЂУ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ .....	243
<b>Jelena Šuput</b> ORGANI U ITALIJANSKOM KRIVIČNOM POSTUPKU PREMA MALOLETNICIMA .....	265
<b>Tatjana Živković, Đorđe Jovanović</b> USAGLAŠENOST ZAKONODAVSTVA U OBLASTI ŽIVOTNE SREDINE U REPUBLICI SRBIJI SA PREPORUKOM EVROPSKE UNIJE O INSPEKCIJSKOM NADZORU .....	279
<b>Санда Ђорац</b> ДОМЕН ПРИМЕНЕ ПРАВА НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА .....	293

---

## TABLE OF CONTENTS

### *ARTICLES :*

#### *Luigi Gay*

LA LEGISLAZIONE E L'ESPERIENZA ITALIANA  
CON RIFERIMENTO AL SEQUESTRO, ALLA CONFISCA  
E AL REIMPIEGO DEI BENI DELLA CRIMINALITÀ  
ORGANIZZATA E DI ALTRI FENOMENI CRIMINOSE .....11

#### *Oliver Nikolić*

ELECTION AND STATUS OF JUDGES TO THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS – theoretical and comparative legal analysis .....31

#### *Stanko Bejatović*

CPC SERBIAN THE 2011-END TO REFORMS OR  
JUST ONE UNSUCCESSFUL STEP PROCESS OF REFORM? .....45

#### *Katarina Jovičić*

DEFINING THE TERM OF NONPERFORMANCE OF A  
CONTRACT, WITH REFERENCE TO NONPERFORMANCE  
OF THE CONTRACT OF SALE OF GOODS .....69

#### *Dragan Jovašević*

VOLUNTARY ABANDONMENT OF CRIMINAL OFFENSE  
- theory, practice and comparative law .....83

#### *Ivanka Spasić*

USE AND PROTECTION OF CERTAIN RIGHTS OF  
INTELECTUAL PROPERTY IN FRANCHISING CONTRACTS .....107

#### *Radoslav Gaćinović*

AUSTRO-HUNGARIAN HIGH-TREASONOUS  
COURT PROCESSES .....123

---

<b><i>Milan Blagojević</i></b> CONSTITUTIONAL ORDER OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND INTEGRATIONAL PROCESSES .....	143
<b><i>Monika Milošević</i></b> LEGAL REMEDIES IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND-PART THREE .....	161
<b><i>Dragoljub Todić</i></b> COMPARATIVE POLITICS AND CLIMATE CHANGE LAW: BOSNIA AND HERZEGOVINA, MONTENEGRO, CROATIA AND SERBIA (BASIC ELEMENTS) .....	181
<b><i>Marina Matić</i></b> VOLUNTEERING IN EUROPEAN UNION .....	195
<b><i>Jasmina Vukotić</i></b> LEGAL NATURE, FOUNDATION AND DURATION OF THE BUILDING LEASE IN GERMAN AND AUSTRIAN LAW .....	209
<b><i>Zoran Stevanović</i></b> RUSSIAN PENITENTIARY SYSTEM .....	229
<b><i>Vladimir Đukanović</i></b> LEGAL REGULATION OF REMOTE GAMBLING IN THE EUROPEAN UNION .....	243
<b><i>Jelena Šuput</i></b> AUTHORITIES IN ITALIAN CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST JUVENILES .....	265
<b><i>Tatjana Živković, Đorđe Jovanović</i></b> HARMONIZATION OF ENVIRONMENT LEGISLATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH EU RECOMMENDATION OF INSPECTION CONTROL.....	279
<b><i>Sanda Ćorac</i></b> DOMAIN OF APPLICATION OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS .....	293





---

Dr. Luigi Gay<sup>1</sup>

Originalni naučni rad

UDK: 343.272:343.9.02(450)

## LA LEGISLAZIONE E L'ESPERIENZA ITALIANA CON RIFERIMENTO AL SEQUESTRO, ALLA CONFISCA E AL REIMPIEGO DEI BENI DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E DI ALTRI FENOMENI CRIMINOSE

Nell'ambito delle strategie moderne di lotta contro la criminalità comune ed organizzata il tema delle misure patrimoniali sta assumendo una sempre **maggiore centralità**.

Si tratta di un settore di frontiera del diritto penale, su cui si appunta una **crescente attenzione** nelle sedi di produzione normativa nazionali e transazionale, come pure nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e in quella di altri paesi destinatari di richieste di collaborazione giudiziaria internazionale.

Và sempre più affermandosi, a livello europeo ed internazionale, l'orientamento tendente ad introdurre o a rafforzare forme di "confisca allargata" basate su meccanismi di semplificazione probatoria che alleggeriscono l'onere dell'accusa nel dimostrare l'origine illecita dei beni o dei patrimoni appartenenti a soggetti inseriti in organizzazioni criminali.

Vorrei solo ricordare le decisioni quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 e 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 del Consiglio dell'Unione Europea e da ultimo la proposta di direttiva del 12 marzo 2013, con le quali da un lato si è incentivato **l'obiettivo di assicurare che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci che disciplinino la**

---

<sup>1</sup> Procuratore della Repubblica Aggiunto Tribunale di S.M. Capua Vetere (Caserta – Italia), mail: luigi.gay@giustizia.it

**confisca dei proventi di reato** e dall'altro si è sottolineato l'importanza dell'applicazione del **principio del reciproco riconoscimento** delle decisioni di confisca, attraverso il passaggio essenziale circa l'armonizzazione delle varie discipline nazionali.

In Italia a partire dal 1982 si sono stati emanati una serie di provvedimenti legislativi che, tenuto conto della pericolosità assunta da alcune organizzazioni criminali operanti in particolare nel Sud Italia, hanno avuto lo scopo di porre un freno alla loro dilagante espansione. Da qui l'importanza delle misure per colpire i patrimoni formati con modalità illegali.

La crescente valorizzazione, come si è detto delle misure patrimoniali sul terreno della strategia di contrasto alla criminalità organizzata, si è tradotta nel nostro ordinamento nella configurazione di **una pluralità di forme di sequestro e di confisca** che possono ricondursi ad alcune distinte categorie e attivate principalmente nel processo penale, ma anche in altro ambito denominato " MISURE DI PREVENZIONE ", categoria giuridica propria del nostro ordinamento:

- A) il modello classico di confisca è quella che segue al c.d. *sequestro probatorio* previsto dall'art. 240 c.p. . Si tratta di una figura generale di misura di sicurezza applicabile **nel processo penale** che colpisce ciò che è **il profitto o lo strumento del reato**. La limitata efficacia ablativa di questa fattispecie di confisca deriva dal necessario nesso di collegamento della cosa rispetto ad un reato;
- B) Nella pratica, tuttavia, trova applicazione sempre più frequente il c.d. *sequestro preventivo* ex art. 321 c.p.p., delle cose di cui è prevista la confisca. Tale sequestro che ha **una portata operativa amplissima**, non richiede la condanna, ma solo indizi di colpevolezza con riferimento ad un determinato fatto-reato ( per lo più ex art. 416 bis c.p., associazione di stampo mafioso e reati connessi ) e il pericolo di ulteriore utilizzazione del bene per commettere altri reati o di sottrazione del bene alla confisca. Non richiede la prova dell'ammontare dei profitti derivanti dal reato, in quanto si vuole colpire **tutto l'arricchimento ingiustificato**.
- C) Il potere di sequestro e di confisca, si è rilevata tuttavia inadeguata, soprattutto nei procedimenti aventi ad oggetto l'accertamento di reati diretti a conseguire **un vantaggio illecito di natura economica**. In tali procedimenti, infatti, si postula che i beni colpiti siano il prodotto o il profitto del reato, in virtù di una relazione strumentale, diretta

ed attuale tra il bene sequestrato ed il reato del quale costituisce il prodotto o il profitto illecito. Il sequestro è, pertanto, ammissibile **solo quando il bene si identifichi proprio in quello che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito** oppure in quello che egli ha realizzato come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. Ne consegue che, se il profitto consiste in una **somma di denaro**, si potrà disporre la confisca nel solo caso in cui vi siano sufficienti indizi per ritenere che il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in un conto bancario od investito in titoli.

L'aspetto più rilevante di tale innovativa disposizione è quello, previsto dai commi **primo e secondo dell'art. 322-ter C.p.**, relativo alla possibilità di procedere, nei casi di condanna o di patteggiamento, alla c.d. **confisca per equivalente: «di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente» al «prezzo» o «profitto» del reato**; e ciò nel solo caso in cui non sia possibile disporre la confisca dei beni (obbligatoria, salvo che i beni medesimi appartengano a persona estranea al reato) che costituiscono il *profitto* o il *prezzo* dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 321 C.p. ( corruzione e reati contro la pubblica amministrazione ), anche se commessi dai soggetti indicati nell'art. 322-bis, primo comma C.p.;

L'art. 1, comma 143, della legge finanziaria del 2008 ha consentito ha consentito, pertanto, di estendere **ai suddetti reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto ( c.d. evasione fiscale ), a cui è ora applicabile la normativa sulla confisca per equivalente regolata dall'art. 322- ter c.p.**

Pertanto, una volta stabilita la somma di denaro che è stata oggetto sia del mancato pagamento di imposte dovute sia di un indebito rimborso e verificata la impossibilità di procedere al sequestro del provento diretto del reato, si potrà procedere al sequestro preventivo, prima, ed alla confisca, poi, di somme di denaro o di beni, di valore equivalente alle utilità patrimoniali sottratte all'Erario; il tutto senza che occorra la specifica individuazione delle somme di denaro o dei beni medesimi, che, soprattutto con riferimento ai casi di omesso pagamento delle imposte, con conseguente risparmio per il contribuente, rendeva, di fatto, impossibile, prima dell'entrata in vigore dell'art.1, comma 143, della legge n. 244 del 2007, la confisca nella materia in esame.

D) ancora altra confisca è quella c.d. “**estesa o allargata** “ prevista dall’art. 12 sexies D.L. 8 giugno 1992 n. 306, per l’applicazione della quale non è richiesto l’accertamento, come vedremo della pericolosità del soggetto, né occorre dimostrare il vincolo di collegamento del bene con il reato, ma è sufficiente **a) una sentenza di condanna ( anche solo in 1° grado ) o di patteggiamento** per taluno dei reati c.d. presupposto indicati tassativamente dalla norma ( tra cui i principali sono corruzione, concussione, associazione a delinquere semplice e mafiosa, tratta di schiavi, estorsione, rapina, usura, traffico e spaccio di stupefacenti, riciclaggio ) **b) che i beni soggetti a sequestro** - di cui il condannato abbia la titolarità o disponibilità in maniera diretta o indiretta - **abbiano un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta, e il soggetto non possa giustificare la legittima provenienza dei beni.** La giurisprudenza non ha posto limiti al sequestro ex art. 12 sexies **di tutto il patrimonio** detenuto dal soggetto condannato, potendo riguardare anche beni **acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato** per cui il soggetto è stato condannato, dal momento che **non vi è alcuna necessità di collegamento tra il bene e il reato** ( come nell’ipotesi del sequestro probatorio ), con il limite che la c.d. sproporzione va valutata considerando “ *il reddito dichiarato o l’attività economica svolta nel momento dei singoli acquisti rispetto la valore dei beni di volta in volta acquisiti*”.

**Al condannato viene invece attribuito l’onere di neutralizzare la portata indiziaria di tali circostanze, attraverso una valida giustificazione della legittima provenienza dei beni in questione.** Di guisa che, se la giustificazione dovesse risultare fondata, nessuna sanzione potrebbe conseguire per effetto di quella disponibilità; mentre se la giustificazione offerta dovesse sortire esito negativo, allora si sarebbe in presenza di un ulteriore elemento indiziante (il fallimento della giustificazione sarebbe da assimilare al fallimento dell’alibi), che, unito alle precedenti circostanze, può costituire valida prova, presupposto per l’applicazione della **sanzione della confisca dei beni sequestrati.**

Ciò significa che incombe certamente **all’accusa** provare le **due circostanze** che costituiscono, per presunzione normativa, indizi qualificati di **riconcucibilità del patrimonio alle attività illecite per le quali il soggetto ha riportato condanna**, e cioè la *titolarità o disponibilità* di tale patrimonio e la *sproporzione tra quest’ultimo ed il reddito-attività del soggetto medesimo.* Quindi nessuna inversione dell’onere della prova.

I provvedimenti di sequestro di cui ai punti A), B), C) e D) sono di competenza dell'autorità giudiziaria ( Tribunale ), su iniziativa esclusiva del Procuratore della Repubblica.

Il sistema, così sinteticamente delineato, sembra offrire spazi di intervento, autonomi rispetto all'eventuale procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali, che costituisce uno degli strumenti più efficaci.

La MISURA DI PREVENZIONE, storicamente, nasce come provvedimento amministrativo solo di Polizia, applicato in passato per sottoporre a controllo, senza collegamento con una sentenza di condanna, con imposizione di speciali misure limitative della libertà personale alle persone ritenute pericolose in base alla commissione di reati o al comportamento illegale assunto nella vita sociale.

In passato sono state applicate ai sospettati di attività antinazionale, come nel periodo c.d. fascista.

Sino al 1956 erano applicate solo su richiesta del Questore di Polizia ( Capo della Polizia in ogni provincia italiana ), dal 1956 anche su richiesta del Procuratore della Repubblica e avevano carattere personale e **non patrimoniale**. Nel 1965 sono state applicate anche alle persone ritenute collegate, se pur non inserite stabilmente, ad associazioni mafiose e similari. Nel 1982 sono state introdotte anche le misure di prevenzione patrimoniali che attraverso una procedura che illustrerò porta al sequestro e alla confisca dei beni di provenienza illecita, senza collegamento con un processo penale specifico.

L'evoluzione della materia misure di prevenzione quale strumento di lotta, IN PARTICOLARE, contro la criminalità organizzata è la seguente:

1. dal 1965 al 1982. introduzione delle misure personali nei confronti di indiziati di mafia con previsione del soggiorno obbligato fuori dal territorio. Fallimento
2. dal 1982 al 1990 introduzione delle misure patrimoniali. Inizio ottimo poi contromisure della CO con il ricorso a prestanomi, diversificazione delle modalità di investimento, attività criminali affidata a esperti del settore, mascheramento dei movimenti di denaro, allocazione di beni all'estero

3. dalla stagione delle stragi 1993 al 2000: collaboratori di giustizia, mezzi tecnici più adatti, DDA, travaso dell'imponente materiale probatorio penale in quello di prevenzione, tecniche di indagine più approfondite che tengano conto delle "tracce" lasciate dal denaro nel corso dei vari passaggi.

Trattiamo quindi della **c.d. confisca a seguito di applicazione di misura di prevenzione**, prevista dall'art. 24 D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo **CODICE ANTIMAFIA**.

**Tale Codice**, armonizzando la normativa delle misure di prevenzione e tentando un adeguamento delle stesse con le disposizioni emanate dall'Unione europea, **ha raccolto in un unico testo e focalizzato i criteri indicati nella legge-delega, proprio sul settore delle misure di prevenzione patrimoniali, nella consapevolezza della centralità di questo strumento nel quadro di una strategia moderna di contrasto alla criminalità organizzata.**

**Non si è però riusciti** a stabilire come la misura di prevenzione della confisca possa essere eseguita anche nei confronti di beni localizzati **in territorio estero**, dando attuazione alla decisione quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 del Consiglio dell'Unione Europea, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni di confisca.

L'emanazione del Codice Antimafia sembra suscettibile comunque di produrre un **importante risultato**, perché la valorizzazione piena di questo strumento corrisponde allo **sviluppo di una moderna cultura penalistica** sganciata dal primato della sanzione prevista come pena del reato.

Alla base dell'applicazione della misura di prevenzione vi è il riconoscimento **della c.d. pericolosità sociale**, concetto diverso dalla responsabilità penale. **PERICOLOSITA'=PROBABILITA' di commettere reati.**

**Il giudizio di pericolosità**, alla base dell'applicazione di tale misura, può essere qualificata o generica.

La prima si applica, ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. n. 159/2011 a:

- soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso. Il giudice della prevenzione può ricavare il proprio libero convincimento,

**non solo da una sentenza di condanna in altro processo, ma per lo più da un quadro complessivo di elementi sintomatici**, del tutto diversi e di variabile spessore indiziario, quali comportamenti e situazioni che possono non assumere rilevanza di reato, ma tali da essere posti a base di un giudizio di pericolosità. Si pensi al prestanome o al concorrente esterno o agli elementi utilizzati per una misura restrittiva non confermata o da dichiarazioni di collaboratore di giustizia non sufficientemente riscontrate. **IL GIUDIZIO è quindi di PROBABILITA'** (concetto generale nel diritto penale riferito alla pericolosità) **non** essendo necessario che il suo esito consista in una dimostrazione di APPARTENENZA del proposto all'organizzazione criminale di tipo mafioso **in termini di assoluta certezza o di elevata probabilità**, viceversa **sono bastevoli meri indizi fattuali (non meri sospetti)** capaci di supportare una decisione improntata ad una ragionevole probabilità, anche se non di appartenenza stabile, **ma di concreta disponibilità e condivisione dei metodi illeciti tipici del sodalizio criminoso**. Questa diversità di livello probatorio costituisce il dato più tangibile della **distinzione** tra la fattispecie **di indiziato di appartenenza e di condannato per l'art. 416 bis c.p.**

- soggetti indiziati di reati particolarmente gravi (riduzione in schiavitù, sequestri di persona, contrabbando, traffico di stupefacenti, terrorismo etc.)
- soggetti indiziati di concorso nel trasferimento fraudolento di valori.

Altre persone soggette alla misura sono quelle a **c.d. pericolosità generica**, art. 4 lett. c) D.Lgs. n.159/2011 che si applica a **TUTTI i soggetti**, per qualsiasi reato diverso da quelli di competenza della DDA, che sono ritenuti pericolosi in quanto sono dediti a traffici delittuosi o vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose o che offendono o mettono in pericolo i minori, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. Sono state estese anche a coloro che si sono resi responsabili **di più episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive**.

Tale misura di prevenzione sia personale che patrimoniale viene applicata in un **procedimento autonomo e distinto da quello penale** e si fonda su un giudizio di pericolosità dei soggetti e del patrimonio che prescinde dalla precedente commissione di reati o dalle condanne penali da parte del soggetto.

**La relazione tra il soggetto e i beni** è la stessa di cui all'art. 12 sexies, dovendosi far riferimento al concetto di **disponibilità diretta o indiretta**, di cui il destinatario della misura non possa giustificare la legittima provenienza.

**Le misure di prevenzione patrimoniali , sono state fortemente valorizzate dalla più recente legislazione configurandosi attualmente come lo strumento per eccellenza della lotta contro l'accumulazione dei patrimoni illeciti.**

L'art. 18 del Codice Antimafia ha confermato che il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere autonomamente iniziato o proseguito anche in assenza o residenza all'estero del proposto o in presenza di misura di sicurezza. Inoltre nello stesso articolo si stabilisce, e si tratta di una innovazione di particolare significato, che la misura di prevenzione patrimoniale **può essere applicata disgiuntamente**, che il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato **anche in caso di morte del soggetto** nei cui confronti può essere disposta la confisca.

Sarà il giudice ad accertare in via incidentale se il proposto rientra in una delle categorie dei soggetti che possono essere destinatari dell'azione di prevenzione ( Cass. Sez. I sent. N. 5361 del 13 gennaio 2011 )

Quindi nel sistema del Codice Antimafia **la morte del proposto** non impedisce l'applicazione della misura patrimoniale anche quando la morte sia intervenuta prima dell'adozione del sequestro, né che sia stata adottata una misura di prevenzione personale, come era richiesto in passato.

Quando la morte si verifichi **prima** dell'avvio del procedimento la proposta della misura patrimoniale sarà indirizzata **nei confronti dei successori**, con conclusione entro 5 anni dal decesso. Nei confronti degli eredi sarà attivata la misura patrimoniale in caso di decesso **durante** la procedura.

La misura patrimoniale può esser disposta anche quando la pericolosità sociale di un soggetto si era manifestata in passato ma era già **cessata** al momento della proposta o della decisione. Di conseguenza, la misura patrimoniale può essere applicata anche quando sia cessata la misura personale.

Il procedimento di prevenzione patrimoniale è venuto, quindi, a caratterizzarsi essenzialmente come “ **un processo al patrimonio** “ che si accompagna, ma non sempre, parallelamente al “processo penale “ avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità personale dell'imputato”.

La maggior speditezza del procedimento della M.P. rispetto al processo penale rende più efficace quella scelta.

Per il Codice Antimafia ( artt. 5 – 7 ) **la competenza**, per lo più, a proporre l'applicazione della M.P. personale e patrimoniale delle **persone a c.d. “ pericolosità generica “**, dedite a traffici illeciti o che vivono abitualmente dei proventi di attività delittuose è del Procuratore della Repubblica del Tribunale del luogo in cui il proposto risiede o ha manifestato la sua pericolosità e del Questore ( Capo della Polizia a livello Provinciale ); nel caso di Misure di Prevenzione **antimafia**, competente è il Procuratore Distrettuale della Repubblica presso cui ha sede la sezione Antimafia ( che accentra tutte le indagini antimafia, quindi anche quelle di prevenzione, in un determinato territorio, che può comprendere anche più Procure ordinarie, come SM Capua Vetere ), il Questore della Provincia in cui risiede il proposto, il Procuratore nazionale Antimafia ( **solo quelle Personali** ) e il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia.

Competente per tutte le misure è il Tribunale del capoluogo della provincia in cui il proposto dimora o ha manifestato la sua pericolosità.

Sia il Procuratore della Repubblica, che il Questore e la DIA possono procedere ad **indagini patrimoniali** preliminari all'iniziativa di proporre la proposta di applicazione della misura patrimoniale ( art. 19 Codice Antimafia ).

**La prima fase** delle indagini è di competenza del Procuratore ( Circondariale o Distrettuale a seconda del tipo di MP attivata ), del direttore della DIA e del Questore, **la seconda fase** si sviluppa nel corso del procedimento di prevenzione con possibili iniziative del **Tribunale ex officio** ( art. 19 comma 5 ), diversamente che nel processo penale, e resta **l'unico organo che può procedere** ad indagini patrimoniali dopo il deposito della proposta.

Si tratta, in quest'ultimo caso, nell'ordinamento penale italiano, di un **potere di indagini eccezionale** non previsto in genere nei processi penali ordinari e ha natura, portata ed effetti identici a quelli delle investigazioni già espletate dal Questore e dal Procuratore della Repubblica ).

Le indagini possono svolgersi non solo nei confronti del soggetto destinatario della misura di Prevenzione, ma anche nei confronti del coniuge, dei figli, di coloro che hanno convissuto con il soggetto negli ultimi 5 anni e delle persone fisiche o giuridiche, società consorzi o associazioni del cui patrimonio il soggetto possa disporre direttamente o indirettamente.

Le indagini possono riguardare il tenore di vita, le disponibilità finanziarie, il patrimonio e le attività economiche facenti capo al soggetto, anche allo scopo di individuarne le fonti di reddito. Viene accertato, in particolare, se il soggetto sia titolare di licenze, autorizzazioni, concessioni e abilitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, sia titolare di iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, sia beneficiario di contributi, finanziamenti o altre erogazioni comunque denominate, concesse o erogate da parte dello Stato, degli enti pubblici o delle Comunità europee.

In forza dell'art. 19, 4 comma Codice Antimafia, il Procuratore della Repubblica, il direttore della Direzione investigativa antimafia ed il Questore, possono richiedere ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo, informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti sopra menzionati.

Possono anche, in ipotesi estrema, procedere al sequestro della documentazione con le modalità previste dal codice di procedura penale.

La previsione di poteri di indagine così ampi è **giustificata** dall'esigenza di **rimuovere gli ampi margini di mimetizzazione** assicurati dalla famiglia e dall'impresa, essendo tipico degli esponenti della criminalità organizzata il ricorso all'instestazione fittizia dei beni a terzi soggetti, al duplice scopo di eludere le investigazioni dell'autorità giudiziaria e di sottrarre i patrimoni legittimamente acquisiti ad eventuali misure di tipo ablativo.

L'indagine patrimoniale non è regolata da una successione di atti tipici, trattandosi di attività **investigativa a forma libera**, nè sono soggette ad alcun limite temporale; solo nell'ipotesi in cui esse si dirigano verso i soggetti conviventi con l'indiziato, è previsto eccezionalmente il limite del quinquennio (Cass., Sez. n, 22 aprile 2009 n. 20906, Buscema e altri, Rv. 244878).

## 1. Sequestro

Una volta che mediante le suddette indagini sono stati individuati beni prevedibilmente confiscabili, anche prima della fissazione dell'udienza di inizio del procedimento di prevenzione, può disporsi il sequestro, se sussiste il concreto pericolo di dispersione, sottrazione od alienazione.( art. 22 )

L'ipotesi ordinaria di sequestro di prevenzione è quindi quella disciplinata dall'art.20.

In forza di tale norma, **il Tribunale** in composizione collegiale, anche d'ufficio, nel corso del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione (personale o patrimoniale), **ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali il proposto risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.**

Può essere sottoposto a sequestro ogni tipo di bene: beni immobili, beni mobili, beni mobili registrati, e, in generale, tutte le utilità piene o parziali, di consumo, di godimento o di scambio che dalle cose possono, immediatamente o mediamente trarsi.

## 2. In particolare la prova

**L'accertamento** del reale rapporto intercorrente tra una organizzazione criminale e una determinata realtà imprenditoriale presuppone la **disponibilità di un patrimonio investigativo di notevole ampiezza**, che ricomprenda risultanze investigative trasfuse in atti scritti, anche risalenti a decine di anni prima. Ad ogni elemento di prova deve essere attribuito l'esatto significato che esso assume nel contesto sociale ed economico di riferimento, conoscendone la "storia" in maniera approfondita.

A titolo esemplificativo, la Corte Suprema di Cassazione ha ricompreso nel materiale probatorio utilizzabile dal giudice della prevenzione:

1. gli elementi desunti da **ordinanze applicative di misure cautelari**, anche se annullate dalla Cassazione per vizi di motivazione (Cass. Sez. Isent. n. 6521 del 1998, rie. PERRECA, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 286, n.136);
2. i risultati di **intercettazioni telefoniche**, non essendo applicabile la limitazione dettata dall'art. 270 comma 1 c.p.p. e vigendo la regola della **piena utilizzabilità** di qualsiasi documento indiziario purché certo ed idoneo, per il suo valore sintomatico, a giustificare il convincimento del giudice in ordine alla pericolosità sociale del soggetto (Cass. Sez. VI sent. n. 718 del 1999, rie. Contino);
3. **i precedenti e le pendenze giudiziarie del proposto;**
4. **il tenore di vita, la frequentazione con pregiudicati e mafiosi, le altre concrete manifestazioni comportamentali contrastanti con la sicurezza pubblica** (Cass. Sez. VI sent. n. 950 del 1999, rie. Riela), nonché l'esistenza di recenti denunce per gravi reati, dovendo essere esaminata globalmente **l'intera personalità** del soggetto come risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita (Cass. Sez. V sent. n. del 1998, rie. Musso). Nelle più interessanti esperienze giurisprudenziali, la fase istruttoria del procedimento di prevenzione patrimoniale viene svolta davanti al giudice, in presenza del pm e della parte assistita dal suo difensore, dopo la esecuzione del sequestro, e si fonda essenzialmente sull'impiego coordinato di quattro tipologie probatorie;
5. **le dichiarazioni rese da testimoni e collaboratori di giustizia** escussi con il metodo della *cross-examination* senza il "diaframma" del sistema della videoconferenza (ritenuto inapplicabile al procedimento in esame: cfr. Cass. Sez. VI, 8 febbraio 2000 n. 612, Sbeglia ed altri, Riv. 216409);
6. **gli accertamenti bancari e patrimoniali** compiuti ed interpretati avvalendosi di attività peritali espletate in una logica di collaborazione inter-istituzionale (ad esempio, è frequente il ricorso all'apporto di periti inquadrati nella struttura dell'Ufficio Italiano Cambi o della Banca d'Italia o di istituzioni scientifiche).

Resta, comunque, **applicabile al procedimento di prevenzione** la generale previsione contenuta nel primo periodo della stessa norma costituzionale, secondo cui il processo penale è regolato **dal principio del contraddittorio nella formazione della prova**. Nel procedimento di prevenzione al proposto è imputata una vera e propria contestazione ed è assistito da un difensore.

Il punto di equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza di merito nella materia in esame sembra coincidere con l'assunto secondo cui il requisito minimo di un "processo equo" è che la **fonte di prova determinante**, utilizzata ai fini della decisione, **sia stata comunque inserita nel circuito del contraddittorio.**

### 3. Rispetto della costituzione

In proposito, occorre tenere presente che le misure di prevenzione patrimoniali, nell'ordinamento italiano, sono sicuramente caratterizzate da una ampia copertura costituzionale. Si tratta di un essenziale **strumento di contrasto alla criminalità organizzata, che trova il proprio fondamento negli artt. 41 e 42 della Costituzione**, oltre che nel generale principio di prevenzione e di sicurezza sociale, corrispondente ad un'esigenza fondamentale riconosciuta dagli artt. 13,16 e 17 della Costituzione.

Sul punto, va sottolineato che l'**art. 41** della Costituzione garantisce **la libertà di iniziativa economica** anche come possibilità concessa a ciascuno di accedere al mercato esplicando le proprie capacità imprenditoriali **senza che le altrui condotte illecite possano comprometterne la piena estrinsecazione**. La norma, inoltre, vieta all'iniziativa economica privata di svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e ne consente l'assoggettamento ai controlli legislativi in funzione di indirizzo e di coordinamento a scopi sociali.

Non meno significative sono le indicazioni desumibili **dall'art. 42** della Costituzione, che **tutela la proprietà privata, ma nei limiti della sua funzione sociale**: le limitazioni al diritto di proprietà in vista della salvaguardia di **interessi superindividuali**, denotano la **subordinazione** del bene costituzionale rappresentato dal patrimonio a valori connessi al soddisfacimento di istanze personalistiche collettive o diffuse.

Sottoporre il procedimento di prevenzione, per quanto attiene al materiale probatorio utilizzabile, ad una disciplina identica a quella vigente per il dibattimento penale, significherebbe tutelare il metodo del contraddittorio in forme tali da pregiudicare il conseguimento del fine cui esso è preordinato, con il risultato di depotenziare radicalmente l'efficacia di questo essenziale strumento di contrasto della criminalità

organizzata. Un esito, questo, assolutamente inconciliabile con le indicazioni desumibili dalla Carta Costituzionale.

(Trib. Palermo, decr. 15 maggio 2002, Buscemi).

**La confisca definitiva di prevenzione prevale se interviene prima della sentenza irrevocabile di condanna e fa venir meno quella che intervenga successivamente in sede penale**, su disposizione del giudice ( art. 30 Codice Antimafia ), nel senso che del bene si può disporre senza attendere l'esito del giudizio penale. Altrettanto avviene se la sentenza irrevocabile di condanna con confisca dei beni interviene prima della confisca in sede di prevenzione. **In ogni caso si trascrivono entrambe le confische.**

Sotto il profilo della regolamentazione della prova dichiarativa, **il procedimento di prevenzione appare idoneo a realizzare i principi del "giusto processo"** in termini più coerenti con la giurisprudenza europea, e con le tendenze presenti nei sistemi accusatori, di quanto non avvenga nel dibattimento penale, contrassegnato da una applicazione "assolutizzante" del principio del contraddittorio che conduce ad una disciplina probatoria per molti aspetti "autarchica" e priva di riscontri in altri ordinamenti.

Deve, peraltro, rilevarsi che **il grado di certezza** che si raggiunge attraverso l'istruzione probatoria nel procedimento di prevenzione **non risulta inferiore a quello del processo penale**, ma anzi forse superiore, grazie alla **maggior gamma di elementi di convincimento utilizzabili**, come quelli **patrimoniali** non sempre approfonditi, che sono in grado di fornire molteplici conferme — o smentite — alle prove dichiarative, acquisite con un metodo pienamente conforme agli standard europei.

Infatti, uno dei principali motivi che hanno condotto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a valutare positivamente il sistema italiano delle Misure di Prevenzione è il contenuto garantistico del procedimento applicativo, il quale si svolge **nel contraddittorio** tra le parti, con una **contestazione** analoga a quella prevista per il processo penale, davanti a **tre giurisdizioni** successive, con l'attribuzione al proposto di proporre eccezioni e di presentare i mezzi di prova ritenuti necessari.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno altresì sottolineato che i connotati di giurisdizionalità che ormai caratterizzano il processo di prevenzione ( presenza di un giudice terzo ed imparziale, contraddittorio tra le parti in posizione di parità ) si sono venuti ulteriormente ad esaltare

alla luce dei più recenti apporti che hanno contrassegnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella costituzionale ( C.Cost. sent. 12 marzo 2010 n.93 ) in materia di **pubblicità della udienza di trattazione**; tali orientamenti impongono una regolamentazione del procedimento di prevenzione che sia in linea con i principi del “giusto processo”; ed il “giusto procedimento di prevenzione” può definirsi tale soltanto se basato su atti legalmente acquisiti.

Questa rigorosa linea interpretativa, coerente con le indicazioni espresse dalle Sezioni Unite, si pone tuttavia in contrasto con la tendenza, presente in numerosi ordinamenti di common law e di civil law ( Inghilterra ), che porta ad attenuare le conseguenze delle previsioni di inutilizzabilità facendo applicazione del **principio del bilanciamento concreto tra gli interessi in conflitto**.

Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 13426 del 25 marzo 2010, hanno segnalato l’esistenza « di un diffuso “disagio” per il particolare rigore con il quale il legislatore ha accomunato, fra loro, sotto la medesima sanzione della inutilizzabilità, ipotesi obiettivamente diverse per “gravità”, quali, da un lato, la illegittimità del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni o, addirittura, la sua inesistenza, e, dall’altro, il “semplice” difetto di motivazione del provvedimento del pubblico ministero che autorizza l’espletamento delle intercettazioni extra moenia ».

La confisca di prevenzione è applicabile **nonostante l’intervenuta assoluzione** del proposto per i corrispondenti episodi delittuosi contestatigli in sede penale, sia nelle ipotesi di pericolosità “generica”, sia in quelle di pericolosità “qualificata”.

L’indirizzo interpretativo accolto dalla giurisprudenza di legittimità è coerente con le indicazioni espresse dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che non configura una incompatibilità tra la misura patrimoniale e il proscioglimento dell’interessato.

In conclusione, quanto sin qui esposto vuole essere **un contributo** all’opera di integrazione dei sistemi giuridici dei vari paesi europei, sul fronte della lotta alla criminalità organizzata, con l’adozione di strumenti giuridici non solo **efficaci**, ma anche **rispettosi dei principi costituzionali** che sono alla base di ciascun ordinamento.



---

**Luidi Gaj**

Javni tužilac, Kazerta, Italija

**ITALIJANSKO ZAKONODAVSTVO I ISKUSTVO SA  
OCENOM O KONFISKACIJI I PONOVDNOJ UPOTREBI  
DOBARA DOBIJENIH ORGANIZOVANIM KRIMINALOM  
I OSTALI KRIMINOLOŠKI FENOMENI**

**(rezime na srpskom jeziku)**

Pod savremenom strategijom borbe protiv organizovanog kriminala tema vezana za meru oduzimanja imovine uvek zauzima centralno mesto.

To je oblast koja spada u krivično pravo i za koju je povećana zainteresovanost od strane međunarodnih i nacionalnih pravnih poredaka, a, takođe, velika je zainteresovanost i Evropskog suda za ljudska prava i drugih zemalja koje su primaoci zahteva za međunarodnu saradnju sudova.

Intervencija Saveta Evropske unije, na ovom polju, putem Direktiva i odluka doprinosi, s jedne strane, inovativanom cilju, gde sve države članice raspolažu efektivnim normama kojima regulišu oduzimanje prihoda stečenih kriminalom, a s druge strane, naglašena je važnost primene načela reciprociteta kod odluka konfiskacije, uvedeno harmonizacijom različitih nacionalnih pravila.

Rastući razvoj borbe protiv organizovanog kriminala, rezultirao je u italijanskom pravnom sistemu stvaranjem više oblika konfiskacije koja se mogu pripisati posebnoj kategoriji i primeniti uglavnom u krivičnom postupku, ali i u drugoj oblasti, nazvanoj 'PREVENTIVNE MERE', što je pravna kategorija prikladna italijanskom pravnom poretku.

## 1. Istorijski razvoj preventivnih mera

Istorijski gledano, mera prevencije uvedena je kao upravna mera policije koja se primenjivala u prošlosti za podvrgavanje kontroli bez povezivanja sa osuđujućom presudom sa nametanjem posebnih mera ograničenja lične slobode licima koja se smatraju opasnim da će počiniti krivično delo. U prošlosti su bile primenjivane na osumnjičene za antinacionalne aktivnosti, za vreme perioda fašizma.

Od 1956. godine, mere su upotrebljene samo na zahtev lokalne policije, šefa policije u svakoj italijanskoj provinciji, a od iste godine i na zahtev Republičkog javnog tužioca i imale su personalni karakter, ne i imovinski. Od 1965., primenjuju se i na lica koja se dovode u vezu sa mafijaškim i sličnim organizacijama. Od 1982. godine uvedene su i imovinske mere prevencije koje kroz postupak vode do konfiskacije i konfiskuje se imovina stečena ilegalnim putem bez dovođenja u vezu sa posebnim krivičnim postupkom.

Evolucija materije mera prevencije kao instrumenta u borbi, posebno protiv organizovanog kriminala je sledeća:

1. Od 1965. do 1982. uvode se lične mere za osumnjičenog člana mafije da obavezno boravi na teritoriji domaće zemlje.

2. Od 1982. do 1990. uvode se imovinske mere.

3. Od 1993. do 2000. uvode se i : saradnici u pravu, najpogodnija tehnička sredstva, važnost materije krivičnih dokaza u prevenciji, istražne tehnike se produbljuju.

Mere prevencije, personalne i imovinske, primenjuju se u autonomnom postupku, koji se razlikuje od krivičnog i zasniva se na oceni opasnosti subjekta i imovini koja je nezavisna od prethodno učinjenog dela od strane subjekta ili krivičnih presuda.

Imovinske mere prevencije znatno su poboljšane najnovijom legislativom koja trenutno dobija oblik kao instrument u borbi protiv akumulacije ilegalno stečene imovine.

Zakon za borbu protiv mafije potvrdio je da proces imovinske prevencije može samostalno početi ili se nastaviti čak i u odsustvu ili boravku u inostranstvu predlagača. Takođe, u istom zakonu kaže se da se mera imovinske prevencije može primeniti odvojeno, a takođe se

ista mera može primeniti i u slučaju smrti subjekta protiv kog može biti uperen nalog za konfiskaciju.

## **2. Slučaj smrti učinioca**

Kad smrt učinioca nastupi pre pokretanja postupka, predlog imovinskih mera će biti usmeren ka naslednicima sa završetkom postupka u roku od 5 godina od smrti. Na naslednike će se primeniti imovinske mere i u slučaju smrti učinioca u toku postupka.

Procedura imovinske prevencije je, stoga, došla do toga da se suštinski karakteriše kao parnični postupak koji je praćen, ali ne uvek paralelno sa krivičnim postupkom i odnosi se na utvrđivanje lične odgovornosti optuženog. Najveća prednost imovinskih mera u odnosu na krivični postupak jeste što je efikasniji.

## **3. Sprovođenje istrage**

Prva faza istrage je u nadležnosti tužioca (opštine ili okruga, u zavisnosti od tipa mera prevencije), i upravnika policije; druga faza se razvija u toku postupka prevencije sa mogućom inicijativom suda po službenoj dužnosti.

Istrage se mogu voditi, ne samo za lica kojima se izriču mere prevencije, nego i za bračnog druga, decu, one koji su živeli sa učiniocem poslednjih 5 godina, kompanije ili udruženja čija imovina može da se poveže sa učiniocem direktno ili indirektno.

## **4. Konfiskacija**

Kroz navedene istrage očekuje se da će navedena dobra biti oduzeta, i pre početka istražnog pretresa u procesu prevencije, može se raspolagati merom konfiskacije, ako postoji realna opasnost od rasturanja, oduzimanja ili otuđenja.

Dobra koja mogu biti podvrgnuti svakoj vrsti konfiskacije: pokretne i nepokretne stvari, registrovane pokretne stvari i generalno sva dobra, koja služe za potrošnju ili uživanje.

## **5. Primena Ustava**

U tom smislu, treba pomenuti da su imovinske preventivne mere, u italijanskom pravosuđu, karakteristične po širokoj ustavnoj pokrivenosti. To je bitan instrument protiv organizovanog kriminala, koji ima temelje u članovima 41. i 42. Ustava.

Ne manje značajne su, norme sadržane u članu 42. Ustava, koje štite privatnu svojinu, ali u granicama društvene funkcije: ograničenje prava na imovinu u cilju zaštite interesa individue.

Kao zaključak, navedeno je namenjeno kao doprinos radu integracije pravnih sistema različitih evropskih zemalja, u borbi protiv organizovanog kriminala, sa usvajanjem pravnih instrumenata koji su ne samo efikasni, nego poštuju i ustavne principe koji su osnov svakog reda.

Prevod: Sonja Risteski

## IZBOR I STATUS SUDIJA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA – teorijska i komparativno-pravna analiza

### *Apstrakt*

*U prvom delu članka, autor daje celokupna proceduru izbora sudija za Evropski sud za ljudska prava, dok u drugom delu se daje teorijski pregled položaja sudije. Prema Evropskoj konvenciji za ljudska prava, Parlamentarna skuština bira sudiju Evropskog suda za ljudska prava sa liste od tri kandidata koju joj dostavlja svaka država. Procedura za izbor sudija se sastoji od nekoliko faza (nacionalni izbor kandidata, procedura u potkomitetu za izbor sudija i izbor od strane Parlamentarne skupštine Saveta Evrope). Nacionalni izbor kandidata za Evropski sud za ljudska prava ima značajne posledice na ukupni kvalitet, efikasnost i autoritet Suda, i predstavlja ključnu fazu u procesu izbora sudije. Potkomitet za izbor sudija daje preporuke o podobnosti kandidata za Sud izražavajući sklonost za određenog kandidata. Poslednja faza izbora za sudiju predstavlja izbor koji se odvija u Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope. Kandidat koji dobije apsolutnu većinu glasova je izabran u Sud. Ad hoc sudija se bira kada izabrani sudija ne može da prisustvuje suđenju u Veću, ili kada je podneo ostavku ili je izuzet ili kada uopšte nema izabranog sudije. U drugom delu članka, autor daje pregled mandata sudije, njegove inkompatibilnosti, imuniteta, privilegija i beneficija.*

**Ključne reči:** *Izbor, položaj, sudije, ad hoc sudije, Evropski sud za ljudska prava, Parlamentarna skuština, Savet Evrope.*

---

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: oliver\_nikolic@yahoo.com

## 1. Uvodne napomene

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja predstavlja jedan od osnovnih garanata građanskih i političkih prava i sloboda, potpisana je 4. novembra 1950. godine u Rimu od strane 15 država, a stupila na snagu tri godine kasnije, 3. septembra 1953. „Konvencija proglašava da određena ljudska prava i slobode treba da budu garantovani i zaštićeni u pravnim sistemima svake države, a takođe uvodi političke i pravosudne mehanizme pomoću kojih povrede ovih prava i sloboda mogu da budu ispitivane i na međunarodnom, odnosno međudržavnom nivou.“<sup>2</sup> Sama Konvencija „ustanovljava ne samo najuspešniji svetski sistem međunarodnog prava za zaštitu ljudskih prava, već i jednu od najnaprednijih formi međunarodnih pravnih procesa“<sup>3</sup>. Inače, ideja za regionalnu zaštitu ljudskih prava se nalazi „na raskršću dva pokreta i to militantnosti ljudskih prava i evropske ideje, pokreta koja su obeležila period nakon Drugog svetskog rata“<sup>4</sup>.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda je uspostavila i mehanizam koji obezbeđuje sprovođenje obaveza koje su preuzele države ugovornice. Ova uloga je bila poverena trima institucijama i to: Evropskoj komisiji za ljudska prava koja je ustanovljena 1954. godine, Evropskom sudu za ljudska prava (ustanovljen 1959. godine) i Komitetu ministara Saveta Evrope. Evropska komisija je ustanovljena „pre svega kao organ istraživanja i izmirenja“<sup>5</sup>, dok je Evropski sud za ljudska prava postupao u ostalim slučajevima, a Komitet ministara Saveta Evrope je bio više nadzorni organ nad sprovođenjem odluka Suda i odlučivao u izuzetnim situacijama.

Osamdesetih godina prošlog veka došlo je do velikog povećanja broja predstavljeni podnetih povodom kršenja prava i sloboda zagwarantovanih Konvencijom, dok posle 1990. godine dolazi do povećanog prijema država iz bivšeg „istočnog bloka“, što prouzrokuje zastoje, neefikasno i sporo rešavanje nagomilanih slučajeva.

<sup>2</sup> D. Vranjanac, *Evropski sud za ljudska prava*, Centar za antiratnu akciju, Beograd, 2002., 7.

<sup>3</sup> M. Janis, R. Kay, A. Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 1995., 3.

<sup>4</sup> E. Decaux, „Les Etats parties et leurs engagement“, u *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Pariz, 1999., 4.

<sup>5</sup> V. Dimitrijević, M. Paunović, „Nadzor međunarodnih organizacija nad poštovanjem ljudskih prava“, u *Prava i slobode - međunarodni i jugoslovenski standardi*, Beograd, 1995., 75.

Neophodna reforma kontrolnog mehanizma Konvencije je ostvarena potpisivanjem Protokola br. 11 Konvencije, a da bi stupio na snagu morao je da bude ratifikovan od strane svih država ugovornica. Novi Sud za ljudska prava počeo je sa radom 1. novembra 1998. stupanjem na snagu Protokola br. 11, dok je stari Sud prestao da radi 31. oktobra 1998. Ovim Protokolom dotadašnje institucije koje su obezbeđivale poštovanje obaveza iz Konvencije, transformisane su u novi sud. Osnovni cilj Protokola br. 11 je „pojačavanje mašinerije koja će moći da pregleda sve podnete žalbe Evropskom sudu za ljudska prava u razumnom roku“<sup>6</sup>.

Evropski sud za ljudska prava sastoji se od onoliko sudija koliko ima država potpisnica Konvencije, u ovom trenutku 47, i biraju se po utvrđenoj proceduri koja će kasnije biti detaljnije objašnjena.

## 2. Izbor sudija

### 2.1. Uslovi za izbor sudije

Članovima 21-25 Konvencije se regulišu sva važna pitanja u vezi izbora, mandata i razrešenja sudije. Pored ovog osnovnog pravnog akta ova pitanja reguliše pre svega Protokol br. 14 (stupio na snagu 1. juna 2010. godine) i brojni drugi akti Saveta Evrope.

Osnovni uslovi koji se traže za izbor sudije su da on mora da uživa visoki moralni ugled i poseduje kvalifikacije potrebne za obavljanje visokih sudskih funkcija, odnosno da bude priznati pravni stručnjak. Sudija uvek sudi u ličnom svojstvu i nikada ne zastupa interese ni jedne strane u sporu, kao ni države iz koje dolazi. Takođe sudija ne može da se bavi poslovima koji su nespojivi sa njegovom nezavisnošću, nepristrasnošću ili zahtevima stalne službe. Ukoliko postoje problemi u vezi ovih pitanja, o njima će rešavati sam Sud.

---

<sup>6</sup> N. Bratza, M. O’Boyle, “The Legacy of the Commission to the New Court Under the Protocol No. 11”, u M. de Salvia, M. E. Villiger, *The Birth of European Human Rights Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1998., 377.

## 2.2. Procedura izbora sudija za izbor

Svaka država potpisnica Konvencije predlaže listu od tri kandidata za funkciju sudije, sa koje Parlamentarna skupština Saveta Evrope većinom glasova bira jednog sudiju. Sem gore pomenutih osnovnih (dosta uopštenih) uslova za izbor sudije, svaka država je slobodna da propiše i dodatne uslove, kao i samu proceduru nominacije kandidata za funkciju sudije. Međutim Parlamentarna skupština svojim preporukama ipak, na neki način, usmerava države članice da se drže demokratske procedure, transparentnosti, antidiskriminacije i određenih standarda, pa da za kandidate ne šalju osobe koje nemaju iskustva u domenu ljudskih prava, ustavnog i međunarodnog prava, da vode računa o ravnopravnoj predstavljenosti manje zastupljenog pola, itd<sup>7</sup>.

### 2.2.1. Nacionalna procedura za izbor kandidata

Obzirom da Konvencija nije propisala određenu proceduru, pa čak ni smernice za nominaciju kandidata, postoji velika razlika između država po tom pitanju. Upravo ova neujednačenost između država po pitanju nominacije, kao i preširoko tumačenje osnovnih uslova za nominaciju kandidata, stvaraju utisak da pojedine države u ovom procesu odudaraju od demokratskih principa vezanih za izbor najboljih kandidata. „U velikom broju slučajeva, nacionalne procedure koje su na snazi su netransparentne i politizovane“<sup>8</sup> i „samo mali broj država primenjuje unapred propisanu proceduru u izboru svojih kandidata“<sup>9</sup>, što sve zajedno prouzrokuje veliki broj kritika na račun ove faze izbora sudije.

U izveštaju upućenom Parlamentarnoj skupštini Christopher Chope je naveo da se mogu razlikovati tri različite procedure nacionalne selekcije kandidata i to „1. *ad hoc* procedura bez formalnog pravnog osnova (između ostalih tu spadaju Jermenija, Češka, Finska, Island, Srbija, Moldavija, Poljska, Norveška, Velika Britanija, itd.) , 2. već ustanovljena procedura bez formalnog pravnog osnova (Azerbejdžan, Belgija, Kipar,

<sup>7</sup> Videti, između ostalog, Preporuku Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1649 iz 2004. godine, Rezolucije Parlamentarne skupštine br. 1366 iz 2004., 1426 iz 2005. i 1627 iz 2008. godine.

<sup>8</sup> J. Limbach *et al.*, *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, Interights, London, 2003., 18.

<sup>9</sup> J. Flauss, „Analysis of the Election of the New European Court of Human Rights“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, br. 35, 1998., 2.

Danska, Mađarska, Holandija, itd.) i 3. već ustanovljena procedura sa formalnim pravnim osnovom (Bosna i Hercegovina, Estonija, Rusija, Slovenija, Makedonija, Ukrajina, itd.)<sup>10</sup>. Ako uporedimo ove tri procedure jasno je da način izbora koji je unapred utvrđen, u potpunosti zadovoljava demokratske principe, dok *ad hoc* procedura otvara mogućnost zloupotrebe, a sama po sebi nije transparentna, pravedna i konzistentna<sup>11</sup>.

**a) Javni konkurs.** Sama procedura izbora kandidata za funkciju sudije Evropskog suda za ljudska prava počinje raspisivanjem javnog konkursa u medijima. Ovaj korak je neizbežan kako bi se šira stručna javnost upoznala sa upražnjenim mestom sudije. Međutim, ima država koje ne oglašavaju konkurs javno u medijima (Andora, Francuska, Italija, Litvanija, Španija, Mađarska, itd.). Ni Nemačka ne oglašava konkurs javno, već pojedina ministarstva (pravde, inostranih poslova, itd.) pronalaze odgovarajuće kandidate i prikupljaju o njima mišljenje od relevantnih institucija i pojedinaca, pre nego što naprave užu listu kandidata, o kojoj odlučuje nadležno telo vlade.

Države koje oglašavaju javni konkurs za izbor kandidata za sudiju u medijima to čine na različite načine i to: bilo u dnevnim novinama (npr. Bosna i Hercegovina objavljuje u sledećim dnevnim listovima: Dnevni Avaz, Nezavisne novine i Dnevni list), bilo u specijalizovanim glasilima<sup>12</sup> (npr. Moldavija objavljuje u Službenom glasniku i na internet stranici Ministarstva pravde, Rusija u Rossiyskaya gazeta), bilo na neki drugi način (npr. Hrvatska objavljuje u Službenom glasniku, Večernjem listu i Jutarnjem listu, Velika Britanija na internet stranici Ministarstva pravde i u novinama The Times, Poljska u Službenom glasniku i na internet stranici Ministarstva spoljnih poslova, Holandija u Trema Nederlands Juristenblad, specijalizovanom časopisu za oblast pravosuđa, stručnom pravnom časopisu Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht i putem obaveštenja o slobodnim mestima u inostranstvu koje objavljuje Ministarstvo za unutrašnje poslove, Češka na internet stranicama i putem drugih kanala Ministarstva pravde, sudova, kancelarije javnog tužioca, udruženja pravnika, tužioca, sudija, pravnih fakulteta, itd).

---

<sup>10</sup> C. Chope, *Nomination of Candidates and Election of Judges to the European Court of Human Rights*, Doc. 11767, Strazbur, 2008., 11.

<sup>11</sup> I Preporuka Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1649 iz 2004. godine insistira na principima demokratičnosti, nediskriminacije i transparentnosti prilikom izbora nacionalnih kandidata.

<sup>12</sup> Na ovom načinu posebno se insistira u članu 19.1. Preporuke Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1649 iz 2004. god.

**b) Organ koji sprovodi proceduru izbora kandidata.** Nije nevažno koji organ sprovodi nacionalnu proceduru i vrši konačni izbor tri kandidata za sudiju. Mnogi smatraju da bi to trebalo da vrši nezavisno telo, sačinjeno od sudija, profesora i pojedinaca sa relevantnim iskustvom u oblasti međunarodnog prava i ljudskih prava<sup>13</sup>. Takav slučaj je u Švedskoj gde Savetodavni komitet za izbor kandidata čine sudije, tužioci i advokati. Ako ne postoji volja da se uspostavi takvo nezavisno telo, bilo bi poželjno da makar individualno nezavisni eksperti, pored predstavnika ministarstava, učestvuju u telima za izbor. Takav slučaj je npr. u Hrvatskoj, gde Poverenstvo Vlade Republike Hrvatske za izbor kandidata za sudiju Evropskog suda za ljudska prava čine predstavnici Parlamenta, Ustavnog suda, Vrhovnog suda, Pravnog fakulteta i Ministarstva pravde, ili u Holandiji gde se organ za izbor kandidata sastoji od predstavnika Vrhovnog suda, Vlade i nezavisnog eksperta. U nekim državama organ zadužen za izbor kandidata je sastavljen isključivo od državnih činovnika iz različitih ministarstava, (npr. u Poljskoj gde tzv. Panel za izbor kandidata za sudiju čine predstavnici Ministarstva spoljnih poslova, Ministarstva pravde, Kancelarije Predsednika Vlade), itd.

Organ za izbor kandidata za sudiju, prilikom pregleda pristiglih prijava sa biografijom i ostalom potrebnom dokumentacijom, prvo proverava da li su ispunjeni opšti uslovi iz Konvencije, kao i eventualni dodatni uslovi, koje je svaka država slobodna da propiše<sup>14</sup>. U Smernicama Komiteta ministara o izboru kandidata za mesto sudije u Evropskom sudu za ljudska prava iz 2012. godine dat je obrazac biografije koju svi kandidati moraju da prilože. Nakon toga se vrši selekcija za intervju, na kome se pored provere poznavanja oba službena jezika, vrši provera stručnog znanja iz oblasti ljudskih prava, rada Suda i njegove jurisprudencije.

U nekim državama postoji obaveza organa za izbor kandidata da vrši konsultacije sa civilnim sektorom, pre nego što donese završnu ocenu kandidata. Tako u Belgiji, Moldaviji, Bugarskoj, itd., predstavnici civilnog sektora su ujedno i članovi organa za izbor kandidata, dok u Bosni i Hercegovini, Estoniji, Mađarskoj oni mogu biti konsultovani, dok Austrija i Azerbejdžan dozvoljavaju civilnom sektoru da predloži kandidate za sudije. Ipak opšti utisak je da države retko konsultuju civilni sektor, a pre svega organizacije koje bave ljudskim pravima i pravosuđem, međutim ako „je civilno društvo ipak konsultovano, netransparentnost

---

<sup>13</sup> Videti M. O'Boyle, "On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, br. 1, 2008., 10 i dalje.

<sup>14</sup> U Hrvatskoj se traži minimum 15 godina iskustva u pravosuđu kao sudija, advokat ili notar, ili 20 godina iskustva kao univerzitetski profesor prava, sa položenim pravosudnim ispitom i odgovarajućim objavljenim naučnim radovima, itd.

procedure dovodi u sumnju rezultat konsultacija<sup>15</sup>.

Na osnovu rezultata svih faza procedure za izbor kandidata, članovi organa koji vrši ovaj izbor sačinjavaju listu od tri kandidata koja se upućuje Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope. U Holandiji sam izbor kandidata vrše predstavnici Ministarstva pravde i Ministarstva inostranih poslova, na osnovu izveštaja koje podnosi organ zadužen za sprovođenje procedure izbora kandidata.

### **2.2.2. Procedura za izbor kandidata pred Parlamentarnom skupštinom Saveta Evrope**

Ovaj deo procedure izbora sudije započinje slanjem liste od tri kandidata Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope od strane države, nakon obavljene nacionalne selekcije kandidata za funkciju sudije<sup>16</sup>. Po prijemu liste kandidata Generalni direktorat za ljudska prava proverava da li njihove biografije ispunjavaju uslove koji se traže za izbor kandidata. Jednom predate liste kandidata se ne mogu menjati, sem izuzetno na intervenciju vlade države koja je listu poslala. Imena kandidata na listi moraju biti poređana po abecednom redu.

**a) Potkomitet za izbor sudije.** Organ koji je u potpunosti zadužen za proveru i intervju sa kandidatima, kao i pisanje izveštaja, tj. preporuke Parlamentarnoj skupštini je potkomitet Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava za izbor sudija Evropskog suda za ljudska prava. Ovaj Potkomitet je stvoren 1997. godine<sup>17</sup> na inicijativu samog Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava u cilju pronalaženja najboljih mehanizama za demokratski, transparentni i pravedni izbor sudija, kao i poboljšanja nacionalnih selekcija kandidata za sudije. Potkomitet za izbor sudija se sastoji od 27 članova Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava, a imenovani su od strane pet političkih grupacija Parlamentarne skupštine Saveta Evrope. Prilikom imenovanja članova potkomiteta vodilo se računa o ravnopravnoj geografskoj zastupljenosti, ali bez mogućnosti da budu iz države iz koje se biraju kandidati za sudije. Za članove potkomiteta nije neophodno da imaju pravno obrazovanje, iako neki to poseduju. Glavni način sa upoznavanjem sposobnosti kandidata se sprovodi putem

<sup>15</sup> J. Limbach, *op. cit.* 18.

<sup>16</sup> U ranijem periodu liste kandidata su slate Komitetu ministara, koji ih je prosleđivao Parlamentarnoj skupštini.

<sup>17</sup> Rezolucijom Parlamentarne Skupštine Saveta Evrope br. 1082 iz 1996. godine.

intervjua, gde članovi potkomiteta pored provere poznavanja službenih jezika i znanja iz oblasti međunarodnog prava i ljudskih prava, pitanjima sagledavaju kvalitet celokupne ličnosti kandidata. Deo intervjua čine i pitanja o volji kandidata da se nastane u Strazburu za vreme trajanja mandata sudije, kao i eventualno pohađanje dodatnih kurseva jezika. Obzirom da nema uputstva kojim se reguliše odvijanje intervjua, postavlja se pitanje koliko su članovi potkomiteta u mogućnosti da provere stručno znanje iz oblasti prava, posebno ako imamo u vidu da samo neki od njih poseduju pravno znanje.

**b) Poznavanje službenih jezika.** Dva službena jezika Evropskog suda za ljudska prava su engleski i francuski, i sve aktivnosti koje se sprovode u njemu su obavezno na jednom od ova dva jezika. Zato odlično poznavanje jednog službenog jezika i mogućnost korišćenja drugog, je neophodno za obavljanje funkcije sudije. Često nedovoljno poznavanje jezika predstavlja ozbiljnu smetnju u izboru sudije, jer kriterijumi koji se primenjuju u nacionalnim selekcijama veoma su raznoliki. To posebno važi za drugi jezik, jer pod pasivnim znanjem se podrazumeva da sudija može da prati odvijanje rasprave i da prepozna jezičke nijanse u pravnim tekstovima. Kada je jedan od službenih jezika kandidatu za sudiju maternji jezik, od njega se očekuje veći stepen poznavanja drugog jezika od drugih kandidata. Izuzetno ako neko od kandidata za sudiju ne zadovoljava u potpunosti sa poznavanjem službenog jezika, a zato u drugim segmentima je znatno iznad proseka, može mu se dozvoliti pohađanje intezivnog kursa jezika do početka obavljanja sudijske funkcije.

**c) Zastupljenost oba pola.** Prema svim pokazateljima prisutnost ženskog pola među sudijama Suda je znatno manja u odnosu na muški pol, ali svojim aktima Parlamentarna skupština Saveta Evrope je u mnogome poboljšala situaciju<sup>18</sup>. Potkomitet za izbor sudija je obavestio sve države da počev od 2001. godine neće razmatrati prispele liste kandidata za izbor sudije, ukoliko one ne sadrže kadidate oba pola. To je dovelo u nezgoda položaj male države koje nisu imale dovoljan broj kvalifikovanih kandidata i to oba pola, te je Parlamentarna skupština svojom Rezolucijom br. 1627. iz 2008. godina dozvolila izuzetke od ovog pravila, ukoliko države dokažu da nisu uspele da pronađu kandidate manje zastupljenog pola.

---

<sup>18</sup> U Evropskom sudu za ljudska prava 2002. godine taj odnos je bio 10 prema 31 u korist muškaraca, dok su 2008. godine od 47 sudija 17 pripadnice ženskog pola. Parlamentarna skupština Saveta Evrope svojom Preporukom br. 1429 iz 1999. godine insistira da države na listama kandidata za sudije primene princip zastupljenosti oba pola.

**d) Odluka potkomiteta.** Nakon što obavi sva tri intervjua (a bilo bi poželjno da to bude u kontinuitetu), potkomitet za izbor sudija donosi odluku o preporuci najboljeg kandidata Parlamentarnoj skupštini Saveta Evrope. Po pravilu države koje su predložile kandidate za sudije ne bi smele da vrše nikakvu protekciju kandidata, iako je do sada bilo više pokušaja isticanja određenih kandidata kao favorita za izbor. Potkomitet za izbor sudija sagledava celokupnu ličnost i znanje kandidata ali i onoga koji bi se najbolje uklopio u već postojeći saziv Suda. Do sada je bilo slučajeva kada je potkomitet za izbor sudija predložio Parlamentarnoj skupštini da se lista kandidata u potpunosti odbaci<sup>19</sup>. Ne postoji ni jedan mehanizam koji bi sprečio državu koja je poslala listu kandidata, da je povuče, bilo zbog nezadovoljstva preporukom Potkomiteta za izbor kandidata, bilo iz drugih razloga. U takvim slučajevima celokupna procedura izbora sudije se ponavlja.

**e) Izbor Parlamentarne skupštine.** Izveštaj i preporuka potkomiteta za izbor sudije se dostavlja Parlamentarnoj skupštini pre glasanja o kandidatima za sudiju<sup>20</sup>. To ne znači da se on i distribuira svim poslanicima Parlamentarne skupštine, već da je dostupan u biblioteci. Sa liste od tri kandidata poslanici Parlamentarne skupštine biraju jednog kandidata koji će obavljati funkciju sudije Suda za ljudska prava. Onaj kandidat koji dobije apsolutnu većinu glasova se bira za sudiju, međutim ukoliko ni jedan kandidat ne dobije potrebnu većinu, obavlja se drugo glasanje, a za sudiju je izabran onaj kandidat koji dobije relativnu većinu glasova poslanika Parlamentarne skupštine. Pre stupanja na funkciju, svaki sudija mora da položi zakletvu pred plenarnim većem Suda ili po potrebi pred Predsednikom suda.

### 2. 3. *Ad hoc* sudije

*Ad hoc* sudija se može imenovati u slučaju kada već izabrani sudija nije u mogućnosti da prisustvuje sednicama Veća, odnosno kada je izuzet, ili kada je podneo ostavku, ili kada se povukao, ili kada uopšte nema izabranog sudije. Kada je izabrani sudija ranije bio zastupnik države pred Evropskim sudom za ljudska prava i učestvovao u istom predmetu u kome bi sada trebalo da presuđuje ili kada izabrani sudija treba da sudi u istom predmetu u kome je presuđivao kao sudija nacionalnog suda, postoji

<sup>19</sup> Npr. 1998. godine su odbačene liste kandidata koje su predložile Bugarska i San Marino (zbog nedovoljne stručnosti i znanja kandidata), odnosno Hrvatska (iz političkih razloga).

<sup>20</sup> Videti Rezoluciju Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1200, iz 1999. godine

sukob interesa, te je neophodno da se imenuje *ad hoc* sudija. Takođe ako sudija podnese ostavku, ode u penziju ili uopšte nema izabranog sudije, imenuje se *ad hoc* sudija, koji sudi sve predmete do imenovanja izabranog sudije. Preporuka Parlamentarne skupštine br. 1649 iz 2004. godine određuje, ukoliko je moguće da države ne šalju kao kandidate za sudije, čiji bi izbor mogao u određenim slučajevima da zahteva imenovanje *ad hoc* sudije. Shodno promenama Evropske konvencije o ljudskim i manjinskim pravima, koje je prouzrokovalo usvajanje Protokola br. 14, države članice su dužne da dostave posebnu listu od tri do pet kandidata, ukoliko se ukaže potreba za *ad hoc* sudijom. Liste sa kandidatima za *ad hoc* sudije se dostavljaju lično Predsedniku suda, a ne Parlamentarnoj skupštini, kao što je slučaj sa kandidatima za birane sudije. Predsednik suda je taj koji određuje koji će sudija da sudi kao *ad hoc* sudija ukoliko je to potrebno. Ovaj način izaziva dosta oprečne stavove kao npr.: „[...] *ad hoc* sudije su direktno nominovani od strane država članica, u skladu sa Evropskom konvencijom, bez uključivanja Skupštine, što izaziva sumnju u legitimitet i nezavisnost ovog pitanja<sup>21</sup>, ili „ova procedura ne samo da je lišena legitimnosti, već je potpuno nejasno kako Predsednik suda bira *ad hoc* sudiju sa liste koju mu dostavljaju države<sup>22</sup>. Sa druge strane, „ovakav način izbora *ad hoc* sudije pojačava nezavisnost ovog postupka jer države više nisu te koje imaju odlučujuću ulogu u izboru *ad hoc* sudije<sup>23</sup>. Uslovi koje *ad hoc* sudija mora da ispunjava su potpuno identični onima koji se traže za izabranog sudiju.

### 3. Status sudija Evropskog suda za ljudska prava

#### 3.1. Mandat sudije

Mandat sudije Evropskog suda za ljudska prava iznosi devet godina i on se više ne može izabrati na istu funkciju. Ovo je novina koja je uvedena Protokolom br. 14, jer je do tada mandat iznosio šest godina, a sudija je mogao da ponovo bude biran na istu funkciju. Jedino prilikom prvog izbora polovini sudija, nakon uspostavljanja Suda, mandat je

<sup>21</sup> J. Hedigan, “The Election of Judges to the European Court of Human Rights”, u *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007., 247-248.

<sup>22</sup> Rezolucija Parlamentarne Skupštine br. 1646 iz 2009. godine, a videti i dokument Sekretarijata Parlamentarne skupštine, *Procedura izbora sudija za Evropski sud za ljudska prava*, AS/Jur iz 2010.

<sup>23</sup> Ad hoc judges at the European Court of Human Rights: an overview, dokument Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava Parlamentarne skupštine, br. 12827, Strazbur, 2012, 5.

isticao nakon tri godine<sup>24</sup>, da bi se obezbedilo da se mandat polovine sudija, pa time i sastav Suda, obnavlja svake tri godine.

Svim sudijama koji su bili na funkciji u trenutku donošenja Protokola br. 14, mandat je automatski produžen na devet godina.

Mandat sudije prestaje kada napuni sedamdeset godina života ili ako ga druge sudije na plenarnoj sednici dvotrećinskom većinom razreše funkcije jer više ne ispunjava uslove. Sudija može da podnese ostavku Predsedniku Suda koji o tome obaveštava Generalnog sekretara Saveta Evrope. Inače sudije ostaju na svojoj dužnosti sve dok ne budu zamenjeni i pri tome nastavljaju da rade na predmetima koje već razmatraju.

### **3.2. Inkompatibilnost sudijske funkcije**

Pravila vezana za institut inkompatibilnosti sudijske funkcije Evropskog suda za ljudska prava imaju za cilj, pre svega, garantovanje nezavisnosti sudija i njihovo potpuno posvećenje Sudu. Tokom trajanja mandata sudijske funkcije sudija nema pravo da se politički angažuje, niti da obavlja bilo kakvu profesionalnu aktivnost koja bi bila inkompatibilna sa nezavisnošću ili nepristrasnošću njegove funkcije. Sudija je dužan da svaku svoju vanrednu aktivnost, tj. aktivnost koja nije direktno vezana za sudijsku funkciju prijavi Predsedniku Suda, koji o tome odlučuje. Ukoliko nastane bilo kakva nesaglasnost po ovom pitanju između sudije i Predsednika suda, o ovom problemu odlučuje plenarno veće Suda. Takođe sudija nakon isteka mandata ne može biti stranka u postupku čija je pretstavka podneta za vreme njegovog mandata.

### **3.3. Status sudije**

Da bi se obezbedila nezavisnost sudije i poboljšala njegova efikasnost u radu neophodno je da je njegov status u potpunosti utvrđen i rešen. Materijalni položaj sudije (što podrazumeva pored plate, penziona i zdravstveno osiguranje) odgovara dostojanstvu profesije i odgovornosti koju ona povlači. Tehnička opremljenost i dodatno osoblje su samo neki od preduslova koji su obezbeđeni za efikasno obavljanje sudijske funkcije.

---

<sup>24</sup> Generalni sekretar Saveta Evrope je neposredno posle izbora žrebom određivao sudije kojima ističe trogodišnji mandat.

Sudija uživa imunitet, kao i potpunu zaštitu zbog specifičnog posla koji obavlja, posebno „ako se ima u vidu da sudije ne zadržavaju anonimnost prilikom donošenja presuda“<sup>25</sup>. Ovakav status sudije podrazumeva sudsko obezbeđenje i eventualno policijsku zaštitu ukoliko za to postoji osnovana sumnja. Sve beneficije, privilegije i imunitet sudija su utvrđene Konvencijom (član 51), Protokolom br. 11 (Privilegije i imunitet sudija), kao i Statutom Saveta Evrope (poglavlje VIII Privilegije i imunitet sudija).

### **Oliver Nikolić Ph.D**

Assistant Professor

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

## **ELECTION AND STATUS OF JUDGES TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – theoretical and comparative legal analysis**

### Summary

In the first part of the article, the author offers an overview of the whole procedure of the election of judges to the European Court of Human Rights, while in the other part there is a theoretical overview of the status of the judges.

According to the European Convention on Human Rights, the Parliamentary Assembly elects the judges of the European Court of Human Rights from a list of three candidates submitted by each state party. The procedure of the election of judges has few phases (national selection, Sub-Committee on the Election of Judges selection and Parliamentary Assembly election). The national selection procedures for candidates to the European Court of Human Rights have important consequences on the overall quality, efficacy and authority of the Court. The Sub-Committee on the Election of Judges makes recommendations on the suitability

<sup>25</sup> M. L. Volcansek, “Appointing Judges the European Way”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. XXXIV, Njujork, 2007., 382.

of candidates for the Court by expressing a preference for a particular candidate. The final phase of the international selection process is the election of the judge at the Parliamentary Assembly. The candidate that obtains an absolute majority of votes cast is elected to the Court. An ad hoc judge may be appointed when the elected judge is unable to sit in the Chamber, withdraws, or is exempted, or if there is none. In the other part of the article, the author gives an overview of mandate of the judges, its incompatibilities, immunities, privileges and benefits.

**Key words:** Election, status, judges, ad hoc judges, European Court of Human Rights, Parliamentary Assembly, Council of Europe.



## ZKP SRBIJE IZ 2011 –KRAJ REFORME ILI SAMO JEDAN NEUSPEŠAN KORAK PROCESA REFORME ?

### *Apstrakt*

*Predmet analize u radu su tri grupe pitanja. Prva je posvećena analizi opštih karakteristika procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije dugog preko deset godina. Druga grupa pitanja tiče se stručno-kritičke analize pojedinih od niza novina koje donosi novi ZKP RS iz 2011. god., kao poslednji rezultat rada na reformi njenog krivičnog procesnog zakonodavstva. Treća grupa pitanja posvećena je prikazu autorovih razloga za zaključak da ZKP RS iz 2011. god. predstavlja ne „uspešan, kraj reforme (kao što to smatra zakonodavac) već samo jedan neuspešan korak u procesu reforme.*

**Ključne reči:** *Krivično procesno zakonodavstvo, Srbija, reforma, ZKP, načela krivičnog postupka, sud, tužilac, otkriveni, unakrsno ispitivanje.*

### **1.Opšte napomene o procesu reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije**

Proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije započeta je donošenjem Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine<sup>2</sup>. Stupanjem na snagu ovog zakonskog teksta prestao je da važi Zakon

---

<sup>1</sup> Redovni prof.Praynog fakulteta u Kragujevcu i predsednik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu mail: st.bejatovic@EUnet.rs

<sup>2</sup> Zakonik o krivičnom postupku, *Sl.list SRJ*, br.70/2001,68 /2002 i *Sl.glasnik RS*, br.58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 i 20/2009

o krivičnom postupku bivše SFRJ iz 1977. godine<sup>3</sup>. Poslednji rezultat dosadašnjeg, preko deset godna dugog procesa reforme je Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. god<sup>4</sup>. Prema stavu zakonodavca donošenjem ovog zakonskog teksta proces reforme je završen. Da podsetimo Zakonik je donesen u septembru mesecu 2011. god. i trebalo je da počne sa primenom 15. januara 2013. god. Izuzetak su postupci za krivična dela organizovanog kriminala ili ratnih zločina koji se vode pred posebnim odeljenjima nadležnog suda u kojima je primena ovog zakonskog teksta počela 15. januara 2012. god. Međutim, u međuvremenu ( i pre početka njegove celovite primene) Zakonik je četiri puta menjan i njegova celovita primena počela je 1. oktobar 2013. god. Uz sve ovo, u međuvremenu (septembra meseca 2012. god.) bio je pokrenut i zvaničan postupak na izradi Zakona o izmenama i dopunama ZKP i njegov Nacrt smo dobili već krajem 2012. god. sa izuetno obinim predlogom izmena i dopuna<sup>5</sup>. Međutim, od istih se odustalo. Sve ovo samo po sebi više nego jasno govori ne samo o aktuelnosti , složenosti procesa rorme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbij već i o „lutanju” zakonodavca u iznalazenu rešenja koja su u funkciji osnovnog cilja reforme kao celine. Uz to ovakvi potezi zakonodavca i po pitanju najnovijeg zakonika otvaraju i pitanje ispravnosti stava da je donošenjem Zakonika iz 2011. god. proces reforme završen. Drugim rečima predstavljaju osnov za pitanje: Da li je novi ZKP kraj procesa reforme ili samo još jedan korak čiji je osnovni cilj stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak ali da to nije na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagwarantovanih sloboda i prava subjekata krivičnog postupka. Upravo polazeći od ovog cilja svojstvenog, sasvim opravdano, svim zakonodavnim intervencijama dugogodišnjeg procesa reforme brojne su novine koje karakterišu proces reforme, i one se tiču pre svega stalnog širenja polja mogućnosti primene pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima koji posebno dolazi do izražaja u Zakonu o izmenama i dopunama ZKP iz septembru 2009. god., kada je u krivični postupak Srbije po prvi put uveden i jedan potpuno novi, do tada nepostojeći procesnopravni institut i mehanizam - sporazum o priznanju krivice kao dominantna forma pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima. Ovakav trend je nastavljen i ZKP iz 2011.god. Međutim, za razliku od rešenja prisutnih pre

<sup>3</sup> Zakon o krivičnom postupku, *Sl.list SFRJ*, br. 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 i 3/90 i *Sl.list SRJ*, br.27/92 i 24/94

<sup>4</sup> Zakonik o krivičnom postupku, *Sl.glasnik RS*,br.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013

<sup>5</sup> Vidi: Radna verzija Zakona o izmenama i dopunama ZKP iz 2011. god., Ministarstvo pravde i državne uprave, Beograd, 2013.

njegovog donošenja, Zakonik pitanja pojednostavljenih formi, i ne samo pojednostavljenih formi postupanja, reguliše u konceptualnom smislu, na znatno drugačiji način. Obzirom na takav njegov pristup u regulisanju problematike krivičnog postupka slobodno se može konstatovati da ZKP iz 2011. god. predstavlja radikalna raskid sa dosadašnjom krivičnoprocesnom tradicijom Srbije. Istina Zakonik sadrži i neka od ranije ustaljena krivičnoprocesna rešenja ali njihova normativna razrada je znatno drugačija. Među brojnim novinama ovakvog karaktera posebno se ističu one koje se tiču devalvacije načela istine, potpune adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa, značajnog minimiziranja uloge krivičnog suda i procesnog položaja okrivljenog.<sup>6</sup>

No, pre prikaza nekih od niza novina koje donosi novi ZKP RS ističemo tri osnovne karakteristike desetogodišnjeg procesa reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva. Prva je veoma česte intervencije u zakonskim tekstovima koji čine krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije. Posmatrano sa aspekta ovog zakonodavstva kao celine intervencije su, u pojedinim godinama, prisutne i po nekoliko puta godišnje<sup>7</sup>. Opravdanost ovako čestih intervencija ozbiljno se može staviti pod znak pitanja.<sup>8</sup> Ovo tim pre što krivičnoprocesno zakonodavstvo, po svojoj prirodi, pripada konzervativnim granama prava. Ako se ovome doda i činjenica donošenja zakonskih tekstova koji su prestajali da važe i pre početka primene onda iznesena konstatacija još više dobija na svojoj aktuelnosti. Najbolji primer negativnosti ovakve jedne prakse je Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije iz 2006. god. koji je prestao da važi i pre početka njegove celovite primene<sup>9</sup> Druga karakteristika procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije je pojava ne malog broja novih zakonskih tekstova kojima se na posebna način reguliše značajan broj pitanja koja su pre početka rada na reformi bila regulisana u okviru normi ZKP kao skoro jedinog zakonskog teksta iz korpusa krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije shvaćenog u užem smislu reči. Primera radi navodimo samo nekoliko novih zakonskih tekstova ovog karaktera. To su: Zakon o maloletnim učiniocima

<sup>6</sup> M. Škulić, G. Ilić, *Reforma u stilu jedan korak napred-dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2012.

<sup>7</sup> S. Bejatović, "Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog i novi ZKP RS", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/2012, 69.

<sup>8</sup> V. *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2009.

<sup>9</sup> V. M. Grubač, "Kritika "Novog" Zakonika o krivičnom postupku", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2/2006, 7; Đ. Lazin, "Zaštita ljudskih sloboda i prava prema novom Zakoniku o krivičnom postupku", *Primena Novog Zakonika o krivičnom postupku*, Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd 2007., 31; *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2/2006, (u celosti posvećen ovoj problematici).

krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, Zakon o saradnji sa međunarodnim krivičnim sudom, Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela, Zakon o nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine, Zakon o nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala. Treće, u krivičnom postupku, posmatrano kao celini, uvedeni si i posebni postupci i specijalizovani organi za pojedine vrste krivičnih dela (slučaj pre svega sa krivičnim delima organizovanog kriminala, ratnih zločina i visokotehnološkog kriminala).<sup>10</sup>

Dva su glavna cilja već poodavno započete reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije. Prvi je stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak s tim da to ne ide na uštrb nacionalnim zakonodavstvom i relevantnim međunarodnim aktima zagarantovanih sloboda i prava čoveka i građanina uopšte. Drugi je usklađivanje krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije sa rešenjima prisutnim u savremenom komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu i tendencijama prisutnim u savremenoj krivičnopravnoj nauci uopšte. Polazeći od ovako postavljenih ciljeva već Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. god. uvodi ne mali broj izuzetno značajnih novina kojima se stvara normativna osnova za efikasniji krivični postupak i usaglašava krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije sa prednje navedenim rešenjima i tendencijama krivičnopravne nauke. U prvom redu to su: Proširivanje mogućnosti primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja i na punoletne učinioce krivičnih dela, i to na dva načina ( mogućnošću odlaganja krivičnog gonjenja i mogućnošću odbacivanja krivične prijave u slučaju stvarnog kajanja ); Uvođenje mogućnosti izricanja krivičnih sankcija bez glavnog pretresa, i to takođe na dva načina ( u postupku za kažnjavanje pre glavnog pretresa i u postupku za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije); Proširivanje funkcionalne nadležnosti sudije pojedinca; Proširivanje mogućnosti vođenja skraćenog krivičnog postupka i za krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do tri godine; Ograničavanje ukupnog trajanja pritvora; Određivanje roka za veštačenje i propisivanje posledica propuštanja određenog roka; Određivanje procesnog trenutka do kojeg se lice koje uživa pravo imuniteta može pozvati na imunitet; Ograničenje broja branilaca jednog okrivljenog

<sup>10</sup> V. M.Škulić, "Nacrt Zakona o državnim organima u postupku za krivična dela organizovanog kriminala", *Novo krivično zakonodavstvo Srbije*, Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd 2005., 217-256; S.Važić, "Izmene i dopune Zakona o ratnim zločinima", *Novo krivično zakonodavstvo Srbije*, Udruženje za krivično pravo Srbije, Beograd 2005., 257-264.

lica; Ustanova krivičnog gonjenja po predlogu oštećenog lica; Nove mere prema subjektima koji svojim ponašanjem onemogućavaju ili otežavaju održavanje glavnog pretresa; Određivanje roka za povraćaj privremeno oduzetih predmeta i sl.<sup>11</sup>

Trend novih rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije započeo donošenjem Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. god. u cilju stvaranja normativne osnove za efikasniji krivični postupak i njegovog usaglašavanja sa rešenjima prisutnim u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu nastavljen je njegovim izmenama i dopunama iz maja meseca 2004. god. odnosno izmenama i dopunama iz avgusta meseca 2009. god. koje donose najznačajne novine upravo po pitanju stvaranja normativne osnove za još efikasnije delovanje krivičnog pravosuđa, i to prevashodno putem ozakonjenja sporazuma o priznanju krivice kao jedne od dominantnih formi pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima.<sup>12</sup> Međutim, i pored svih ovih novina koje karakterišu krivično procesno zakonodavstvo Srbije od započinjanja njegove reforme 2001. god. i svim kasnijim izmenama i dopunama ZKP iz 2001. god. nije se stalo. Nasuprot. Prišlo se radu na izradi novog ZKP. Rad na tom zakonskom projektu je okončan usvajanjem novog ZKP 2011. god. Međutim ni tu nije kraj. Pre početka njegove celovite primene (1.oktobar 2013.god.) Zakonik je je četiri puta menjan, a u međuvremenu izrađen je i Nacrt njegovih izuzetno obimnih izmena i dopuna krajem 2012. god. No, od njih se odustalo. Sve ovo samo po sebi govori ne samo o aktuelnosti, složenosti procesa rorme krivnog procesnog zakonodavstva Srbije već i o "lutanju" zakonodavca u iznalaženju rešenja koja bi bila u funkciji proklamovanih ciljeva reforme.

## 2. Pojedine od niza novina ZKP RS

Novi ZKP RS donosi niz novina ne samo u odnosu na njegov prethodnik ( ZKP iz 2001. god. i njegove izmene i dopune) već i u odnosu na tradicionalno prisutna rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije utemeljena ZKP iz 1976. god. Među ne malim brojem novodimo, zbog ograničenog obima rada, samo nekolike koje se posebno ističu i koje samo po sebi mogu da ukažu na odgovor na pitanje postavljeno u naslovu rada.

<sup>11</sup> V. S. Bejatović, *Mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka, Osnovne karakteristike Predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd 2000.,145-155.

<sup>12</sup> S. Bejatović, "Izmene i dopune ZKP i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima", *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2009, 21-40.

## 2.1.Regulisanje drugačijeg načina tereta dokazivanja

Jedna od važnijih novina koju je doneo novi Zakonik je znatno izmenjena uloga učesnika krivičnog postupka u dokazivanju. Dokazivanje je stavljeno u ruke tužioca a uloga suda u tom postupku je više nego minimizirana. Izvođenje dokaza *ex officio* je samo izuzetna mogućnost. Teret dokazivanja optužbe je na tužiocu, a sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Samo izuzetno sudu se daje mogućnost uticaja na postupak dokazivanja, i tu svoju mogućnost on po pravilu realizuje posredno - davanjem naloga stranci. Sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Međutim, nepostupanje stranke po nalogu suda ne povlači nikakve procesne konsekvence, što dodatno devalvira ulogu suda u izvođenju dokaza (čl.15. Zakonika).

## 2.2.Devalvacija načela istine

Da bi se postigao osnovni cilj krivičnog postupka, koji mora da osigura da „niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka “ (član 1. stav 1. Zakonika), u krivičnom postupku mora da se utvrdi istina o tome da li je okrivljeni krivično odgovoran za određeno krivično delo ili ne. Društveni interes, zbog koga se inače i vodi krivični postupak, zahteva da se utvrdi potpuna i neosporna istina o činjenicama koje čine osnovu krivične odgovornosti okrivljenog, jer kažnjen sme biti samo onaj okrivljeni čija je krivična odgovornost potpuno i neosporno utvrđena. Na ovom temelju zasnovano je i pravo države na kažnjavanje - tzv. *ius puniendi*. Svoje pravo na kažnjavanje država realizuje samo u slučajevima kada se sa sigurnošću utvrdi odgovornost konkretnog lica za izvršenje krivičnog dela koje mu se stavlja na teret. Sudska odluka kao krajnji rezultat krivičnog postupka mora da počiva na istini.<sup>13</sup>

Istina do koje se dolazi u krivičnom postupku treba da predstavlja veran odraz krivičnog događaja u svesti sudije preko kojeg država oživotvoruje svoje pravo na kažnjavanje. Istina koja se utvrđuje u krivičnom postupku nije apsolutna istina koja isključuje mogućnost suprotnog. Istina do koje se dolazi u krivičnom postupku, iako predstavlja

<sup>13</sup> Zahtev za dobijanje istine o činjenicama u krivičnom postupku u najpotpunijoj mogućoj meri naziva se načelom utvrđivanja istine (materijalne, realne, stvarne).

najveći stepen izvesnosti do koga se sredstvima krivičnog postupka može doći, samo je relativna istina koja ne isključuje mogućnost dokazivanja suprotnog. U krivičnom postupku, u izvesnom broju slučajeva, dolazi do kasnijeg utvrđivanja istine koja je suprotna istini utvrđenoj u predhodnim stadijumima krivičnog postupku. Uz svo ovo, ova istina je u izvesnom smislu istovremeno i subjektivna, jer isti materijal može da ostavi različite utiske na one koji ga čine i dovede do različitih ocena raznih sudova.<sup>14</sup> U kojoj će meri odraz krivičnog događaja u svesti suda biti veran krivičnom događaju koji se desio, zavisi od kvaliteta i kvantiteta dokaza. Formiranje odraza krivičnog događaja u svesti sudije vrši se u krivičnom postupku postepeno i zavisno od prikupljenih i izvedenih dokaza putem kojih subjektivna istina treba što je moguće više da se približi objektivnoj. Tek tkva istina je materijalna, realna, stvarna istina, budući da pod njom podrazumevamo najveći stepen izvesnosti do koje sudija može doći u krivičnom postupku. Uz ovo, neophodnost utvrđivanja potpune istine u krivičnom postupku, više nego u bilo kom drugom postupku, javlja se iz više razloga. Prvo, u krivičnom postupku se odlučuje o primeni krivičnih sankcija koje pretpostavljaju izvršenje krivičnog dela i postojanje krivice. Posmatrano sa aspekta društvenog interesa, izricanje krivičnih sankcija bez sigurnog utvrđivanja izvršenja krivičnog dela i krivice bilo bi besmisleno, a posmatrano sa aspekta okrivljenog, neopravdano i predstavljalo bi nasilje. Drugi razlog leži u karakteru posledica krivične presude. Naime, kazna je najteža forma pravnih sankcija, a uz to i sankcija koja se ne može u nekim slučajevima popraviti. Osim toga, činjenica proglašenja jednog lica krivično odgovornim povlači najteži sud moralnog neodobravanja, umanjuje socijalnu vrednost osuđenog i izaziva teške posledice koje ga prate i posle izdržane kazne. Obzirom na sve ovo, utvrđivanje istine u krivičnom postupku mora da bude prioritetan zadatak organa postupka - pre svega suda. Međutim i pored neophodnosti utvrđivanja istine u krivičnom postupku, i pored toga što načelo utvrđivanja istine u krivičnom postupku predstavlja jedno od ključnih - osnovnih načela krivičnog postupka evropskog kontinentalnog pravnog sistema kojem po svim objektivnim kriterijumima treba da pripada i naš krivičnopravni sistem ono je, na žalost, najblaže rečeno, devalvirano ako ne i proterano iz krivičnog postupka Zakonikom iz 2011. god. Devalvacija, ili proterivanje načela istine iz krivičnog postupka na žalost predstavlja jedno od ključnih obeležja novog Zakonika.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> T.Vasiljević, M. Grubač, "Komentar Zakona o krivičnom postupku, Beograd 1990., 19.

<sup>15</sup> V.Đurđić, "Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na reformisanim načelima krivičnog postupka", Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (*Normativni i praktični aspekti*), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012., 74-78.

Oslobađanjem obaveze suda da prikuplja i izvodi dokaze, oslobađanjem suda od odgovornosti za izvođenje dokaza i za utvrđivanje istine - potpunog i istinitog činjeničnog stanja nezavisno od aktivnosti stranaka kao tradicionalnog evrokontinentalnog tipa krivičnog postupka u krivični postupak Srbije uvodi se anglosaksonski –adverzijalni stranački postupak, a time i napusta načelo istine kao njegovo dosadašnje ključno obeležje.<sup>16</sup> Teret pružanja dokaza je sada na tužiocu. Na strankama je odgovornost za pribavljanje i izvođenje dokaza a sud je lišen obaveze da istražuje istinu o krivičnoj stvari i stavljen u položaj da se samo stara o zakonitosti i kontinuitetu glavnog pretresa, pa i čitavog glavnog statijuma uz predviđanje ne malog broja ustanova koje treba da obezbede brzo i efikasno presuđenje krivične stvari shvaćeno u kvantitativnom smislu, što za svoj rezultat ima ukidanje načela istine<sup>17</sup>. Umesto ranije predviđenih instrumenata utvrđivanja istine (npr. predviđanjem obaveze suda da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke ili utvrđivanja sudske istine na osnovu slobodnog sudijskog uverenja i sl.) propisano je da odluku kojom presuđuje krivičnu stvar ``sud može zasnivati samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren`` (član 16. stav 4), pošto prethodno ``nepriistrasno oceni izvedene dokaze`` (član 16. stav 2). Sa ovakvim pristupom obaveza suda na utvrđivanje činjenica sa stepenom izvesnosti ne može se i ne sme poistovećivati sa utvrđivanjem istine. Svoje uverenje o izvesnosti postojanja neke činjenice sud zasniva samo na dokazima koje na glavnom pretresu izvode jedino stranke (pošto ih predhodno predlože, po pravilu na pripremnom ročištu) iz čega dalje proizilazi da sud može steći uverenje zahtevanog stepena izvesnosti samo ako stranke izvedu sve potrebne dokaze. U protivnom - u slučaju da stranke izvedu nedovoljno dokaza, sud nije ovlašćen da potrebne dokaze izvede po službenoj dužnosti, a kao rezultat toga je nužnost primene pravila *in dubio pro reo*. Upravo zbog ovog što stepen uverenja sudije zavisi isključivo od stranačkih dokaza nametanje obaveze sudu da postojanje svake činjenice utvrđuje sa stepenom izvesnosti ne znači istovremeno i obavezu suda da potpuno i istinito utvrđuje činjenično stanje. Ograničeno stranačkim dokazima sudijsko uverenje deli sudbinu namere stranka i njihove sposobnosti da dokažu istinu. Ako se ovom doda i činjenica da je izvođenje dokaza *pro et contra* omeđeno dokaznim predlozima i aktivnošću stranaka a da sud samo izuzetno po službenoj dužnosti može narediti izvođenje pojedinih dokaza ali ni tada u cilju utvrđivanja istine već samo radi otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoća u već izvedenim dokazima problem sa istinom postaje još delikatniji, odnosno njeno isključenje još izvesnije.

<sup>16</sup> S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Sl.glasnik, Beograd 2010., 107-111.

<sup>17</sup> V.Đurđić, 74-78.

Ne upuštajući se u daljnju analizu odredaba koje potvrđuju izneseni stav o proterivanju istine iz krivičnog postupka Srbije<sup>18</sup> ističemo samo još dve sledeće stvari: Prvo, proterivanjem načela istine iz krivičnog postupka i oslobodanjem suda od odgovornosti za prikupljanje i izođenje dokaza, krivični postupak postaje slučan parničnom postupku u kojem stranke imaju pravo dispozicije i analogno tome snose i odgovornost za utvrđivanje istine, što je u potpunoj protivrečnosti sa dominirajućim shvatanjem kontinentalno pravne doktrine o prirodi i cilju krivičnog postupka. Prema istoj zbog javnopravnog karaktera krivičnog postupka i javnog interesa da se goni učinilac krivičnog dela u krivičnom postupku mora da važi načelo sudskog istraživanja istine, i shodno tome u odnosu na razjašnjenje predmeta postupka sud ne može da bude vezan aktivnošću stranaka već on `istražuje istinu` izvođenjem dokaza po službenoj dužnosti koji su od važnosti za sudasko odlučivanje.<sup>19</sup> Shodno ovom, u nemačkom *StPO*, kao reprezentativnom predstavniku kontinentalnog krivičnopravnog sistema izričito je propisano da je u cilju utvrđivanja istine sud obavezan ( po službenoj dužnosti ) da izvodi dokaze u pogledu svih činjenica koje su bitne za donošenje odluke<sup>20</sup>. Drgo, izbacivanje odgovornosti suda za prikupljanje i izvođenje dokaza pa time i za utvrđivanje potpunog i istinitog činjeničnog stanja dovelo je i do ne malog broja nelogičnosti drugih zakonskih rešenja. Npr. kako objasniti da u situaciji kada sud nema odgovornost za izvođenje i pribavljanje dokaza a time ni obavezu da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, postoji mogućnost pobijanja njegove presude žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, tj. zbog nedostataka nastalih prevashodno radnjama krivičnoprocesnih stranaka (član 437. tačka 3). Drugim rečima: Kako povezati pravo stranaka na pobijanje sudske odluke zbog nedostataka za koje su jedino one odgovorne ?

### 2.3. Promene procesnog položaja ključnih procesnih subjekata.

Promenjena arhitektonika krivičnog postupka kao jednog od bitnijih obeležja novog ZKP uticala je i na promenu statusa (prava i obaveza procesnih subjekata - pre svega suda, tužioca, okrivljenog, branioca, policije i oštećenog). Tako npr. kada je reč o sudu istraga nije

<sup>18</sup> V.M.Škulić, "Glavni pretres u novim Zakoniku o krivičnom postupku Srbije", *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012., 88-124.

<sup>19</sup> C. Roxin, B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag "C.H. Beck", Munchen 2009., 78.

<sup>20</sup> Čl. 244. StPO

više u nadležnosti suda. Ili, tu je i njegova potpuno drugačija uloga u postupku dokazivanja i dr. Zatim, izmenjena uloga u njegovom postupanju u slučaju izvršenja krivičnog dela na glavnom pretresu, u postupku ispitivanja optužnice, u fazi pripremanja glavnog pretresa, u načinu nastavljanja odloženog glavnog pretresa, u realizaciji pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, u izradi izrečene presude (pre svega njenog obrazloženja koje može da izostane ili da bude samo delimično), izdvojenom mišljenju prilikom izricanja presude, načinu obaveštavanja učesnika krivičnog postupka, u postupku po pravnik lekovima i sl.

Kada je reč o javnom tužiocu onda pre svega tu su tri osobenosti Zakonika vezane za ovaj krivičnoprocesni subjekt. Prvo, kod krivičnih dela za koja se goni po službenoj dužnosti javni tužilac je taj koji sprovodi istragu. Drugo, sužavanjem uloge suda u postupku dokazivanja težište je preneto na tužioca. Tužilac je taj koji ima primarnu ulogu u obezbeđenju dokaza (teret dokazivanja optužbe je na njemu, a sud izvodi dokaze samo na predlog stranaka). Treće, proširene su mogućnosti primene pojednostavljenih formi postupanja od strane javnog tužioca.

Kod oštećenog kao procesnog subjekta ključna novina je nemogućnost sticanja svojstva supsidijarnog tužioca u svim slučajevima nepreduzimanja krivičnog gonjenja odnosno odustanka javnog tužioca od krivičnog gonjenja, kao i izmenjeni način njegovog uticaja na odluku javnog tužioca o korišćenju načela oportuniteta krivičnog gonjenja.

Slično ostalim procesnim subjektima i ne mali broj pitanja stručne odbrane rešeno je na drugačiji način od njihove rešenosti u predhodnom ZKP. Tu je pre svega širenje područja obavezne odbrane (dojnja granica propisane kazne kao kriterijum obavezne odbrane sada je osam godina) zatvora. Isto tako okrivljeni mora imati branioca i prilikom primene mere zabrane napuštanja stana i prilikom skrivljenog odsustva sa glavnog pretresa. Dalje, npr. branilac ima pravo da neposredno pre prvog saslušanja pročita krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka, a nakon prvog saslušanja da razmatra spise i razgleda predmete koji služe kao dokaz i sl.

Kada je reč o policiji kao subjektu postupka prema novom Zakoniku može se pre svega zaključiti da su i u ovom zakonskom tekstu tradicionalne operativno-taktičke mere i radnje iz ranijeg pretkrivičnog, a sada predistražnog postupka i dalje u nadležnosti policije. No, pored ovog, policija je ovlašćena da samostalno preduzima pojedine dokazne radnje u predistražnom postupku čiji se rezultati, kao dokaz, mogu koristiti u

krivičnom postupku, a u istrazi, faktički bilo koju dokaznu radnju koju joj poveri tužilac. Posmatrano sa aspekta odnosa policije i tužioca može se zaključiti da je tužilac apsolutno dominantni subjekat prethodnog postupka, a policija aktivan saradnik javnog tužioca sve do podizanja optužnice, ali funkcionalno potpuno podređena tužiocu. Ovlašćenja policije iako naizgled slična u odnosu na prethodni ZKP, precizirana su, donekle proširena, ali u znatno većoj meri podvrgnuta nadzoru i kontroli tužioca.

#### 2.4. Širenje mogućnosti upotrebe načela oportuniteta krivičnog gonjenja

I u radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije posebna pažnja bila je, sasvim opravdano, posvećena normiranju načela oportuniteta krivičnog gonjenja i kod punoletnih učinilaca krivičnih dela. Nije mali broj pitanja o kojima se u stručnoj javnosti vodila diskusija oko načina njihovog rešavanja. Među ne malim brojem pitanja posebno su se isticala ona koja se tiču mogućeg obima njegove primene, kontrole odluke javnog tužioca o primeni načela, uslova pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja i prava oštećenog lica u primeni načela sl.<sup>21</sup>. Međutim, pre prikaza osnovnih karakteristika novih rešenja načela u ZKP iz 2011. god. valja još jednom podsetiti da ni jedna stručna raprava (a njih je bilo više) nije dovodila niti dovodi pod znak pitanja njegovu kriminalno-političku opravdanost. Nasuprot. Za veoma kratko vreme nakon ozakonjenja mogućnosti njegove primene i kod punoletnih učinilaca krivičnih dela 2001.god<sup>22</sup>. načelo je pokazalo svoju punu kriminalno-političku opravdanost i sve intervencije su išle u pravcu iznalazjenja rešenja za njegovu što adekvatniju primenu uz predviđanje mehanizama kontrole ispravnosti njegove primene u konkretnim slučajevima.

Posmatrano sa aspekta normativne razrade nekoliko je novina, kada je reč o načelu oportuniteta krivičnog gonjenja kod punoletnih učinilaca krivičnih dela, u novom ZKP. Među njima najznačajnije su sledeće: *Prvo*, i novi ZKP zadržava više vidova načela oportuniteta

<sup>21</sup> V. S.Bejatović, "Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu", *Oportunitet krivičnog gonjenja*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2009., 125-144. J.Kiurski., "Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni", *Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu - Teoretski i praktični aspekt*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2011.,156-172.

<sup>22</sup> S.Bejatović, "Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP", *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva-Normativni i praktični aspekt*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012.,125-141..

krivičnog gonjenja, što je u zavisnosti od osnova koji predstavljaju mogućnost njegove primene. To su: Odlaganje krivičnog gonjenja kao poseban-dominantan vid načela oportuniteta; Odbacivanje krivične prijave iz razloga pravičnosti; Uslovo odlaganje krivičnog gonjenja kao mogući elemenat sporazuma o pruznanju krivičnog dela; *Drugo*, došlo je do širenja mogućnosti primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja tako što je data mogućnost javnom tužiocu da „ odloži krivično gonjenje za krivična dela za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina” (član 283. stav 1) , i to bez kontrole suda i neovisno od pristanka oštećenog; *Treće*, smanjen je broj mogućih obaveza pod kojima može da dođe do odlaganja krivičnog gonjenja, a sadržina jedne obaveze je promenjena. Preciznije, brisana je ranije moguća obaveza osumnjičenog ``da položi vozački ispit, obavi dodatnu vozačku obuku ili završi drugi odgovarajući kurs``. Zatim, umesto obaveze ``da se podvrgne psihosocijalnoj terapiji`` predviđena je kao moguća obaveza ``podvrgavanje psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilničkog ponašanja (član 283.stav 1). ``Smanjenje oboveza koje javni tužilac može naložiti osumnjičenom u primeni ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja može se opravdano staviti pod znak pitanja. Ovo tim pre što je jedna od karakteristika ovog zaskonskog teksta i širenje ovlašćenja javnog tužioca i njegovo preuzimanje jednog dela sudske nadležnosti. Takođe se može postaviti i pitanje zašto se obavezivanje osumnjičenog da se podvrgne psihosocijalnom trtetmanu ograničava samo na otklanjanjanje uzroka nasilničkog ponašanja; *Četvrto*, za primenu odlaganja krivičnog gonjenja Zakonik ne traži saglasnost suda. U vezi sa ovakvim rešenjem novog Zakonika treba imati u vidu i sledeće. Izostavljanje saglasnosti- angažovanja suda u primeni načela oportuniteta je opravdano, ali je neophodna kontrola odluke javnog tužicao u njegovoj primeni i treba je obezbediti. Npr. mogućnosti preispitivanja takve odluke od strane neposredno višeg ili najvišeg javnog tužioca, što je inače uglavnom i prisutno rešenje u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu. Da li ovakvu ili neku drugu adekvatnu kontrolu odluke javnog tužioca o krišćenju ovog vida načela oportuniteta krivičnog gonjeenja obezbeđuje novi ZKP? Zasigurno ne; *Peto*, za odlaganje krivičnog gonjenja više se ne traži pristanak oštećenog, što je bio slučaj ranije; *Šesto*, Zakonikom je rešeno pitanje forme odluke o odlaganju krivičnog gonjenja. To je naredba, u kojoj se, pored ostalog, mora odrediti i rok u kojem osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze (član 283. stav 2.novog ZKP); *Sedmo*, produžen je rok u kojem ``osumnjičeni mora izvršiti preuzete obaveze``u slučaju u odlaganja krivičnog gonjenja kao posebnog vida načela oportuniteta krivičnog gonjenja i on sada može da iznosi i ``godinu dana ``; *Osmo*,

predviđen jer način kontorle izvršenja naloženih obaveza tako što je propisano da „Nadzor nad izvršenjem obaveza obavlja poverenik iz organa uprave nadležnog za poslove izvršenja krivičnih sankcija, u skladu sa propisom koji donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa.”

## 2.5.Promena koncepta istrage

U radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije posebna pažnja je posvećena pitanju koncepta istrage. Naime, u toku celog rada na reformi jedno od najaktuelnijih pitanja je pitanje koncepta istrage. I teorija i praksa skoro da su saglasni da od načina rešavanja ovog pitanja zavisi, u ne malom stepenu, pitanje efikasnosti ne samo istrage već i efikasnosti krivičnog postupka kao celine<sup>23</sup> kao jednog od ključnih ciljeva reforme uopšte. Upravo zahvaljujući takvom pristupu jedna od krucijalnih osobnosti procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije je napuštanje sudskog konca istrage u ZKP iz 2011. god. i ozakonjenje novog (po stavu zakonodavca) tužilakog koncepta istrage.

U vezi sa zalaganjem stručne javnosti Srbije za promenu koncepta istrage prisutno je i shvatanje da tužilački koncept istrage nije bezrezervno u funkciji koja se od njega očekuje. I kod tužilačkog koncepta istrage otvorena su brojna pitanja i od načina njihovog rešavanja zavisi i ostvarenje ciljeva tužilačkog koncepta istrage. Među pitanjima ovog karaktera poseban značaj imaju ona koja se tiču: Organa koji treba da sprovode istragu; Ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage? Zatim, tu je i pitanje: Da li su sudski organi koji sprovode istragu dovoljno stručni iz oblasti kriminalistike čije znanje u ovom postupku najviše dolazi do izražaja? Potom, kako i na koji način zaštititi slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage? Ili, koji sistem- model tužilačke istrage je najprikladniji posmatrano sa aspekta kako njene efikasnosti tako i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, ali da to ne ide na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagwarantovanih sloboda i prava subjekata istrage? i dr.<sup>24</sup> U okviru ovih, i ne samo ovih, pitanja pitanje efikasnosti istrage je jedno od njenih aktuelnijih pitanja uopšte iz razloga što je

<sup>23</sup> D.Radulović, «Konceptija istrage u krivičnom postupku u svetlu novog krivičnog procesnog zakonodavstva», *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivinoprocena zakonodavstva*, OEBS- Misija u Srbiji, Beograd 2012., 11-23.

<sup>24</sup> V. S. Bejatović, “Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja bivše SFRJ i u Srbiji”, *Pravo zemalja u regionu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010., 242-265; D.Radulović, 11-23.

dobro poznato i još više nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog postupka kao celine. Samo u slučajevima normiranja tužilačkog koncepta istrage na načelima svojstvenim njemu on je u funkciji očekivanog. U protivnom toga nema. Obzirom na ovo postavlja se kao ključno pitanje: Kako normativno razraditi tužilački koncept istrage da bi on bio u funkciji ostvarivanja cilja koji se očekuje od njega, a to je efikasnost uz puno poštovanje međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava okrivljenog i drugih učesnika istražnog postupka? Postizanje ovako postavljenog cilja moguće je pod uslovom da je tužilački koncept istrage normativno razrađen uz puno poštovanje sledećih principa. To su: Javni tužilac kao jedini ovlašćeni subjekat pokretanja istražnog postupka; Osnovana sumnja kao materijalni uslov pokretanja istrage; Preciziranje uslova pod kojima policija može da se pojavi u svojstvu aktivnog subjekta istrage, kao i vrste istražnih radnji koje ona može preduzeti u takvom svojstvu; Predviđanje konkretnih mehanizama koji obezbeđuju adekvatnu saradnju javnog tužioca i policije u istrazi; Tačno i precizno propisivanje uslova pod kojim i kod kojih dokaznih radnji kao aktivni subjekat njihovog preduzimanja može da se pojavi sud; Predviđanje instrumenata za zakonito i efikasno sprovođenje istrage kao i načina postupanja javnog tužioca nakon okončanja istrage i posledica nepridržavanja tako predviđenih normi; Zaštita osnovnih prava oštećenog lica koja proizilaze iz krivičnog dela za koje se sprovodi istraga; Predviđanje mehanizama obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga.

Obzirom na izneseno kao ključno postavlja se pitanje: Da li je novi koncept istrage u ZKP RS iz 2011. god. razrađen u skladu sa željenim stepenom njegove normativne razrade, odnosno u skladu sa zalaganjem većinskog dela stručne javnosti Srbije a i šire. Iole ozbiljnija analiza odredaba Zakonika o novom konceptu istrage govori da ne. Govori da je Srbija ZKP iz 2011.god.dobila ne tužilački koncept istrage već koncept paralelne istrage. Ilustracije radi navodimo samo nekoliko primera.*Prvo* mogućnost pokretanja istrage dozvoljena je i protiv nepoznatog učinioca; *Drugo*, za pokretanje istrage dovoljan je najniži stepen sumnje – osnov sumnje, tj. isti onaj stepen sumnje koji se traži i za postupanje policije u predistražnom postupku; *Treće*, jedno od najdiskutabilnih rešenja ove faze postupka u novom ZKP je njegov član 301. stav 1. po kojem osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane. *Četvrto*, iako je istraga u načelu tužilačka, može da dođe do uključivanja policije u preduzimanju pojedinih dokaznih radnji, pod uslovom da joj to javni tužilac poveri (član 299. stav 4. ZKP);*Peto*,

pored policije u istragu može da se uključi i sudija za prethodni postupak ukoliko javni tužilac odbije predlog osumnjičenog i njegovog branioca za preduzimanje dokazne radnje ili ako o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U tom slučaju osumnjičeni i njegov branilac mogu podneti predlog sudiji za prethodni postupak i ako predlog usvoji, sudija za prethodni postupak nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju u korist odbrane i određuje mu rok zato (član 302. ZKP);*Šesto*, predviđena je mogućnost da se u određenim slučajevima za preduzimanje određenih dokaznih radnji uključi i sud u smislu što on sam ne preduzima dokaznu radnju, nego nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju (član 302. stav1-3. ZKP). Shodno ovakvom rešenju može se zaljučiti da javnom tužiocu kao rukovodiocu ne samo predistražnog postupka, nego i istrage neko drugi (sud) nalaže da preduzme dokaznu radnju i to u korist odbrane. Rešenje više nego diskutabilno<sup>25</sup>. Ova i ne samo ova rešenja novog koncepta istrage predmet su, čini se sasvim opravdane, ne male kritike stručne javnosti Srbije i kao takva mogu opravdano dovesti u pitanje funkcionisanje novog koncepta istrage i skladu sa očekivanim. Među njima poseban značaj imaju sledeće:

*Prvo*, jedan od opšteprihvaćenih stavova kako teorije tako i prakse kada je reč o pokretanju krivičnog postupka, je i stav da on mora biti uslovljen ispunjenjem materijalnog uslova konkretizovanog u postojanju činjenica i okolnosti konkretnog krivičnog događaja koje osnovano upućuju na zaključak, ukazuju na to da je određeno-konkretno lice izvršilac krivičnog dela koje mu se stavlja na teret – tj. postojanjem osnovane, a ne samo osnova sumnje. Pokretanje i vođenje krivičnog postupka ne može se zasnivati na pretpostavkama. Mora biti zasnovano na stvarnim – konkretnim podacima. Pitanje je: Da li je samo na osnovu osnova sume (kao što je to slučaj sada) ili i samo na osnovu indicija moguće pokretanje krivičnog postupka obzirom na sve njegove implikacije? Naše je, i ne samo naše, mišljenje da ne. Ako se ovom doda i činjenica da se u smislu odredbe člana 7. tačka 1. krivični postupak smatra pokrenutim donošenjem naredbe o sprovođenju istrage pitanje postaje još aktuelnije, odnosno izneseni stav još opravdaniji;

*Drugo*, shodno članu 295. stav 1.tačka 2. mogućnost pokretanja istrage postoji i protiv "nepoznatog učinica kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo". I ovo rešenje je, čini se više nego opravdano, izloženo kritici. Ono kao takvo ne samo da nema opravdanja, već je i u direktnoj suprotnosti i sa ne malim brojem opšteprihvaćenih rešenja u krivičnom materijalnom i procesnom zakonodavstvu. Tako, na primer,

<sup>25</sup> M. Škulić, G.Ilić,124-136.

u suprotnosti je sa odredbom člana 14. stav 1 i 2 . KZRS iz koje jasno proizlazi da "nema krivičnog dela bez krivice", a pitanje krivice moguće je posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica. Ili, opravdano se mora postaviti i pitanje odnosa ove odredbe sa članom 286. stav 1. Zakonika u kojoj je, sasvim ispravno, propisano postupanje policije u tzv. predistražnom postupku koji obuhvata i slučajeve "Kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se godini po službenoj dužnosti, a učinilac krivičnog dela je nepoznat" i sl. ;

*Treće*, u stavu 1. člana 301. Zakonika propisano je „Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane.” U vezi sa ovako datim rešenjem postavljaju se tri pitanja. Prvo, da li se na ovaj način u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu uvodi ne tužilački model istrage, već paralelna istraga? Da li na ovakav jedan način položaj lica protiv kojeg se sprovodi istraga zavisi od njegovog materijalnog statusa, odnosno da li se na ovakav jedan način pravi razlika među licima protiv kojih se sprovodi istraga prema kriterijumu njihovog imovnog stanja? Zatim tu je i pitanje: Da li su dokazi koje prikupe osumnjičeni i njegov branilac u funkciji zadatka istrage iz stava 2. člana 295. Zakonika, a time i u skladu sa osnovnim razlogom prelaska sa sudskog na tužilački koncept istrage (njena efikasnost)? U tužilačkom konceptu istrage moraju da budu predviđeni mehanizami obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga na način koji će biti u skladu sa njenim zadatkom i njenom efikasnošću. Da li je to slučaj u konkretnom? Mišljenje autora rada je ne;

*Četvrto*, u tužilačkom konceptu istrage osnovna – glavna funkcija sudije za istragu (sudije za prethodni postupak) mora da bude odlučivanje o pitanjima vezanim za slobode i prava okrivljenog i drugih subjekata istrage. Preduzimanje pojedinih istražnih radnji od strane suda treba da bude samo izuzetna mogućnost, samo onda kada se opravdano pretpostavlja da se ta radnja neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili da bi njeno izvođenje bilo skopčano sa velikim teškoćama, a uz to neophodno ja da je ona bitna (neophodna) za pravilno rešenje konkretne krivične stvari shvaćene u smislu donošenja sudske odluke o istoj. Jednom rečju, radnje dokazivanja koje se preduzimaju od strane suda u ovom postupku ne bi smele da budu u funkciji ostvarivanja osnovnog zadatka istrage. Ne bi smele da budu u funkciji donošenja odluke javnog tužioca o podizanju optužnice ili obustavi postupka, što je slučaj u konkretnom;

*Peto*, jedna od neizostavnih osobenosti tužilačkog koncepta istrage treba da bude i takav položaj oštećenog koji će mu omogućiti

realizaciju njegovih osnovnih prava koja se javljaju kao posledica krivičnog dela povodom kojeg se vodi istraga. Iole ozbiljnija analiza relevantnih odredaba Zakonika po ovom pitanju pokazuje da ova osobenost tužilačkog koncepta istrage nije ispoštovana. Član 297. stav 3. Zakonika kao jedina odredba po ovom pitanju daleko je od željenog. On samo obavezuje javnog tužioca da obavesti oštećenog o pokretanju istrage i da mu da pouku o pravima koja mu pripadaju u smislu člana 50. stav 1. Zakonika i ništa više.

## **2.6. Širenje mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela kao reprezentativne forme pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima**

Ozakonjenje instituta sporazuma o priznanju krivice je jedna od važnijih osobenosti koje je doneo proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije. Reč je o institutu čija se suština ogleda u prethodnom pregovaranju o priznavanju krivičnog dela između tužioca i okrivljenog i njegovog branioca i naknadnom prihvatanju ili neprihvatanju od strane suda postignutog sporazuma između ovih subjekata. Polazeći od nespornog značaja instituta sporazuma kao instrumenta efikasnosti krivičnog postupka u Srbiji Zakonom o izmenama i dopunama ZKP iz 2009. god. dolazi do njegovog ozakonjenja kao jedne od dominantnih formi postupanja u krivičnim stvarima uopšte.<sup>26</sup>

Za relativno kratko vreme sporazum je pokazao svoju opunu opravdanost i stalno je prisutan trend širenja njegove primene<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> D. Nikolić, *Sporazum o priznanju krivice*, Beograd, 2009.

<sup>27</sup> Najbolji primer za ispravnost ovakve jedne konstatacije su zvanični podaci o primeni sporazuma u Republici Srbiji. Prema zvaničnim statističkim podacima, viša i osnovna javna tužilaštva, Tužilaštvo za organizovani kriminal i Tužilaštvo za ratne zločine tokom 2011. god. zaključila su sporazum o priznanju krivice sa ukupno 441 okrivljenim licem, što u odnosu na prethodni izveštajni period iznosi povećanje od 530%. Od ukupnog broja zaključenih sporazuma, sud je usvojio u prvostepenom postupku 364 sporazuma, što predstavlja povećanje od 420% u odnosu na prethodni izveštajni period. Na osnovu zaključenih sporazuma, na zatvorsku kaznu osuđeno je 191 lice, na novčanu 37 lica, na uslovnu osudu 144 lica, prema 71 licu je izrečena mera bezbednosti, a 29 lica je obavezano na ispunjenje obaveza i člana 236 st. 1. ZKP, dok je 11 lica obavezano na vraćanje imovinske koristi. Prema 21 licu donete su druge odgovarajuće odluke. Sud je rešenjem odbacio 2 zaključena sporazuma a u 14 slučajeva odlukom suda je odbijen zaključen sporazum. Na odluke suda izjavljeno je 7 žalbi, od kojih je odbijeno 5 žalbi, a ostale su nerešene 2 žalbe. Na kraju izveštajnog perioda, ostalo je nezavršenih postupaka prema 144 lica. Ako se ovi podaci uporede sa podacima za 2010. godinu, onda oni još više dobijaju na svom značaju (Cifirano : J.Kiurski, "Sporazum o priznanju krivice (krivičnog dela)", *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012., 166-180).

Posmatrano s aspekta ZKP RS iz 2011. god. više je novina u vezi sa sporazumom. Među njima su najznačajnije sledeće: *Prvo*, umesto normativno ograničene mogućnosti primene predviđena je mogućnost primene sporazuma kod svih, pa i najtežih krivičnih dela;<sup>28</sup> *Drugo*, odsustvo propisivanja minimuma krivične sankcije koja se može predložiti u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela. Umesto toga propisano je samo "da je kazna ili druga krivična sankcija, odnosno druga mera u pogledu koje su javni tužilac i okrivljeni zaključili sporazum predložena u skladu sa krivičnim ili drugim zakonom;" (čl.317 st.1 tač. 4). *Treće*, kada je reč o sankciji obavezan element sporazuma jeste i "sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije"; *Četvrto*, protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela postoji mogućnost ulaganja žalbe. Naime, shodno članu 319. stav 3. Zakonika protiv ove presude javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac mogu u roku od osam dana od dana dostavljanja presude izjaviti žalbu zbog postojanja razloga zbog kojih se postupak obustavlja po ispitivanju optužnice u smislu člana 338. stav 1.<sup>29</sup>, kao i u slučaju da se presuda ne odnosi na predmet sporazuma o priznanju krivičnog dela.

Ne upuštajući se u prikaz drugih odredaba Zakonika o sporazumu, čini se da se navedene, i ne samo navedene, odredbe kojima je normativno razrađen sporazum u ZKP RS iz 2011. god. ozbiljno mogu staviti pod znak pitanja. Odnosno, skoro da se može zaključiti da u njegovoj normativnoj razradi nisu, u potrebnoj meri, uzeti u obzir preovlađujući stavovi naše, i ne samo naše, stručne javnosti. Podsećanja radi treba i ovde istaći da su navedena pitanja ujedno i najaktuelnija pitanja u stručnoj javnosti kada je reč o sporazumu uopšte. Stav autora jeste puna kriminalno-politička opravdanost ozakonjenja mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim, opravdao se može staviti pod znak pitanja veći broj rešenja njegove normativne razrade u tekstu novog ZKP. Navodimo samo najdiskutabilnija: *Prvo*, iole ozbiljnija analiza radova posvećenih problematici sporazuma pokazuje da je, sasvim opravdano, preovlađujuće mišljenje, da sporazum treba da bude vid pojednostavljenog postupanja koji svoju primenu treba da nađe pre svega kod krivičnih dela koja pripadaju grupi tzv. lakšeg i srednjeg kriminaliteta. Uostalom, to je slučaj i sa drugim formama pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima. U savremenom

<sup>28</sup> Upor. čl. 282a predhodnog ZKP i čl. 313 st.1. novog ZKP RS

<sup>29</sup> Reč je o sledećim razlozima: da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti; da je krivično gonjenje zastarelo, ili da je obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem, ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje; da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio konkretno krivično delo.

krivičnom procesnom zakonodavstvu pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima namenjene su rešavanju lakših krivičnih dela, krivičnih dela koja imaju manji stepen društvene opasnosti što samo po sebi nameće i manje angažovanje materijalnih sredstava i vremena nego u slučajevima kada se radi o težim, a posebno najtežim krivičnim delima. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima treba da počivaju na načelu srazmernosti između procesne forme i predmeta suđenja, i to tako da u toj diferencijaciji osnovna prava procesnih subjekata predstavljaju graničnu liniju ispod koje se ne sme ići na uprošćavanje procesne forme. S obzirom na ovo, čini se da nije u skladu sa prirodom sporazuma dozvoljavanje mogućnosti njegove primene i za najteža krivična dela. Uz ovo, ovakvim jednim rešenjem stvara se, sasvim nepotrebno, i mogućnost sumnje u njegovu eventualnu zloupotrebu, o čemu se takođe mora voditi računa u njegovom normiranju. *Drugo*, rešenje po kojem nema izričitog propisivanja minimuma ispod kojeg ne može da se predloži krivična sankcija u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela takođe ozbiljno može da se dovede u pitanje. Pored iznesenih argumenata koji govore u prilog opravdanosti postavljanja i ovakvog jednog pitanja, treba uzeti u obzir i opštu svrhu izricanja krivične sankcije. Potpuno je nesporno da se ona postiže, pored ostalog, samo pod uslovom adekvatno izrečene krivične sankcije. Da li tako nešto garantuje rešenje po kojem i za teška krivična dela može da bude izrečena i blaga, zašto ne reći i najblaža, krivična sankcija što je moguće pretpostaviti a što bi bilo u skladu sa članom 321 stav 1 tačka 3. Zakonika? Stav je autora da komentar nije potreban. *Treće*, uz izneseno, mora se postaviti i pitanje adekvatnosti zaštite prava oštećenog lica u postupku pregovaranja o sporazumu o priznanju krivičnog dela. Iole detaljnija analiza položaja ovog subjekta u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela govori da je ovim zakonskim tekstom njegov položaj čak i pogoršan u odnosu na predhodni ZKP. Primera radi, navodimo samo dve činjenice. Prvo, o ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu o priznanju krivičnog dela oštećeni se čak i ne obaveštava. Drugo, oštećeni nije subjekat prava na izjavljivanje žalbe protiv odluke suda o sporazumu. Jednom rečju, Zakonik ne daje instrumente putem kojih oštećeno lice može uspešno da brani svoje interese u postupku sporazumevanja o priznanju krivičnog dela. *Četvrto*, obavezan element teksta sporazuma je, pored ostalog, i sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije (član 314 st.1 tač. 3). S obzirom na ovakvu formulaciju može se zaključiti da se stranke mogu sporazumeti samo o rasponu kazne u okviru zakonskog raspona kažnjavanja (npr. kazna od tri do pet godina zatvora), a da se sudu prepusti da u okviru ``dogovorenog raspona ``izrekne konkretnu meru kazne određene vrste. Ovakva jedna mogućnost pre svega nije u skladu sa odredbom čl. 317. po kojoj sud

presudom prihvata sporazum kada utvrdi da su ispunjeni određeni uslovi. S obzirom na ovo postavlja se pitanje : Kako sud može prihvatiti sporazum u kojem je u pogledu krivične sankcije dogovoren samo raspon kazne? Koja se kazna u takvim slučajevima izriče u osuđujućoj presudi ? Pored ovog, ako se prihvati (a to je moguće prema čl. 314 st.1 tač.3. novog ZKP) da sud u slučajevima kada je u sporazumu dogovoren samo raspon kazne može slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru ``dogovorenog raspona`` onda se mora postaviti pitanje: Kako sud može izreći bilo koju kaznu, tj. odrediti meru određene vrste kazne ako uopšte nije izvodio dokaze koji se tiču propisanih okolnosti kao parametara odmeravanja kazne? Umesto bilo kakvog komentara mišljenja autora jeste da je takva jedna mogućnost više nego nelogična. Ako se po ugledu na neka druga zakonska rešenja<sup>30</sup> želela predvideti mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne a da se sudu prepusti da, u slučaju prihvatanja sporazuma, u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se morala propisati i obaveza suda da izvede dokaze na osnovu kojih će utvrditi činjenice od kojih zavisi konkretna mera kazne. *Peto*, jedno od rešenja novog ZKP kada je reč o sporazumu o priznavanju krivičnog dela, koje se ozbiljno može staviti pod znak pitanja, jeste i rešenje po kojem je predviđena mogućnost ulaganja žalbe protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela od strane javnog tužioca, okrivljenog i njegovog branioca. Više je argumenata koji se mogu istaći protiv opravdanosti ovakvog jednog rešenja. Među njima poseban značaj imaju tri. Prvo, sporazum o priznavanju krivičnog dela treba da bude institut koji za rezultat svoje primene ima efikasniji krivični postupak. Da li se ovakvim jednim rešenjem to postiže? Sigurno ne. Nasuprot doprinosi se odugovlačenju postupka, i to bez ikakve potrebe. Drugo, razlozi za mogućnost ulaganja žalbe ne samo da nemaju svoje opravdanje, već mogu i da govore o neozbiljnoj pripremljenosti glavnih subjekata pregovaranja i odlučivanja o sporazumu pre svega na ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu, što ne bi smelo ni da se pretpostavi. Primera radi, u vezi sa ovim mora se postaviti pitanje: Da li je moguće da sud presudom prihvati sporazum a da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je učinjeno krivično delo, da delo nije krivično delo, da je nastupila zastarelost i sl.? Da li u takvom slučaju sud postupa suprotno čl. 324. Zakonika? Ili, da li se sme i zamisliti da tužilac sa okrivljenim ponudi tekst sporazuma a da ne zna da li se radi o krivičnom delu ili da je krivično gonjenje zastarelo, odnosno da postoje i neke druge okolnosti koje se javljaju kasnije kao mogući osnov ulaganja žalbe? Zatim, kako je moguće i zamisliti da neko od

<sup>30</sup> Slučaj pre svega sa SAD (V.:S. Brkić, "Dogovoreno priznanje (*plea bargaining*) u angloameričkom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XXXVII,1-2/2003; M.Damaška, "Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol.13, 1/ 2006 Zagreb.

subjekata prava ulaganja žalbe na okolnosti koje predstavljaju razloge mogućeg ulaganja žalbe ne zna na ročištu a zna u tako kratkom intervalu nakon završetka ročišta na kojem se odlučivalo o sporazumu? Pored ovih tu se mogu postaviti i druga pitanja ovakvog karaktera, ali odgovori su uvek isti i ukazuju na neopravanost ovakvog normiranja prava na ulaganje žalbe na presudu o prihvatanju sporazuma. Šesto, jedan od elemenata teksta sporazuma o priznanju krivičnog dela može da bude i izjava okrivljenog o prihvatanju ispunjenja obaveze pod kojom javni tužilac ima pravo, shodno načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, da odloži krivično gonjenje, pod uslovom da priroda obaveze omogućava da se započne sa njenim izvršenjem pre podnošenja sporazuma sudu. I u vezi sa ovim, inače načelno posmatrano sasvim opravdanim, elementom mora se postaviti pitanje: Koje su posledice neispunjenja preuzetih obaveza od strane okrivljenog? Ovako postavljeno pitanje rezultat je stava zakonodavca da je za prihvatanje teksta sporazuma od strane suda dovoljno da okrivljeni do podnošenja sporazuma o priznanju krivičnog dela započne sa ispunjavanjem obaveze - obaveza. Ako se ovome doda i činjenica da u sporazumu o priznanju krivičnog dela čiji je sastavni deo i ovaj element, ne mora da bude preciziran ni krajnji rok izvršenja preuzete obaveze - obaveza – što je inače obaveza u slučaju odlaganja krivičnog gonjenja kao ključnog vida načela oportuniteta, onda postavljeno pitanje još više dobija na svojoj aktuelnosti.

## 2.7. Više vidova ispitivanja svedoka na glavnom preteresu

Zakonik poznaje tri vida ispitivanja svedoka na glavnom preteresu (osnovno, unakrsno i dodatno). Osnovno je prvo ispitivanje koje obavlja stranka koja je svedoka predložila, odnosno koja ga je prva predložila, dok je unakrsno ispitivanje, ono koje dolazi posle osnovnog i koje preduzima suprotna stranka i ono je po logici stvari, usmereno na pobijanje onih elemenata iskaza dobijenog tokom osnovnog ispitivanja, koji su negativni po suprotnu stranku. Svaka stranka ima безусловno pravo na osnovno ispitivanje svedoka kojeg je ona predložila ili ga je prvo ona predložila (ukoliko istog svedoka predlažu obe stranke). Stranka takođe, ima безусловno pravo na unakrsno ispitivanje svedoka kojeg je pre toga, osnovno ispitala suprotna stranka. Kada je reč o *dodatnom* ispitivanju svedoka u pogledu njega ne postoji pravo stranke na njegovo preduzimanje, već je ono uslovljeno odobrenjem suda.

Kod završnih reči dve su novine vredne posebne napomene. Prvo, tužilac u svojoj završnoj reči predlaže vrstu i meru krivične sankcije.

Drugo, predsednik veća može, nakon izjašnjenja stranaka, odrediti trajanje završnih reči.

Kod zahteva za zaštitu zakonitosti prisutno je takođe nekoliko novina. Najznačajnija se odnosi na titulare ovog vanrednog pravnog leka, koje je nekada bio isključivo u nadležnosti Republičkog javnog tužioca, koji sada gubi to ``ekskluzivno`` svojstvo. Zahtev sada može podneti i odbrana, otkriveni ali samo ``preko branioca``.

### 3. Umesto zaključka

Iole ozbiljnija analiza desetogodišnjeg procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije pokazuje dve ključne stvari. Prvo, veoma česte, za zakone ovog karaktera neprikladne zakonodavne intervencije koje su za svoju posledicu imale donošenje tri Zakonika o krivičnom postupku sa većim brojem njihovih izmena i dopuna, nekada i po više puta godišnje. Osnovi razlog ovakve pojave autor rada vidi u ``lutanju`` zakonodavca na putu iznalaženja rešenja koja bi bila u funkciji proklamovanih ciljeva reforme, koji su, uzgred rečeno za pozdraviti. To je pre svega stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak uz vođenje računa da to nije na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnom zakonodavstvu zagwarantovanih sloboda i prava učesnika krivičnog postupka. Druga osobenost ovog procesa reforme tiče se sadržaja Zakonika o krivičnom postupka iz 2011. god. kao poslednjeg rezultata rada na dosadašnjem procesu reforme. Ocena kvaliteta njegovog sadržaja zavisi od načina posmatranja. Da li se on ceni sa aspekta načelno prisutnih osobenosti ili načina njihove konkretne normativne razrade. Ako se Zakonik ceni sa aspekta njegovih načelno posmatranih karakteristika onda se po stavu autora može zaključiti da je ne mali broj rešenja u skladu sa proklamovanim ciljevima reforme. Ovo se pre svega odnosi na promenu koncepta istrage i pojednostavljene forma postupanja u krivičnim stvarima. Međutim, sa druge strane ako se ovo ceni sa aspekta konkretne razrade najvećeg broja rešenja novog Zakonika onda je to više nego daleko od očekivanog. Ogroman je broj normi koji po stavu autora, i ne samo autora, čini opravdanom ovakvu jednu konstataciju. Na neke od njih ukazano je u radu. Obzirom na ovo po mišljenju autora donošenjem Zakonika iz 2011. godine nije završen proces reforme srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva. Nasuprot. Pre bi se moglo zaključiti da Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine predstavlja samo jedan neuspešan korak u dosadašnjem radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije.

**Prof. Stanko Bejatović, Ph.D**

Full Professor. Faculty of Law University of Kragujevac

President of Serbian Association for Criminal Law Theory and Practice

## **CPC SERBIAN THE 2011-END TO REFORMS OR JUST ONE UNSUCCESSFUL STEP PROCESS OF REFORM?**

### Summary

The subject of analysis in this paper are three sets of questions. The first is devoted to the analysis of the general characteristics of the process of reform of the criminal procedural legislation Serbian long over ten years. The second issue concerns the professional and critical analysis of each of a series of papers by the new CPC of RS 2011th year, as the last result of the reform of its criminal legislation. The third group is dedicated to the presentation of the author's reasons for concluding that the CPC of RS 2011th year. represents not, successful, end the reform (as deemed legislator) but only one failed step in the reform process.

**Keywords:** Criminal procedure legislation, Serbia, Reform, CPC, principles of criminal proceedings, the court, the prosecutor, the defendant, cross-examination



## ODREĐENJE POJMA NEIZVRŠENJA UGOVORA, S OSVRTOM NA NEIZVRŠENJE UGOVORA O PRODAJI ROBE

### *Apstrakt*

*Ugovor obavezuje one koji su ga zaključili i svako ponašanje dužnika suprotno dogovorenom može da predstavlja njegovo neizvršenje. Pravo, međutim, ne vezuje pravne posledice za svaku takvu situaciju, već samo kada se na osnovu predviđenih pravila utvrdi da je povreda ugovora koju je učinio dužnik pravno relevantna. U uporednom pravu se pitanje određenja pojma neizvršenja ugovora ne rešava na isti način, već se u tom pogledu mogu razlikovati dva koncepta. Prvi, unitarni koncept polazi od načelnog shvatanja da je svako nepoštovanje ugovora neizvršenje, pa se od tog pravila predviđaju odstupanja, dok drugi koncept pod neizvršenjem ugovora obuhvata samo ona ponašanja dužnika koja se uklapaju u neki od zakonom predviđenih oblika neizvršenja ugovora. Pored pomenutih, opštih pravila, sva prava predviđaju i posebna pravila koja važe za pojedine vrste ugovora, pa se i ona moraju uzeti u obzir kada se odlučuje da li je dužnik povredio ugovor u konkretnom slučaju. Taj pristup je primenjen i u ovom radu, u kome se analiziraju pomenuti koncepti u određenju opšteg pojma neizvršenja ugovora u uporednom pravu, sa osvrtom na specijalna pravila za neizvršenje ugovora o prodaji robe. U zaključku se ukazuje na prednosti i nedostatke analiziranih rešenja.*

**Ključne reči:** *ugovor, neizvršenje ugovora, unitarni koncept, koncept zasnovan na zakonom predviđenim oblicima neizvršenja ugovora.*

---

<sup>1</sup> Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: katarina.jovicic@pravnofakultet.rs

## 1. Uvod

Punovažno zaključeni ugovor, shodno načelu *pacta sunt servanda*<sup>2</sup>, obavezuje strane ugovornice da ispune ono što je njime predviđeno i, najšire posmatrano, svako odstupanje od toga bi se moglo smatrati neizvršenjem ugovora. Ipak, stvari se ne mogu tako pojednostaviti i mnogo je okolnosti koje treba razmotriti da bi se odlučilo da jedan ugovor nije izvršen u pravnom smislu te reči, odnosno da određeno ponašanje dužnika proizvodi predviđene pravne posledice. Tako, na primer, ako druga strana prihvati dužnikovo postupanje suprotno ugovorenom, onda to nije neizvršenje ugovora već sporazum o njegovoj izmeni. Ako, međutim, takvog sporazuma ili prihvatanja nema, onda bi se ugovor mogao smatrati neizvršenim, premda ni tada ne uvek s obzirom da različite ugovorne obaveze nemaju isti značaj pa manje važne povrede ugovora mogu ostati i bez posledica, dok neke druge mogu uzrokovati i njegov raskid. Moguće je, takođe, da dužnik ne izvršava ugovor zato što ga u tome ometa poverilac, ili okolnosti koje nije mogao predvideti niti je na njih mogao uticati niti sprečiti, pa i to treba imati u vidu kada se odlučuje da li u konkretnom slučaju postoji povreda ugovora koja proizvodi pravne posledice.

Različiti pravni sistemi, međutim, ne pristupaju na isti način kada određuju pojam neizvršenja ugovora. Ono što je svima zajedničko je da polaze od opštih pravila kada utvrđuju da li je dužnik povredio ugovor, a istovremeno predviđaju i specijalna pravila koja važe za pojedine ugovore. Shodno tome, svaki konkretni slučaj neizvršenja ugovora mora se razmatrati u kontekstu pomenutih opštih i specijalnih pravila, pa se i u radu primenjuje isti pristup: analiziraju se opšta pravila po kojima se određuje pojam neizvršenja ugovora u uporednom pravu, s osvrtom na specijalna pravila predviđena za ugovor o prodaji robe. Opređenje za ovaj ugovor opravdava činjenica da je to nesumnjivo najznačajniji ugovor privrednog prava, putem koga se odvija promet roba i čija se pravila često primenjuju na druge ugovore, ako za njih nije nešto posebno predviđeno.

---

<sup>2</sup> O korenima, nastanku i razvoju načela *pacta sunt servanda* videti više: H. Wehberg, "Pacta sunt servanda", *American Journal of International Law* Vol. 53, No. 4, 1959, 775-787.

## 2. Karakteristični koncepti određenja pojma neizvršenja ugovora u uporednom pravu

U uporednom pravu se, kao što je već pomenuto, opšti pojam neizvršenja ugovora ne određuje na jedinstven način i u odnosu na to pitanje se, u načelu, mogu razlikovati dva pristupa, ili dva koncepta: 1. sveobuhvatni, odnosno unitarni koncept i 2. koncept zasnovan na zakonom predviđenim oblicima neizvršenja ugovora.

### 2.1. Sveobuhvatni (unitarni) koncept neizvršenja ugovora

Polazna osnova ovog koncepta je načelno shvatanje da se svako nepoštovanje ugovora smatra neizvršenjem. Kod ugovora o prodaji robe to može biti neispunjenje bilo koje ugovorne obaveze, kako na strani prodavca, tako i na strani kupca, bez obzira na razlog koji je do toga doveo i nezavisno od činjenice da li dužnik nije izvršio ugovor, ili ga je izvršio na način koji ne odgovara onome što je predviđeno. To, takođe, može biti i kašnjenje sa izvršenjem ugovorene obaveze, njeno delimično ispunjenje ili svako drugo odstupanje od dogovorenog, uključujući i neispunjenje obaveze saradnje ako druga strana ugovornica zbog toga izgubi interes za izvršenjem ugovora jer se efekat koji je od njega očekivala više ne može ostvariti<sup>3</sup>.

Unitarni koncept blizak je shvatanju o objektivnoj ugovornoj odgovornosti<sup>4</sup> i razvio se u anglosaksonskim pravima, kod kojih je stroga ugovorna odgovornost dugo vremena bila apsolutno, a danas dominantno pravilo. Ipak, pravni sistemi koji ga danas prihvataju nisu ograničeni samo na one koji pripadaju pravima *common law* sistema, već mu se približava i značajan broj nacionalnih prava zemalja kontinentalnog pravnog kruga što je, u najvećoj meri, posledica uticaja Bečke konvencije<sup>5</sup>, UNIDROIT

---

<sup>3</sup> Kod ugovora o prodaji robe, konkretno, neizvršenje se mora posmatrati ne samo u kontekstu onoga što je izričito predviđeno ugovorom, već i s obzirom na obaveze koje proizlaze iz običaja, odredbi nacionalnih propisa kao i međunarodnih ugovora koje, prema merodavnom pravu, uređuju odnos u pitanju.

<sup>4</sup> Objektivna ugovorna odgovornost polazi od toga da je dužnik odgovoran za neizvršenje ugovora bez obzira da li mu se takvo ponašanje može pripisati u krivicu, pa se on ne može osloboditi ugovorne odgovornosti dokazujući da nije kriv za neispunjenje.

<sup>5</sup> Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*UN Convention on Contracts for the Internationale Sale of Goods*), *Sl. list SFRJ-Međunarodni ugovori*, br. 10-1/84. Konvencija je usvojena u Beču 1980. godine i poznata je pod nazivom Bečka konvencija.

Načela<sup>6</sup> kao i Načela evropskog ugovornog prava<sup>7</sup>, koja se takođe za njega opredeljuju.

Prava koja prihvataju ovaj koncept ne primenjuju ga, po pravilu, apsolutno jer se odavno uvidelo da postoje situacije neizvršenja ugovora u kojima ne bi bilo pravedno dužnika za to smatrati odgovornim. Među njima, većina ograničava pojam neizvršenja ugovora tako što ga vezuje za ugovornu odgovornost dužnika<sup>8</sup>, ali neka prava, pre svih pomenuti međunarodni izvori prava koji posebno uređuju ugovor o (međunarodnoj) prodaji robe, koriste drugu tehniku da ograniče dužnikovu odgovornost. Ona, naime, primenjuju unitarni koncept bez izuzetaka kada određuju da li je dužnik povredio ugovor, ali to ne znači da on uvek i bez obzira na sve snosi i pravne posledice zbog toga; ograničenja dužnikove odgovornosti su postavljena u okviru odredbi o poveriočevim pravnim sredstvima.

U nastavku izlaganja će oba ova shvatanja biti detaljnije razmotrena da bi se prikazalo kako ona funkcionišu u praksi.

### **2.1.1. Sistem vezivanja pojma neizvršenja ugovora za ugovornu odgovornost**

Tipični predstavnik ove grupe je englesko pravo, po kome se neizvršenjem ugovora smatraju samo ona ponašanja dužnika koja odstupaju od ugovorenog i koja poveriocu daju pravo da od njega zahteva naknadu štete<sup>9</sup>. Da bi poverilac stekao to pravo, neophodno je da ne postoje opravdani razlozi zbog kojih konkretna ugovorna obaveza

<sup>6</sup> UNIDROIT Načela za ugovora u međunarodnoj trgovini (*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), usvojena su 1994. godine pod okriljem UNIDROIT-a, a revidirana su 2004. godine.

<sup>7</sup> Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*), rezultat su projekta na kome je, preko dve decenije, radila Komisija za evropsko ugovorno pravo kroz tri etape: I deo je okončan 1995. godine, II deo 1997. godine i III deo 2003. godine

<sup>8</sup> Ugovorna odgovornost je odgovornost dužnika za naknadu štete poveriocu zbog povrede ugovora. Ona je uža od pojma odgovornosti za povredu ugovora utoliko što kada dužnik uspe da se oslobodi od ugovorne odgovornosti, tada se on oslobađa samo od obaveze da poveriocu nadoknadi štetu, a ne uvek i od svake druge obaveze prema poveriocu. Drugim rečima, u situaciji kada je dužnik oslobođen od ugovorne odgovornosti poverilac prema njemu gubi pravo da zahteva naknadu štete, dok on može zadržati pravo na ostala pravna sredstva ako i ona nisu isključena po drugim osnovima. O ovome videti više: K. Jovičić, "Odnos zahteva za naknadu štete zbog povrede ugovora o prodaji robe sa drugim pravnim sredstvima poverioca", *Strani pravni život* br. 1/2013, Institut za uporedno pravo, Beograd 2013., 79-95.

<sup>9</sup> Poverilac stiče pravo na zahtev za naknadu štete samo pod uslovom da dužnik nije uspeo da se oslobodi ugovorne odgovornosti.

nije mogla biti izvršena<sup>10</sup>. Slično rešenje zastupljeno je i u drugim anglosaksonskim pravima, a primetno je da se ovom shvatanju približava i sve više kontinentalnih prava, uprkos fundamentalnim razlikama u shvatanju ugovorne odgovornosti<sup>11</sup> i, shodno tome, razlikama u konceptu određenja pojma neizvršenja ugovora.

Značajan broj nacionalnih pravnih sistema kontinentalnog pravnog kruga se, naime, opredeljuje za subjektivnu ugovornu odgovornost i tom gledištu bliži koncept određenja pojma neizvršenja ugovora, koji polazi od oblika neizvršenja predviđenih zakonom. Međutim, kako nije moguće unapred odrediti sve moguće povrede ugovora, to dosledna primena ovog koncepta vodi tome da brojni slučajevi neizvršenja ugovora ostanu nesankcionisani samo zato što nisu predviđeni zakonom<sup>12</sup>. Ovaj nedostatak se može prevazići jedino ako se u zakonski tekst uvrsti opšte pravilo, koje omogućava da se i takva ponašanja dužnika sankcionišu kada za tim postoji opravdana potreba. Tako se proširuje pojam neizvršenja ugovora, čime se ovaj koncept značajno približava unitarnom konceptu u određenju pojma neizvršenja ugovora. To rešenje nalazimo, na primer, u novom nemačkom pravu<sup>13</sup>, holandskom pravu, francuskom pravu,

---

<sup>10</sup> Ovde, međutim, treba imati u vidu da je odgovornost za neizvršenje ugovora u engleskom pravu vrlo stroga, te da su u praksi retki slučajevi kada se prihvata da postoje opravdani, izvinjavajući razlozi za neizvršenje obaveze zbog kojih se dužnik oslobađa ugovorne odgovornosti. Pored toga, u engleskom pravu, ali i drugim pravima *common law* sistema, nije neobično da strana bude oslobođena od obaveze da ispuni konkretnu ugovornu obavezu, dok ugovor u ostalom delu ostaje na snazi pa je moguće da poverilac u odnosu na deo ugovornih obaveza zadržava sva prava koja inače ima po osnovu zaključenog ugovora. (*H & R Sainsbury Ltd. v. Street* [1972] 1 W.L.R. 834 (Q.B.)), navedeno prema M. Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford 1998., 136.

<sup>11</sup> Veći broj kontinentalnih prava, u skladu sa tradicijom rimskog prava na kojoj počivaju, prihvata subjektivnu ugovornu odgovornost, tj. shvatanje po kome je dužnik odgovoran za naknadu štete ako je kriv za neizvršenje ugovora.

<sup>12</sup> O ovome videti više u okviru podnaslova posvećenog Konceptu neizvršenja ugovora koji polazi od zakonom predviđenih oblika neizvršenja, u ovom radu.

<sup>13</sup> Novo nemačko pravo odnosi se na period nakon 2002. godine, kada je izvršena reforma nemačkog ugovornog prava.

italijanskom pravu, itd.<sup>14</sup>

### 2.1.2. Sistem razdvajanja pojma neizvršenja ugovora od ugovorne odgovornosti

Neka prava razdvajaju pitanje određenja pojma neizvršenja ugovora i ugovornu odgovornost i svako nepoštovanje ugovora smatraju njegovim neizvršenjem. Ipak, ni u ovim pravnim sistemima sve povrede ugovora ne proizvode uvek pravne posledice, ali je tehnika kojom se to postiže drugačija. Ovde se, naime, pažnja ne usmerava toliko na sam pojam neizvršenja ugovora, već više na pravna sredstva, pa se u okviru odredbi kojima se uređuju pravna sredstva poverioca postavljaju i uslovi pod kojima ih on stiče ili pod kojima ih može koristiti. Ovo gledište se za sada ređe sreće u nacionalnim pravima<sup>15</sup>, ali je karakteristično za Bečku konvenciju, UNIDROIT Načela kao i za Načela evropskog ugovornog prava.

Bečka konvencija, naime, pitanje neizvršenja ugovora reguliše odvojenim pravilima za kupca i za prodavca, pa kada je o kupčevim

<sup>14</sup> U nemačkom pravu neizvršenje ugovora („*Pflichtverletzung*“) obuhvata svaki oblik neispunjenja ugovora, bez obzira da li je u pitanju kašnjenje sa izvršenjem obaveze, manljivo ispunjenje ili neizvršenje uzrokovano nemogućnošću ispunjenja obaveze. Ipak, dužnik ne odgovara za naknadu štete ako je njegova ugovorna odgovornost isključena (§280(1) BGB). U holandskom pravu, na primer, za neizvršenje ugovora upotrebljava se termin „*tekortkoming*“, a članom 6:74(1) i 6:75(3) BW je predviđeno da je dužnik u obavezi da poveriocu nadoknadi štetu u slučaju bilo kakvog nedostatka u ispunjenju ugovorne obaveze, osim ako je izvršenje ugovora objektivno nemoguće i ako se ta nemogućnost ne može dužniku pripisati u krivicu, odnosno, da nije reč o događaju za čije nastupanje je predviđeno da dužnik snosi rizik. U francuskom pravu se neizvršenje ugovora označava izrazom *l'inexécution contractuelle* i na opšti način se uređuje članovima 1147. i 1184. CC. Francuski sudovi se često pozivaju na opšte odredbe o odgovornosti dužnika uređene članom 1147. CC, po kome je dužnik obavezan da nadoknadi štetu uvek kada ne uspe da dokaže da je do neizvršenja došlo usled spoljnih okolnosti koje mu se ne mogu pripisati u krivicu, ako se specijalne odredbe zakonika u datom slučaju smatraju neadekvatnim i treba ih zaobići. Ipak, neizvršenje ugovora ni ovde ne obuhvata slučajeve kada je neispunjenje posledica delovanja više sile. Unitarni koncept neizvršenja ugovora u italijanskom pravu nije posebno naglašen, ali se može izvući iz člana 1218 Građanskog zakonika, koji predviđa da je dužnik odgovoran za neizvršenje ugovora osim ako dokaže da je do neizvršenja došlo iz razloga koji mu se ne mogu pripisati u krivicu. (O unitarnom konceptu neizvršenja ugovora u italijanskom pravu videti detaljnije kod: L. Antonioli, A. Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, Kluwer Law International 2005., 361). U švajcarskom pravu članom 97 stav 1 Obligationnog zakonika je predviđeno opšte pravilo po kome je dužnik u obavezi da nadoknadi štetu zbog neizvršenja obaveze ili delimičnog neizvršenja, osim ako ne dokaže da mu se ne može pripisati nikakva krivica za to. I u našem pravu postoji opšta odredba po kojoj: „Kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled toga pretpeo“ (član 262. stav 2. ZOO). Ipak, dužnik se oslobađa od odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći (član 263 ZOO).

<sup>15</sup> Najbliža ovom shvatanju su skandinavska prava, na primer finsko i norveško pravo (navedeno prema O. Lando, i H. Beale, *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International 2000., 361).

pravima reč tada ona predviđa opšte pravilo sledeće sadržine: „Ako prodavac ne izvrši bilo koju svoju obavezu koju ima na osnovu ugovora ili ove konvencije, kupac može: a) koristiti se pravima predviđenim u čl. 46-52; b) zahtevati naknadu štete predviđenu u čl. 74-77“<sup>16</sup>. U određenju pojma neizvršenja ugovora Konvencija ne pravi razliku između bitnih i sporednih ugovornih odredbi, niti između toga da li je prekršena odredba bila predviđena samim ugovorom, ili je reč o pravilu koje proizilazi iz običaja ili na osnovu same Konvencije. Činjenica jeste da se, pod određenim okolnostima, neke povrede ugovora smatraju bitnim (*fundamental*)<sup>17</sup>, ali to nije od značaja za određenje pojma neizvršenja ugovora, već samo za odluku o pravnim sredstvima koja poveriocu stoje na raspolaganju<sup>18</sup>.

Sledeći isti princip i Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da izraz „neispunjenje“ označava svako neispunjenje ugovornih obaveza, bez obzira da li je opravdano ili ne. Neispunjenje obuhvata, takođe, „zadocnelo ispunjenje, delimično ispunjenje i propuštanje jedne strane da sarađuje kako bi se ostvarilo puno dejstvo ugovora“<sup>19</sup>. I UNIDROIT Načela predviđaju da se pod neizvršenjem smatra „...neispunjenje bilo koje obaveze po zaključenom ugovoru, uključujući delimično izvršenje ili zadocnelo izvršenje“<sup>20</sup>. Tako određen pojam neizvršenja ugovora obuhvata različite oblike njegovog nepoštovanja, počev od delimičnog ili neurednog ispunjenja ugovora pa zaključno sa njegovim potpunim neispunjenjem.

U Bečkoj konvenciji, kao i u oba seta načela, ugovorna odgovornost dužnika ne utiče na određenje pojma neizvršenja ugovora, već samo na pravna sredstva koja poveriocu stoje na raspolaganju u konkretnom slučaju. Činjenica da je dužnik oslobođen od ugovorne odgovornosti utiče na prava poverioca tako što onemogućava njegov zahtev za naknadu štete

<sup>16</sup> Član 45 stav 1 Konvencije. Kada je o pravima prodavca u slučaju neizvršenja obaveza kupca reč isti princip sadržan je u članu 61 stav 1 Konvencije.

<sup>17</sup> Prema članu 25 Konvencije „Povreda ugovora koju čini jedna strana smatraće se bitnom ukoliko se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima“. Videti: J. Perović, *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd 2004., 122-125.

<sup>18</sup> Kada postoje okolnosti koje oslobađaju prodavca od ugovorne odgovornosti na osnovu člana 79 stav 5 Konvencije, tada kupac gubi pravo da zahteva naknadu štete. Činjenica da je kupac oslobođen od odgovornosti za ispunjenje neke od njegovih obaveza na isti način utiče na pravo prodavca na upotrebu pravnih sredstava.

<sup>19</sup> Član 1:301(4). O unitarnom konceptu neizvršenja ugovora u Načelima evropskog ugovornog prava videti: O. Lando, H. Beale, 361.

<sup>20</sup> Član 7.1.1. UNIDROIT Načela.

i eventualno zahtev za prinudno izvršenje ugovora, dok mu druga pravna sredstva, po pravilu, i dalje stoje na raspolaganju.

## **2.2. Koncept neizvršenja ugovora zasnovan na zakonom predviđenim oblicima neizvršenja**

Ovaj koncept postavlja dva kriterijuma na osnovu kojih se pravi razlika između pravno relevantnih i ostalih povreda ugovora: prvo, da ne postoje okolnosti koje isključuju dužnikovu ugovornu odgovornost, i drugo, da se dužnikovo ponašanje podvede pod neki od zakonom predviđenih oblika neizvršenja ugovora. Shodno navedenom, pod ovim konceptom ugovor se smatra neizvršenim samo kada se ponašanje dužnika, koje je suprotno onome što je dogovoreno, uklopi u neki od zakonom predviđenih oblika neizvršenja ugovora i pod uslovom da dužnik nije oslobođen od ugovorne odgovornosti.

Ovakav način određenja pojma neizvršenja ugovora karakterističan je za kontinentalne pravne sisteme, pre svih za građanske kodifikacije XIX veka, kao i zakone koji su usvojeni pod njihovim uticajem. Ipak, ako se dosledno primenjuje, onda ovo shvatanje pokazuje značajna ograničenja u primeni, što najbolje ilustruje primer nemačkog prava koje se primenjivalo do 2002. godine, tipičnog predstavnika ove grupe prava.

U nemačkom pravu se, naime, pravila razlika između opštih i posebnih oblika neizvršenja ugovora, prema tome da li su određena ponašanja dužnika primenjiva na sve ugovore, ili su karakteristična za pojedine ugovore. Ovo je razlikovanje u skladu sa tradicijom rimskog prava<sup>21</sup>, u kome su kao opšti oblici neizvršenja ugovora bili nemogućnost ispunjenja i docnja sa izvršenjem, dok su za pojedine ugovore bili predviđeni i drugi, za te ugovore specifični oblici neizvršenja. Nemačko pravo je pošlo od istog pravila pa je pored docnje i nemogućnosti ispunjenja ugovora, za ugovor o prodaji posebno predviđalo odgovornost prodavca za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja, koja proizlazi iz njegove specifične obaveze da preda stvar kupcu i na njega prenese svojinu. Na osnovu garantije za materijalna svojstva, odgovornost prodavca za isporuku robe sa nedostacima bila je uređena posebnim, strožijim

---

<sup>21</sup> V. R. Zimmermann., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford 1996., 806-823.

pravilima<sup>22</sup>, a za taj oblik neizvršenja ugovora predviđeno je i posebno pravno sredstvo kupca u vidu zahteva za sniženje cene<sup>23</sup>. Prodavčeva odgovornost za pravna svojstva stvari, po pravilu, podrazumeva poseban postupak u slučaju uznemiravanja kupca od strane trećeg lica, koje tvrdi da polaže neko pravo na stvar<sup>24</sup>.

Specifičnost nemačkog prava bila je u tome što je ono dosledno primenjivalo ovo pravilo, a da istovremeno nije imalo i opštu odredbu koja bi se mogla primeniti na slučajeve neizvršenja ugovora koji se ne uklapaju u ona ponašanja dužnika koja su bila predviđena zakonom. Nemački sudovi su se, zbog toga, vrlo brzo nakon usvajanja Građanskog zakonika suočili sa problemom pravnih praznina, jer navedeni oblici neizvršenja ugovora nisu bili dovoljni da obuhvate brojne slučajeve njegovog neispunjenja, koji su morali biti rešeni<sup>25</sup>. Kod ugovora o prodaji, problem se najčešće javljao kada dužnik ne posveti potrebnu pažnju izvršenju ugovora<sup>26</sup>, kao i kada unapred izjavi da ugovor neće

---

<sup>22</sup> Prodavac se nije mogao osloboditi od odgovornosti za isporuku robe sa nedostacima uprkos postojanju okolnosti koje bi, u drugim slučajevima, do toga mogle dovesti (ovo pitanje uređivao je §459 ranijeg BGB), dok je njegova odgovornost po osnovu garantije za svojstva robe kod ugovora o prodaji koji imaju za predmet generične stvari bila određena objektivno (§279 ranijeg BGB, koji je brisan iz teksta novog BGB).

<sup>23</sup> Ovakvo rešenje zasniiva se na shvatanju rimskog prava po kome je kupac, za slučaj isporuke robe sa materijalnim nedostacima, mogao da bira između smanjenja cene (*actio quanti minoris*), ili raskida ugovora (*actio redhibitoria*). Smisao tužbe kojom se tražilo smanjenje cene je da se, uprkos nedostacima na robu, ugovor održi na snazi ali da se kupcu omogući da zadrži takvu robu po nižoj ceni. Slično rešenje sadrži i naše pravo, po kome kupac može da traži sniženje cene ili raskid ugovora zbog isporuke robe sa nedostacima (član 488 Zakona o obligacionim odnosima). I u švajcarskom pravu se isporuka manljive robe posebno reguliše predviđanjem prava kupca da zahteva sniženje cene ili raskid ugovora (član 205 švajcarskog Obligationnog zakonika), a tako je i u drugim pravima kontinentalnih pravnih sistema kojima je blizak ovaj koncept neizvršenja ugovora. Videti više: K. Jovičić, "Zahtev za sniženje cene kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe", *Pravni život* br. 11/2012, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 2012., 353-368.

<sup>24</sup> Obaveza garantije za pravna svojstva stvari je poznata i kao obaveza zaštite od evikcije i ona se ređe javlja u privrednopravnom nego u građanskopravnom prometu, zato što kupac u privrednopravnom prometu, po pravilu, pribavlja stvar od trgovca, kome je profesija da prodaje te stvari, odnosno, robu te on ne mora biti i vlasnik stvari da bi na kupca preneo pravo svojine (ako su za to ispunjeni predviđeni uslovi).

<sup>25</sup> U tom smislu posebno su bile problematične situacije kada dužnik povredi ugovornu obavezu da pažljivo pristupi izvršenju ugovora, kada suprotna strana ne saraduje prilikom izvršenja ugovora, a ugovor ne sadrži odredbe o pravnom sredstvu kojim bi poverilac u tom slučaju raspolagao. V. J. Smits, J., "Contract Law in the European Union: Convergence of not?", *Sammelband 4. Europäischer Juristentag*, Wien (Manz) 2008., 52-53.

<sup>26</sup> Na primer, kupac ne pruži prodavcu potrebne informacije u vezi sa robom na koju se ugovor odnosi; prodavac isporuči robna dokumenta sa nedostacima; prodavac ne upakuje robu na odgovarajući način, i dr.

ispuniti<sup>27</sup>. Da bi prevazišli taj problem sudovi su, podržani pravnom doktrinom, vremenom razvili posebno pravilo koje je poznato kao „Teorija o pozitivnom osujećenju ugovora“ (*positive Vertragverletzung*)<sup>28</sup>, prema kome su, pod uslovom da dužnik nije oslobođen od ugovorne odgovornosti, određivali pravne posledice analognom primenom pravila za kašnjenje sa izvršenjem ugovora, odnosno, za nemogućnost njegovog ispunjenja. Poveriocu bi, u tom slučaju, po pravilu, stajali na rasplaganju zahtev za naknadu štete i zahtev za raskid ugovora<sup>29</sup>.

Doktrina o pozitivnom osujećenju ugovora ostala je karakteristična za nemačko pravo, s obzirom da druga prava slične orijentacije nisu bila u tolikoj meri suočena sa navedenim problemima zahvaljujući tome što su predviđala opštu odredbu kojom su obavezala dužnika da poveriocu nadoknadi štetu zbog neispunjenja ili neurednog izvršenja ugovora ako ne postoje okolnosti koje ga oslobađaju od ugovorne odgovornosti<sup>30</sup>.

### 3. Rešenje Zakona o obligacionim odnosima

Naš Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)<sup>31</sup> reguliše pitanje neizvršenja ugovora u nekoliko članova. Tako, u članu 262 stav 2 predviđa: „Kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim

<sup>27</sup> U pitanju su slučajevi kada dužnik unapred, pre nego dospe njegova ugovorna obaveza, izjavi da neće ispuniti ugovor, na primer, kada prodavac odbije da isporuči robu tražeći višu cenu ili kada ne vrši isporuku zato što traži da se promeni mesto isporuke i sl. Ovde je, u suštini, reč o anticipatornoj povredi ugovora, koja je više poznata u anglosaksonskim pravima, o čemu će posebno biti reči u nastavku rada u delu posvećenom tom obliku neizvršenja ugovora.

<sup>28</sup> O teoriji pozitivnog osujećenja ugovora videti detaljnije: H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 1904, 2nd edn. 1913; G. Köpke, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, 1965.; P. Schlechtriem, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 2nd edn, 1994., poglavlje 7; H. Stoll, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, *Festschrift für Fritz von Hippel*, 1967., 517, navedeno prema B. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Clarendon Press, Oxford 1997., 418. Takođe, o ovom pitanju v. M. Reimann, J. Zekoll, *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 2005., 191-193; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, New York 1998., 494-496; G- Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford 1989., 130.

<sup>29</sup> Uslov da bi se primenila navedena doktrina je da je dužnik povredio ugovornu obavezu, ali se ta povreda ne može podvesti pod nemogućnost, odnosno kašnjenje sa izvršenjem, niti pod specijalni oblik neizvršenja za ugovor u pitanju. O ovome videti detaljnije kod Markesinis, B., Lorenz, W., Dannemann, G., 425-426.

<sup>30</sup> *Supranote 13.*

<sup>31</sup> Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, Službeni list SRJ, br. 31/93, Službeni list SCG, br. 1/2003.

ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled toga pretrpeo<sup>32</sup>. Stavom 4 istog člana je opštim pravilom propisano da dužnik odgovara za nemogućnost ispunjenja<sup>32</sup>, dok je članom 263 ZOO, koji reguliše pitanje oslobađanja dužnika od odgovornosti za naknadu štete zbog nastupanja nemogućnosti izvršenja ugovora, predviđen izuzetak od njegove promene<sup>33</sup>. Na osnovu navedenih pravila se zaključuje da opšti pojam neizvršenja ugovora u našem pravu obuhvata docnju sa izvršenjem ugovora kao i nemogućnost njegovog ispunjenja, pod uslovom da dužnik nije oslobođen od ugovorne odgovornosti.

Članom 121 Zakona je, dalje, predviđeno da kod ugovora sa naknadom svaka strana ugovornica odgovara za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja<sup>34</sup>. Razrada ovog pravila vrši se preko specijalnih odredbi kojima se uređuje pitanje odgovornosti prodavca za materijalne i pravne nedostatke stvari<sup>35</sup>, što se detaljno reguliše članovima 478-500 i 508-515 Zakona o obligacionim odnosima.

Na osnovu navedenog proizilazi da je u našem pravu prihvaćen koncept koji preovlađuje i u većini kontinentalnih prava, koji pojam neizvršenja ugovora vezuje za opšte i posebne oblike neizvršenja ugovora predviđene zakonom o obligacijama. Naš ZOO nema pravnu prazninu koja ostavlja pravno nepokrivenim određene povrede ugovora jer citirano, opšte pravilo člana 121 Zakona je dovoljno da predupredi takve probleme u njegovoj praktičnoj primeni.

#### 4. Zaključak

Upoređivanje analiziranih koncepata u određenju pojma neizvršenja ugovora u uporednom pravu pokazuje da svaki od njih ima određene prednosti i nedostatke. Tako, pozitivna strana sveobuhvatnog ili unitarnog pristupa se ogleda u njegovoj fleksibilnosti, odnosno prilagodljivosti jer je pogodan za primenu u najrazličitijim situacijama.

<sup>32</sup> Stav 4 člana 262 predviđa odgovornost dužnika za štetu u slučaju skrivljenog zapadanja u docnju sa izvršenjem ugovora, dok je stavom 5 istog člana dužnik oslobođen od te obaveze u slučaju slučajne propasti predmeta ugovora.

<sup>33</sup> Pravilo člana 263 glasi: „Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći“.

<sup>34</sup> St. 1. i 2. čl. 121. ZOO.

<sup>35</sup> St. 3. čl. 121. ZOO.

Prava u kojima je zastupljen, obično, rešavaju potrebu da se napravi razlika između različitih povreda ugovora tako što ugovorne obaveze stepenuju po značaju i u zavisnosti od toga se određuje da li je ugovor izvršen ili ne, kao i pravne posledice ako se smatra da nije izvršen. Sistem pravnih sredstava je u ovim pravnim sistemima, po pravilu, jednostavan u tom smislu što je zahtev za naknadu štete osnovno, takoreći redovno pravno sredstvo koje poveriocu stoji na raspolaganju, dok se ugovor može raskinuti izuzetno i to samo za najteže povrede ugovora.

U pravima druge grupe, međutim, pitanje da li je ugovor povređen ili ne se rešava prema tome da li se dužnikovo ponašanje uklapa u neki od zakonom predviđenih oblika neizvršenja ugovora, pa se u zavisnosti od toga određuje na koja pravna sredstva poverilac ima pravo u konkretnom slučaju. Ovakav sistem kategorizacije povreda ugovora deli pojam neizvršenja ugovora na manje ili više odvojene institute i u primeni se pokazao prilično komplikovanim, jer je zahtev za razgraničenjem između različitih oblika neizvršenja ugovornih obaveza, ponekad, veoma teško ispuniti. Sem toga, ovaj koncept ne pruža adekvatno rešenje za sve situacije do kojih može doći u praksi, zbog čega je neophodno u zakonski tekst uvrstiti i opšte pravilo koje će omogućiti da se sankcionišu i povrede ugovora koje su ostale van predviđenih zakonskih kategorija, a koje bi bilo nepravedno ostaviti bez sankcije.

Pristup koji o ovom pitanju nalazimo u Bečkoj konvenciji, a koji slede i oba seta načela za ugovore je, s obzirom na načelno pravilo od koga polazi, svrstan u prvu grupu, iako se ne bi pogrešilo ni ako bi se izložio kao poseban s obzirom da ima dovoljno karakteristika da bude tako kvalifikovan. Konvencija, naime, polazi od unitarnog koncepta predviđajući da je svako odstupanje od ugovora neizvršenje, ali u odredbama posvećenim pravnim sredstvima predviđa uslove pod kojima poverilac na njih stiče pravo, odnosno pod kojima ih može koristiti. Pritom, za razliku od prava koja su tipični predstavnici unitarnog koncepta i koja se, kada je o pravnim sredstvima reč, zadržavaju na zahtevu za naknadu štete kao redovnom pravnom sredstvu poverioca a raskid ugovora dopuštaju izuzetno, Konvencija ima složeniji sistem pravnih sredstava, što je karakteristika prava drugog koncepta. Na osnovu toga se zaključuje da Konvencija počiva na kompromisu između pomenuta dva koncepta, od kojih je uzela najbolja rešenja i uspešno ih uklopila. To potvrđuje i činjenica da su njeno rešenje prihvatila oba seta načela za ugovore, kao i činjenica da se sve veći broj nacionalnih propisa menja u tom pravcu.

Ipak, ovaj kompromis zahteva i odgovarajuću tehniku izrade propisa, odnosno posebno, sistematsko uređenje pitanja pravnih sredstava poverioca u slučaju kada dužnik povredi ugovor. To, međutim, nije svojstveno kontinentalnim zakonima o obligacijama u kojima se pravna sredstva primarno razmatraju u kontekstu različitih izvora obligacija, a ne kao posebno pitanje. Odredbe o pravnim sredstvima su, zbog toga, u tim zakonima rasute po celom tekstu što stvara utisak neharmoničnosti. Sistematsko uređenje pravnih sredstava bi ovaj nedostatak moglo da otkloni, a da je to moguće potvrđuje primer oba seta načela za ugovore. Koncept izrade ovih načela, naime, odgovara onome što je uobičajeno za kontinentalne zakone o obligacijama, ali su odredbe o pravnim sredstvima, slično tehnici koju srećemo u propisima anglosaksonskih zemalja, sistematizovane odvojeno u posebnom delu, što ne samo da doprinosi lakšem snalaženju po tekstu propisa, već olakšava i njegovu primenu.

**Katarina Jovičić, PhD**

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

**DEFINING THE TERM OF NONPERFORMANCE  
OF A CONTRACT, WITH REFERENCE TO  
NONPERFORMANCE OF THE CONTRACT OF SALE OF  
GOODS**

Summary

The contract obliges those who have concluded it and any failure of debtor to fulfill it may be qualified as nonperformance of the contract. However, law does not prescribe legal consequences for any such behavior and legal systems do not have the same approach when determining whether debtor performed the contract or not. In general, two

concepts can be differentiated about that matter. First, a unitary concept, which starts from the principle that any failure to perform the contract is nonperformance, except in predicted situations, while second concept insists that term non performance of contract covers only behaviors that fit to one of the legaly prescribed forms of violation of a contract. In addition to these, general rules, every legal system also provide for special rules which are applicable to certain types of contracts. That means that both kind of rules should be taken into account while deciding whether the debtor has violated the contract, or not. The same approach is applied in this paper, where author analyzes two above mentioned concepts in determining the general term of nonperformance of the contract, with reference to the special rules of the contract of sale of goods. In conclusion, the advantages and disadvantages of the analyzed solutions are pointed out.

**Key words:** contract, nonperformance of a contract, unitary concept, concept based on the legaly prescribed forms of violation of a contract

## DOBROVOLJNI ODUSTANAK OD KRIVIČNOG DELA<sup>2</sup>

- teorija, praksa, uporedno zakonodavstvo -

### Apstrakt

*U procesu izvršenja krivičnog dela moguće je ostvarenje više stadijuma. Prvi i obavezni stadijum, ali za koji se ne kažnjava u savremenom krivičnom pravu je donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela. Ponekad je za realizaciju ove odluke potrebno preduzeti određene pripremne radnje. To su različite delatnosti kojima se stvaraju uslovi i pretpostavke za izvršenje krivičnog dela. Posle donete odluke i stvorenih povoljnih uslova, učinilac preduzima radnju izvršenja (činjenje ili nečinjenje) konkretnog krivičnog dela sa ciljem da prouzrokuje posledicu na objektu napada. No, moguće je da se učinilac iz bilo kojih razloga predomisli, iako je započeo ili čak okončao zakonom propisanu radnju koja čini obeležje bića krivičnog dela, pa odustane od daljeg toka izvršenja krivičnog dela. Tada postoji dobrovoljni odustanak od krivičnog dela koji poznaje veliki broj savremenih krivičnih zakonodavstava dajući mu poseban značaj kao osnov za blaže kažnjavanje ili čak potpuno oslobođenje od kazne učinioca krivičnog dela koje nije dovelo do nastupanja posledice u spoljnom svetu. O pojmu, karakteristikama, uslovima, prirodi i značaju dobrovoljnog odustanka u teoriji, sudskoj praksi i savremenom krivičnom zakonodavstvu govori ovaj rad.*

**Ključnereči:** učinilac, odluka, radnja izvršenja, odustanak, dobrovoljnost, krivična sankcija

---

<sup>1</sup> Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, mail: jovashana@ptt.rs

<sup>2</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu broj 179046 : "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvod

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu izvršenjem krivičnog dela, pa do preduzimanja radnje izvršenja, može da postoji nekoliko stadijuma ili faza. Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema krivičnog dela, jeste donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela (iter criminis). Pošto je doneta odluka, učinilac obično odmah pristupa izvršenju planiranog krivičnog dela, tj. preduzimanju delatnosti, jedne ili više njih, koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela i prouzrokovanju posledice. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja na objektu napada nastupa (svršeno krivično delo) ili izostaje usled različitih okolnosti (pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo)<sup>3</sup>.

Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke, već je za to potrebno preduzeti određene pripremne radnje u smislu delatnosti kojima se to krivično delo omogućava ili olakšava. Naime, ovim se radnjama stvaraju uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Prema nekim autorima<sup>4</sup> kojima se to krivično delo omogućava ili olakšava. Naime, ovim se radnjama stvaraju uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Prema nekim autorima<sup>5</sup> svršeno i pokušano krivično delo se javljaju samo kao oblici ili forme krivičnog dela u spoljašnjem svetu. Dakle, u procesu izvršenja krivičnog dela su mogući:<sup>6</sup> a) odluka za izvršenje krivičnog dela, b) pripremne radnje, c) pokušaj krivičnog dela i d) svršeno krivično delo.

## 2. Stadijumi pre izvršenja krivičnog dela

Dva su stadijuma koja prethode preduzimanju radnje izvršenja krivičnog dela. Jedan od njih je obavezan - donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela. Drugi stadijum je moguć, ali nije obavezan - pripremne radnje. Krivični zakonik Republike Srbije<sup>7</sup> iz 2005. godine više ne predviđa pripremne radnje kao fazu u izvršenju krivičnog dela za koju se kažnjava, ali u posebnom

<sup>3</sup> Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd 2003., 178.

<sup>4</sup> F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8. Auflage, Leipzig 1922., 98.

<sup>5</sup> F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8. Auflage, Leipzig 1922., 98.

<sup>6</sup> D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 2002., 68-76.

<sup>7</sup> D. Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007., 25-27.

delu Zakonika je na više mesta predviđeno kažnjavanje za pripremne radnje koje čine samostalno krivično delo.

Donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela predstavlja psihološki, misaoni, svesni i voljni proces koji se sastoji u uočavanju, analiziranju, prosuđivanju različitih mogućnosti i odabiranju jedne od njih, te koncentraciji i usmerenosti volje u cilju njenog ostvarenja<sup>8</sup>. U ovom slučaju bira se delatnost i usmerava volja ka njenom ostvarenju. Pošto donošenje odluke predstavlja nevidljiv, unutrašnji, psihološki proces, sve dok odluka ne bude na različite načine izražena u spoljnom svetu, ona ne može biti saznata, pa prema tome, ne može biti ni predmet krivičnopravne represije. Jer, ma kakva bila zločinačka, kriminalna misao i ma kakva bila volja učinioca za njeno ostvarenje, ona ne može da prouzrokuje nikakvu posledicu, sve dok se ne izrazi, materijalizuje u spoljnom svetu. To je osnovni razlog zašto se u savremenom krivičnom pravu ne kažnjava za misli i želje, odnosno za donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela što odgovara duhu stare maksime „*cogitationis poenam nemo patitur*“.

Pripremne radnje predstavljaju drugi mogući stadijum u procesu izvršenja krivičnog dela. To su različite delatnosti kojima se umišljajno priprema izvršenje krivičnog dela. One se preduzimaju sa ciljem da se stvore pogodni uslovi i pretpostavke za efikasno i uspešno izvršenje krivičnog dela. Po svom karakteru pripremne radnje predstavljaju čitav niz različitih delatnosti koje se nalaze van bića krivičnog dela, prethode radnji krivičnog dela i ne ulaze u njen sastav<sup>9</sup>. To su po sadržini radnje koje treba da omoguće da se planirano krivično delo uopšte izvrši ili da se izvrši lakše, brže, efikasnije i jednostavnije. Time pripremne radnje predstavljaju svojevrsan doprinos procesu ostvarenja posledice krivičnog dela koja bez njihovog preduzimanja ne bi uopšte nastupila ili ne bi nastupila u planirano vreme, na planiranom mestu ili u planiranom obimu i intenzitetu.

Pripremne radnje nisu uvek i u svakom slučaju nužne u procesu izvršenja krivičnog dela. S obzirom da one predstavljaju ispoljenu odluku za izvršenje krivičnog dela u spoljnom svetu, i to najčešće fizičkim, telesnim aktivnostima, to one predstavljaju veću opasnost, pa se stoga u krivičnom

---

<sup>8</sup> U pravnoj teoriji se javlja veći broj autora prema kojima je prvi stadijum u izvršenju krivičnog dela promišljanje, razmišljanje, odlučivanje o krivičnom delu (Lj. Bavcon, A. Šelih, *Kazensko pravo, Splošni del*, Ljubljana, 1988., 213).

<sup>9</sup> Kažnjavanje za pripremne radnje predstavlja izraz tendencije u modernom krivičnom pravu za proširenjem zone kažnjivosti. Ovde se radi o stavu društva o tome u kom momentu je opravdano reagovati krivičnopravnom represijom na određeno ponašanje (A. Laingui, *La responsabilite penale dans l'ancien droit*, Paris, 1977.,137)

pravu i postavlja pitanje njihovog kažnjavanja<sup>10</sup>. Pripreme radnje (u slučaju kada su kažnjive) se sastoje iz različitih delatnosti. Neke od tih delatnosti su usko vezane za radnju izvršenja tako da predstavljaju značajan ili bitan uslov njenog izvođenja, dok su druge manje ili više udaljene od radnje izvršenja tako da ne predstavljaju neposredan napad na zaštićeno dobro, niti ga ugrožavaju. Kao pripreme radnje javljaju se sledeće delatnosti: a) nabavljanje i osposobljavanje sredstava za izvršenje krivičnog dela, b) otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela, c) dogovaranje, planiranje ili organizovanje sa drugima izvršenja krivičnog dela i d) druge radnje kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog dela.

### 3. Pokušaj krivičnog dela

Pokušaj (nedovršeno krivično delo)<sup>11</sup> je sledeći mogući, neobavezni stadijum u izvršenju krivičnog dela. On postoji kada je izvršenje krivičnog dela započeto sa umišljajem, ali nije dovršeno (član 30 Krivičnog zakonika Republike Srbije<sup>12</sup> - KZ RS). To je umišljajno započinjanje izvršenja krivičnog dela koje nije dovelo do nastupanja svih zakonskih obeležja krivičnog dela<sup>13</sup>. Pokušaj krivičnog dela, zapravo, postoji kada je krivična volja obelodanjena radnjom koja po ukupnom planu učinioca neposredno vodi ugrožavanju zaštićenog objekta konkretnog krivičnog dela<sup>14</sup>. Kod pokušaja učinilac, pošto je doneo odluku i eventualno izvršio pripreme radnje, prelazi na ostvarivanje radnje izvršenja, odnosno preduzima jednu ili više delatnosti koje su određene kao zakonski elemenat bića konkretnog krivičnog dela. Ali i pored preduzimanja radnje od strane učinioca, na određeni način ili određenim sredstvom, ipak ne dolazi do nastupanja posledice u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu, pa se ne ostvaruje biće krivičnog dela u potpunosti, već samo delimično<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Takvi su: Krivični zakonik Holandije u članu 46., Krivični zakonik Ruske federacije u članu 29., Krivični zakonik Belorusije u članu 15., Krivični zakonik Bugarske u članu 17., Krivični zakonik NR Kine u članu 22.

<sup>11</sup> D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Beograd, 2011., 579.

<sup>12</sup> *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

<sup>13</sup> Na sličan način govori i T. Živanović kada svršeno i pokušano delo određuje kao dve pojamo najviše opšte vrste krivičnih dela (T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930., 99).

<sup>14</sup> D. de Vebres, *Traite de droit criminel et de legislation penale comparee*, Paris, 1947., 134.

<sup>15</sup> V. Grozdanić, M. Škorić, *Uvod u kazneno pravo*, Zagreb, 2009., 143-145.

Pokušaj predstavlja nedovršeno krivično delo<sup>16</sup>, delo koje je započeto, ali nije dovršeno. To delimično ostvarenje krivičnog dela preduzimanjem napada na zaštićeno dobro čini suštinu pokušaja. Pokušaj, dakle, predstavlja napad na krivičnim pravom zaštićeno dobro sa ciljem, sa namerom da se prouzrokuje promena na objektu napada, tj. ostvarenje zabranjene posledice. I upravo to izostajanje ciljane posledice formira pokušaj kao društveno opasnu delatnost bez rezultata. Preduzimanje radnje krivičnog dela kojom se napada na zaštićeni objekat i izostanak posledice koja se htela ostvariti preduzetom radnjom čine bitne elemente pokušaja bez obzira na to da li je napad bio podesan za ostvarenje posledice ili ne. Prema tome, pokušaj postoji kada je krivično delo započeto sa umišljajem, ali nije dovršeno bez obzira na to da li je moglo biti izvršeno ili ne, tj. da li je posledica mogla nastati ili ne. Pokušaj čine tri elementa<sup>17</sup>. To su: a) preduzimanje umišljajne delatnosti, što zahteva prethodno donetu odluku za izvršenje krivičnog dela, b) započinjanje krivičnog dela preduzimanjem radnje izvršenja i c) odsustvo posledice, odnosno nedovršenost dela<sup>18</sup>.

U našem krivičnom pravu, kao uostalom i u velikom broju inostranih krivičnih zakona, za pokušaj se kažnjava uvek kada se radi o krivičnim delima za koja se može izreći kazna od pet godina zatvora ili teža kazna (član 30 KZ RS), a u pogledu drugih krivičnih dela samo kada zakon izričito propisuje da će se kazniti i za pokušaj tih dela. Iz ovoga proizilazi da je za obavezno kažnjavanje pokušaja odlučna težina krivičnog dela izražena u vrsti i visini propisane kazne. No, zakonodavac u stavu 2 člana 30 KZ RS ovlašćuje sud da za pokušaj krivičnog dela može blaže kazniti učinioca nego za svršeno krivično delo, što znači da je pokušaj fakultativni osnov za ublažavanje kazne. Naš Zakonik takođe određuje da se za pokušano krivično delo saučesnici (podstrekač i pomagač) kažnjavaju na isti način kao i izvršilac dela.

#### 4. Dobrovoljni odustanak u krivičnom pravu Srbije

Dobrovoljni odustanak je institut opšteg dela krivičnog prava koji je sličan pokušaju krivičnog dela. Njihova osnovna sličnost se ogleda u činjenici da u oba slučaja postoji: a) odluka za izvršenje krivičnog dela, b) započinjanje ili okončanje radnje izvršenja koja čini elemenat bića krivičnog dela i c) izostanak posledice u smislu povrede ili ugrožavanja napadnutog objekta u spoljnom svetu. Stoga se dobrovoljni odustanak i sistematizuje u krivičnim zakonima u

<sup>16</sup> D. Jovašević, *Krivično pravo - Opšti deo*, Niš, 2013., 189-191.

<sup>17</sup> Lj. Selinšek, *Kazensko pravo: Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007., 181-183.

<sup>18</sup> P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004., 272-274.

stadijume izvršenja krivičnog dela. U literaturi se često za ovaj institut koristi naziv „dobrovoljni odustanak od pokušaja“. Dobrovoljni odustanak uvek pretpostavlja postojanje pokušaja, odnosno umišljajno započinjanje radnje izvršenja određenog krivičnog dela. Zato je neophodno da su za postojanje ovog instituta ispunjeni svi elementi koje zakon zahteva za postojanje pokušaja krivičnog dela<sup>19</sup>.

Prema zakonskom tekstu iz člana 32 KZ RS dobrovoljni odustanak postoji kada je učinilac pokušao izvršenje krivičnog dela, ali je dobrovoljno (svojevoljno) odustao od njegovog izvršenja ili je sprečio nastupanje posledice<sup>20</sup>, odnosno kada je saizvršilac, podstrekač ili pomagač dobrovoljno sprečio izvršenje krivičnog dela kome je doprinio. To znači da je dobrovoljni odustanak moguć i kod nesvršenog i kod svršenog pokušaja (ali ne i kod nepodobnog pokušaja), bilo da se radi o delatnostima izvršioca, saizvršioca, podstrekača ili pomagača koji su svojim aktivnim radnjama sprečili nastupanje posledice krivičnog dela<sup>21</sup>. Za postojanje dobrovoljnog odustanka potrebno je ispunjenje sledećih uslova:

1. dobrovoljnost odustanka učinioca od krivičnog dela (subjektivni elemenat)<sup>22</sup> - odustanak je dobrovoljan kada učinilac sam, svojevoljno, autonomno donese na osnovu sopstvenog samoodređenja odluku o prekidanju započete radnje izvršenja ili o otklanjanju posledice posle izvršene radnje krivičnog dela, iako je bio svestan da krivično delo može dovršiti. Prema Frankovoj formuli učinilac dobrovoljno odustaje od dovršenja krivičnog dela kada sam sebi kaže „neću dovršiti krivično delo iako bih to mogao“. To znači da učinilac treba da svojevoljno, samostalno donese odluku o odustajanju od ostvarenja posledice, da je ona rezultat njegovog slobodnog samoodređenja, a ne da je ona rezultat dejstva spoljnih okolnosti. No, u pravnoj teoriji ima i takvih shvatanja prema kojima za postojanje dobrovoljnosti nije neophodno da je učinilac definitivno napustio odluku o izvršenju krivičnog dela<sup>23</sup>. Tako nema dobrovoljnog odustanka ako je učinilac sprečen ili ako odustaje od daljeg izvođenja radnji zbog teškoća koje ne može da savlada. Odustajanje mora biti svesno i voljno, tako da nema dobrovoljnog odustanka ako je učinilac sprečio nastupanje posledice slučajno ili iz neznanja. To znači da odustanak nije dobrovoljan ako je do njega došlo zato što se stanje izmenilo u pravcu koji je za učinioca nepovoljan, pa bi dovršenje započetog krivičnog

<sup>19</sup> Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004., 85.

<sup>20</sup> M. Radovanović, *Krivično pravo: Opšti deo*, Beograd, 1975., 133.

<sup>21</sup> F. Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Munchen, 1980., 191.

<sup>22</sup> N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005., 114.

<sup>23</sup> F. Bačić, *Krivično pravo - Opći dio*, Zagreb, 1998., 299.

dela bilo skopčano sa neugodnostima sa kojima on nije računao, niti ih očekivao, i

2. konačan odustanak učinioca od izvršenja krivičnog dela (objektivni elemenat) - odustanak je konačan kada je izraz čvrste odluke učinioca da ne nastavi sa izvršenjem krivičnog dela<sup>24</sup>. Nema dobrovoljnog odustanka, ako učinilac prekida započetu radnju izvršenja zbog objektivnih teškoća koje ne može da savlada ili nepovoljnih uslova, da bi je nastavio kasnije kada se budu stekli povoljni uslovi, odnosno ako odlaže preduzimanje radnje izvršenja iz istih razloga<sup>25</sup>. To je odlaganje izvršenja radnje, a ne i odustanak od njenog preduzimanja u potpunosti.

Dobrovoljni odustanak<sup>26</sup> postoji samo u slučaju kada je usled preduzete radnje izvršenja krivično delo ostalo u pokušaju (bez nastupanja posledice). To znači da on ne postoji ako je krivično delo izvršeno do kraja. Tada postoji „neuspeli odustanak“. Motivi zbog kojih se odustaje nisu od značaja za postojanje dobrovoljnog odustanka. Oni mogu biti različiti (altruistički ili egoistični) i ne moraju da budu moralne prirode budući da dobrovoljni odustanak nije moralni, već psihološki pojam. Vrednovanje ovih motiva može biti od značaja kod kažnjavanja, ali ne i za postojanje odustanka kao opšteg instituta krivičnog prava. U pravnoj teoriji se smatra da motivi (uzroci) odustanka mogu biti dvojakog karaktera: a) unutrašnji i b) spoljni, pri čemu se mora raditi o svesnom i voljnom odustajanju učinioca ili o radnji kojom se sprečava nastupanje posledice<sup>27</sup>.

U praksi se razmatra pitanje da li postoji dobrovoljni odustanak u slučaju kada učinilac spreči posledicu onog dela koje je nameravao da izvrši, ali se pri tome ostvari posledica drugog, lakšeg krivičnog dela. Ovu dilemu je Krivični zakonik (član 32 stav 4 KZ RS) otklonio predviđanjem da se izvršilac ne može osloboditi od kazne ako u slučaju dobrovoljnog odustanka dovrši neko drugo samostalno krivično delo koje nije bilo obuhvaćeno krivičnim delom od čijeg je izvršenja odustao<sup>28</sup>. U slučaju da učinilac ne prouzrokuje planiranu posledicu, ali nastupi posledica drugog, težeg krivičnog dela, tada postoji kvalifikovani pokušaj krivičnog dela. Od ove situacije treba razlikovati slučajeve kada učinilac preduzme

<sup>24</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo I, Krivično djelo*, Sarajevo, 2007., 142.

<sup>25</sup> V. Kambovski, Objektivna strana dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, „*Nаша zakonitost*“ 6/1976, 18-23.

<sup>26</sup> B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično pravo Bosne i Hercegovine - Opći dio*, Sarajevo, 2005., 267-269.

<sup>27</sup> B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007., 149.

<sup>28</sup> I. Simić, A. Trešnjev, *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010., 39.

radnju izvršenja u celosti usled čega nastupi posledica krivičnog dela, pa se tek tada on predomisli (davalac lažnog iskaza opozove dati iskaz, organizator ili član grupe ili organizovane kriminalne grupe za vršenje krivičnih dela prijavi nadležnim organima grupu pre nego što je u njenom sastavu ili za nju učinio krivično delo obuhvaćenom kriminalnim planom ili davalac mita prijavi delo pre nego što je ono otkriveno). Ovde nema dobrovoljnog odustanka, ali zakonodavac iz kriminalno-političkih razloga daje mogućnost blažeg kažnjavanja ili oslobođenja od kazne učinioca kako bi ga stimulusao da otkloni mogućnost daljeg vršenja krivičnih dela.

## 5. Dobrovoljni odustanak u uporednom krivičnom pravu

U cilju potpunijeg i svestranijeg sagledavanja prolematike nepodobnog pokušaja krivičnog dela u teoriji, praksi i zakonodavstvu nije dovoljno samo da se posvetimo teorijskoj i praktičnoj analizi pojma, elemenata, karakteristika, vrste, pravne prirode i dejstva nepodobnog pokušaja krivičnog dela shodno odredbama domaćeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva, već je potrebno da određenu pažnju posvetimo i uporednopravnoj analizi ovog instituta u savremenim krivičnopravnim sistemima. Stoga ćemo posmatrati i analizirati pojam, karakteristike, elemente, vrste, pravnu prirodu i dejstvo nepodobnog pokušaja krivičnog dela shodno zakonskim rešenjima iz pojedinih, nama dostupnih, krivičnopravnih sistema. Interesantno je da mnoga savremena krivična zakonodavstva retko poznaju ovaj institut opšteg dela krivičnog prava. To se može tumačiti činjenicom da ona ovu vrstu nemogućnosti nastupanja posledice krivičnog dela kvalifikuju kao pokušaj krivičnog dela smatrajući da je potpuno irelevantno zbog čega je posledica dela izostala.

Albanija - Krivični zakonik Republike Albanije<sup>29</sup> iz 1995. godine u trećem poglavlju pod nazivom: „Pokušaj“, u članu 24 određuje dobrovoljni odustanak ili kako ga on naziva „odustajanje od izvršenja krivičnog dela“. To je opšti osnov koji isključuje krivičnu odgovornost učinioca koji svojom voljom odbije da izvrši krivično delo usprkos mogućnostima koje su postojale za izvršenje takvog dela. Za postojanje dobrovoljnog odustanka potrebno je ispunjenje sledećih uslova: a) započinjanje radnje izvršenja krivičnog dela, 2) izostanak ili nenastupanje posledice i 3) svojevoljnost (dobrovoljnost) učinioca da ne dovrši započeto krivično delo. No, u slučaju da su preduzetom radnjom izvršenja krivičnog dela od koga je učinilac odustao ostvareni elementi nekog drugog krivičnog dela,

<sup>29</sup> Criminal code of the Republic of Albania, Official text, Tirana, 1995.

takav učinilac se kažnjava zakonom propisanom kaznom za ostvareno, realizovano krivično delo.

Belorusija - Krivični zakonik Republike Belorusije<sup>30</sup> iz 1999. godine u članu 15 određuje pojam i elemente dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak je prekidanje pripremnih radnji ili činjenja (nečinjenja) koje je neposredno usmereno na dovršenje krivičnog dela iako je učinilac bio svestan mogućnosti da krivično delo može da dovede do kraja. Dakle, ovde se razlikuju dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od pripremnih radnji – gde je dovoljno samo njihovo prekidanje, prestanak u bilo kom trenutku, pa se na taj način i ne stvaraju uslovi za preduzimanje radnje izvršenja i prouzrokovanje posledice krivičnog dela i b) odustanak od radnje izvršenja (bilo činjenja ili nečinjenja) koje je neposredno usmereno na dovršenje započetog krivičnog dela.

U oba slučaja je bitno da je učinilac: a) izvršio pripreme radnje ili započeo izvršenje delatnosti koja je zakonski elemenat bića krivičnog dela, b) sam svojevolejno doneo odluku o prekidanju daljeg nastavljanja dovršenja krivičnog dela i c) da je učinilac svestan mogućnosti da započeto krivično delo može da dovede do kraja – dakle do nastupanja posledice na objektu napada. Beloruski zakonodavac na specifičan način određuje pravnu prirodu dobrovoljnog odustanka. Iako je on (kao i u nizu drugih savremenih zakonskih rešenja) predviđen u delu zakonskog teksta koji govori o stadijumima, fazama u izvršenju krivičnog dela, dobrovoljni odustanak predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti, osim ako započeta radnja izvršenja faktički sadrži obeležja drugog krivičnog dela.

Bosna i Hercegovina - Krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine čine četiri zakonska teksta doneta 2003. godine. To su: Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BIH)<sup>31</sup>, Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH)<sup>32</sup>, Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD BIH)<sup>33</sup> i Krivični zakon Republike Srpske (KZ RS)<sup>34</sup>. Svi navedeni krivični zakoni na identičan način određuju pojam,

<sup>30</sup> Ugolovnij kodeks Belarus, Official gazeta No 2/50.

<sup>31</sup> *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007 i 8/2010.

<sup>32</sup> *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005 i 42/2010.

<sup>33</sup> *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* br. 10/2003, 45/2004, 6/2005 i 21/2010.

<sup>34</sup> *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010 i 1/2012.

elemente i vrste dobrovoljnog odustanka, kao i njegovu pravnu prirodu. Prema članu 28 KZ BIH, članu 30 KZ FBIH, članu 30 KZ BD BIH i članu 22 KZ RS, dobrovoljni odustanak postoji kada učinilac koji je pokušao da izvrši krivično delo dobrovoljno odustane od kažnjivog pokušaja. Dakle, ovde se razlikuju dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od nesvršenog pokušaja koji je uvek moguć i b) odustanak od svršenog pokušaja, pri čemu je od značaja da se radi o kažnjivom pokušaju (to je pokušaj krivičnog dela za koji je propisana kazna zatvora od tri godine ili teža kazna)<sup>35</sup>.

Da bi ovakav odustanak bio pravno relevantan potrebno je ispunjenje dva uslova. To su: a) da je učinilac dobrovoljno, svojevolejno doneo odluku o nedovršenju započetog krivičnog dela i b) da posledica započete radnje izvršenja nije nastupila. U ovom slučaju se učinilac može u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne. No, i u slučaju dobrovoljnog odustanka učinilac se može kazniti ako je preduzeo radnje kojima je ostvario biće drugog samostalnog krivičnog dela<sup>36</sup>. Prema članu 32 KZ BIH, članu 34 KZ FBIH, članu 34 KZ BD BIH i članu 26 KZ RS, saizvršilac, podstrekač ili pomagač se mogu osloboditi od kazne ako su dobrovoljno sprečili izvršenje krivičnog dela kome su doprinosili.

Crna Gora - Krivični zakonik Republike Crne Gore<sup>37</sup> iz 2003. godine u članu 22 određuje dobrovoljni odustanak kao dobrovoljno odustajanje od dovršenja krivičnog dela od strane učinioca koji je pokušao njegovo izvršenje. Dakle, i ovde se razlikuju dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od nesvršenog pokušaja i b) odustanak od svršenog pokušaja<sup>38</sup>. Ako je u konkretnom slučaju posledica započetog krivičnog dela izostala usled dobrovoljnog odustanka učinioca, on se može u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne. Izuzetak od ovog pravila postoji u slučaju kada je učinilac, istina, dobrovoljno odustao od planiranog krivičnog dela, ali je do tada preduzetim delatnostima izvršio drugo samostalno krivično delo koje nije bilo obuhvaćeno onim krivičnim delom od čijeg je izvršenja učinilac odustao. Članom 26 KZ CG je izričito propisano da saizvršilac, podstrekač ili pomagač mogu da se oslobode od zakonom propisane kazne u slučaju da dobrovoljno spreče izvršenje krivičnog dela u kome su učestvovali nekom od saučesničkih radnji.

<sup>35</sup> D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo Republike Srbije - Opšti deo*, Banja Luka, 2012., 278.

<sup>36</sup> M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo - Opšti dio*, Banja Luka, 2008., 234-237.

<sup>37</sup> *Službeni list Republike Crne Gore* br. 70/2003, 47/2006, 40/2008 i 25/2010.

<sup>38</sup> Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, 85-87.

Estonija - Krivični zakonik Republike Estonije<sup>39</sup> iz 2001. godine, u glavi drugoj pod nazivom: „Krivično delo“, u članu 16 propisuje dobrovoljni odustanak. On postoji kada učinilac dobrovoljno odustane od izvršenja krivičnog dela bez preciziranja u čemu se taj odustanak sastoji, u kom vremenskom trenutku je on pravno relevantan, niti navodeći uslove koji su potrebni za odustanak osim da on mora biti dobrovoljan. Dobrovoljnost odustanka od krivičnog dela znači da je učinilac sam, svojom voljom, bez pritiska sa strane ili usled dejstva objektivnih okolnosti doneo odluku da odustaje od započete radnje koji bi prema toku stvari vodila ka nastupanju posledice krivičnog dela. Krivična odgovornost učinioca u ovom slučaju postoji samo ako faktički izvršena radnja sadrži elemente drugog krivičnog dela predviđenog u zakonu za koje se kažnjava u granicama zakonom propisane kazne za to delo.

Grčka - Krivični zakonik Republike Grčke<sup>40</sup> iz 1951. godine sa više izmena i dopuna, u glavi trećoj koja nosi naziv: „Pokušaj i saučesništvo“, u članu 44 propisuje institut dobrovoljnog odustanka. On postoji kada učinilac uprkos činjenici da se nalazi u fazi izvršenja krivičnog dela, dobrovoljno odustane nezavisno od spoljašnjih objektivnih okolnosti. Za postojanje ovog instituta potrebno je ispunjenje više uslova. To su: a) preduzimanje delatnosti koja čini radnju izvršenja krivičnog dela, b) dobrovoljno, svojevoljno donošenje odluke učinioca da ne nastavi dalje sa tokom izvršenja radnje što dovodi do izostanka posledice krivičnog dela i c) nepostojanje spoljašnjih objektivnih okolnosti koje utiču na odluku učinioca da odustane od započetog krivičnog dela. Ovaj Zakonik dobrovoljnom odustanku od nesvršenog pokušaja daje karakter osnova koji isključuje primenu kazne prema ovakvom učiniocu.

Ako učinilac nakon preduzete radnje izvršenja dobrovoljno spreči nastupanje posledice neophodne za izvršenje krivičnog dela, tada postoji dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja. U ovom slučaju on je krivično odgovoran, ali se može blaže kazniti i to do polovine u zakonu propisane kazne za pokušano krivično delo (član 83. KZ). No, i u ovom slučaju sud je ovlašćen da po slobodnom razmatranju svih relevantnih okolnosti i njihovoj oceni odluči da takvog učinioca oslobodi od kazne u potpunosti.

Hrvatska - Kazneni zakon Republike Hrvatske<sup>41</sup> iz 2011. godine, u glavi trećoj pod nazivom: „Kazneno delo“, u članu 35 određuje, pojam,

<sup>39</sup> V. V. Zapevalov, N. I. Mancev, *Ugolovnij kodeks Estonskoj Respubliki*, Sankt Petersburg, 2004., 43.

<sup>40</sup> N. Lolis, G. Mangakis, *The Greek Penal Code*, London, 1973., 52

<sup>41</sup> *Narodne novine Republike Hrvatske* br. 125/2011.

elemente i vrste dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak postoji kada je učinilac dobrovoljno prekinuo započeto izvršenje krivičnog dela iako je bio svestan da je prema svim okolnostima radnju mogao dovršiti ili je nakon dovršetka radnje sprečio nastupanje posledice. Dakle, postoje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od nesvršenog pokušaja i b) odustanak od svršenog pokušaja.

Za postojanje dobrovoljnog odustanka potrebno je ispunjenje sledećih uslova: a) započinjanje radnje izvršenja krivičnog dela koju učinilac dobrovoljno prekida u bilo kom trenutku, b) dovršenje radnje izvršenja i naknadno dobrovoljno sprečavanje nastupanja posledice i c) svest učinioca da je prema okolnostima slučaja mogao u potpunosti dovršiti izvršenje krivičnog dela prouzrokovanjem posledice na objektu napada. U ovom slučaju se učinilac može u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne. Učinilac koji je dobrovoljno preduzeo radnju koja bi sprečila izvršenje krivičnog dela, a ono je ostalo nedovršeno iz razloga koji su zavisni od njegove radnje, takođe se može osloboditi od kazne. I na kraju, saizvršilac ili drugi saučesnik koji je dobrovoljno sprečio izvršenje krivičnog dela ili je dobrovoljno preduzeo radnju koja bi sprečila izvršenje krivičnog dela, a delo je ostalo nezavršeno iz razloga koji su nezavisni od njegove radnje, takođe se može osloboditi od kazne<sup>42</sup>.

Japan - Krivični zakonik Carevine Japana<sup>43</sup> iz 1907. sa izmenama i dopunama od 2002. godine, u glavi osmoj pod nazivom: „Pokušaj krivičnog dela“, u istom članu 43 definiše i pokušaj krivičnog dela i dobrovoljni odustanak. Pokušaj krivičnog dela postoji kada je započeto izvršenje krivičnog dela, ali koje se nije moglo izvršiti (nepodoban pokušaj). Takav se učinilac može kazniti zakonom propisanom kaznom, odnosno može se blaže kazniti. U slučaju da je učinilac započeo radnju izvršenja krivičnog dela, pa je sopstvenom voljom prekinuo njegovo dovršenje, tada mu se zakonom propisana kazna može ublažiti ili se on čak može u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne. Dakle, dobrovoljni odustanak postoji samo kod nesvršenog pokušaja za šta je dovoljno da učinilac započetu radnju izvršenja samo prekine (obustavi od dajeg toka njegovog izvršenja). Pri tome je potrebno da je učinilac prekinuo preduzetu radnju sopstvenom voljom (dakle dobrovoljno, svojevolljno), a ne pod dejstvom spoljnih, objektivno postojećih okolnosti.

<sup>42</sup> B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, 148-151.

<sup>43</sup> A. I. Korobeev, V. N. Eremina, *Ugolovnij kodeks Japponii*, Sankt Petersburg, 2002., 53.

Kazahstan - Krivični zakonik Republike Kazahstan<sup>44</sup> iz 1997. godine u članu 26 određuje dobrovoljni odustanak. On podrazumeva prekidanje činjenja ili nečinjenja koje je neposredno usmereno na izvršenje krivičnog dela ako je učinilac bio svestan mogućnosti dovršenja krivičnog dela. Za postojanje ovog instituta potrebno je ispunjenje više uslova. To su: a) započinjanje činjenja ili nečinjenja koje je u zakonu određeno kao radnja izvršenja krivičnog dela, b) radnje činjenja ili nečinjenja moraju biti neposredno usmerene na izvršenje krivičnog dela prouzrokovanjem posledice, c) dobrovoljno prekidanje započete radnje izvršenja i d) svest učinioca da je usled preduzetih radnji bilo moguće dovršenje krivičnog dela – dakle prouzrokovanje posledice. U tom slučaju nema krivične odgovornosti na strani učinioca koji je dobrovoljno i konačno odustao od izvršenja krivičnog dela, osim u slučaju ako faktički izvršene radnje sadrže obeležje nekog drugog krivičnog dela. Dakle, i prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak je osnov za isključenje krivične odgovornosti učinioca.

Kina - Krivični zakonik Narodne Republike Kine<sup>45</sup> iz 1996. godine u članu 24 predviđa dobrovoljni odustanak. On se sastoji iz dobrovoljnog prekidanja izvršenja krivičnog dela i u dobrovoljnom efektivnom sprečavanju nastupanja posledice. Dakle, prema ovim zakonskim rešenjima u Kini postoje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) dobrovoljni odustanak od nesvršenog pokušaja u vidu prekidanja izvršenja započete radnje i b) dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja u vidu efektivnog sprečavanja nastupanja posledice krivičnog dela. U oba navedena slučaja, ako nije nastupila nikakva šteta (dakle kada posledica krivičnog dela u potpunosti izostane), učinilac se može (fakultativna mogućnost suda) blaže kazniti ili čak u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne.

Kirgizija - Krivični zakonik Republike Kirgizije<sup>46</sup> iz 1997. godine u članu 29 određuje pojam dobrovoljnog odustanka. On poznaje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su : a) dobrovoljni odustanak od pripremnih radnji u vidu njihovog prekidanja (što znači da je učinilac posle donete odluke da izvrši krivično delo započeo sa pripremanjem uslova i pretpostavki za njegovo uspešno izvršenje i b) dobrovoljni odustanak od nesvršenog pokušaja u vidu prekidanja činjenja (ili nečinjenja) koje je neposredno usmereno na dovršenje krivičnog dela, i c) svest učinioca da je imao realnu mogućnost da krivično delo dovede do kraja (dakle

---

<sup>44</sup> Official gazeta No. 167-1.

<sup>45</sup> C. D. Paglee, *Chinese Criminal code*, Beijing, 1998., 7.

<sup>46</sup> Official gazeta No. 68.

do nastupanja posledice) što znači da izostanak posledice ne zavisi od objektivnih okolnosti koje postoje u konkretnom slučaju, već od dobrovoljno donete odluke učinioca. Slično zakonsko rešenje poznaje i Krivični zakonik Litvanije, ali nijedan od njih ne određuje pravnu prirodu ovog instituta što znači da se i u ovakvom slučaju učinilac kažnjava u granicama zakonom propisane kazne za pokušano krivično delo od čijeg dovršenja je odustao.

Letonija - Krivični zakonik Republike Letonije<sup>47</sup> iz 1998. godine, u drugoj glavi pod nazivom: „Prestupne delatnosti“, u članu 16 predviđa institut dobrovoljnog odustanka. On se sastoji u potpunom prekidanju radnje izvršenja krivičnog dela voljom učinioca dela ako je bio svestan mogućnosti dovršenja te radnje. Dakle, u Letoniji je dobrovoljni odustanak moguć samo kod nesvršenog pokušaja. To je slučaj kada učinilac na osnovu prethodno donete odluke započne radnju izvršenja, pa je u nekom naknadnom trenutku u potpunosti prekine (dakle pre njenog dovršenja). Da bi ovakav prekid u izvršenju radnje krivičnog dela bio pravno relevantan potrebno je da na strani učinioca postoje sledeći subjektivni elementi (uslovi). To su: a) volja učinioca da prekine dalji tok izvršenja krivičnog dela (dobrovoljnost) i b) svest učinioca da je bio u mogućnosti da dovrši započetu radnju izvršenja. Interesantno je rešenje prema kome dobrovoljni odustanak predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti (krivice) pokušanog krivičnog dela, osim u slučaju da je u toku preduzimanja kasnije prekinute radnje izvršenja ostvario elemente drugog krivičnog dela.

Litvanija - Krivični zakonik Republike Litvanije<sup>48</sup> iz 2003. godine, u glavi pod nazivom: „Stadijumi i forme prestupne delatnosti“, u članu 23 poznaje institut dobrovoljnog odustanka. On postoji ako učinilac dobrovoljno prekine započetu radnju izvršenja krivičnog dela znajući da je može dovršiti. To znači da ovaj Zakonik poznaje samo jednu vrstu dobrovoljnog odustanka – odustanak od nesvršenog pokušaja pri čemu na strani izvršioca moraju biti ispunjena dva subjektivna uslova: a) dobrovoljnost pri donošenju odluke da odustane od dovršenja započetog krivičnog dela i b) svest, znanje učinioca da može dovršiti započetu radnju izvršenja. Na isti način moguć je dobrovoljni odustanak od izvršenja krivičnog dela od strane organizatora, saizvršioca, podstrekača ili pomagača kada ova lica svojim naknadno preduzetim delatnostima spreče izvršioca da okonča krivično delo u čijem ostvarenju su i sami učestvovali

<sup>47</sup> A. I. Lukašov, E. A. Sarkisova, *Ugolovnij kodeks Latvijskoj Respubliki*, Sankt Petersburg, 2001., 29-30.

<sup>48</sup> O. V. Bogdanovič, *Ugolovnoe pravo Litovskoj Respubliki*, Sankt Petersburg, 2004., 36.

na bilo koji način. U slučaju dobrovoljnog odustanka, učinilac može da odgovara ako je do tada preduzetim delatnostima ostvario obeležja drugog samostalnog krivičnog dela (stav 2).

Makedonija - Krivični zakonik Republike Makedonije<sup>49</sup> iz 1996. godine, u glavi drugoj pod nazivom: „Krivično delo i krivična odgovornost“, u poglavlju drugom: „Izvršenje i pokušaj krivičnog dela“, u članu 21 propisuje institut dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju učinilac koji priprema ili pokuša izvršenje krivičnog dela, pa dobrovoljno odustane od njegovog dovršenja, može se osloboditi od kazne. Dakle, dobrovoljni odustanak predstavlja osnov za oslobođenje od kazne učinioca pokušanog krivičnog dela. Postoje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od pripremnih radnji čime se ne stvaraju uslovi za izvršenje planiranog krivičnog dela i b) odustanak od pokušaja (svršenog ili nesvršenog) krivičnog dela, što znači da učinilac preduzima delatnosti (jednu ili više) koje su zakonom propisane kao radnja izvršenja krivičnog dela, pa se u nekom trenutku predomisli i prekine sa njihovim daljim vršenjem ili da je učinilac u potpunosti ostvario sva obeležja bića krivičnog dela, pa se naknadno predomisli i spreči nastupanje posledice. No, i u slučaju dobrovoljnog odustanka, učinilac se ipak može kazniti samo u slučaju ako je preduzetim delatnostima ostvario drugo samostalno krivično delo.

Nemačka - Krivični zakonik Savezne republike Nemačke<sup>50</sup> iz 1871. godine sa brojnim izmenama (1949., 1974., 1975., 1987. i 1990. godine), u prvom poglavlju: „Krivični zakon“, u drugom odeljku pod nazivom: „Pokušaj“, u članu 24 određuje pojam i sadržinu dobrovoljnog odustanka. Učinilac koji je dobrovoljno odustao od daljeg izvršenja krivičnog dela ili je sprečio njegovo izvršenje, neće se kazniti za pokušaj. Dakle, prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak je osnov koji isključuje kažnjivost učinioca. On se javlja u dva oblika. To su: a) dobrovoljni odustanak od nesvršenog pokušaja – kada u toku vršenja krivičnog dela prekine sa daljim delatnostima koje vode ka prouzrokovanju posledice i b) dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja – kada je učinilac preduzeo radnju izvršenja u celosti, pa je naknadno dobrovoljno sprečio nastupanje posledice. Kada bez učešća učinioca koji je odustao od izvršenja krivičnog dela nije došlo do njegovog dovršenja, učinilac neće biti kažnjen samo ako je dobrovoljno i ozbiljno nastojao da spreči njegovo izvršenje. U slučaju da je u izvršenju krivičnog dela učestvovalo više lica, za pokušaj se neće

<sup>49</sup> Služben vesnik na Republika Makedonija br. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005 i 73/2006.

<sup>50</sup> Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke, Centar marketing, Beograd, 1998., 20.

kazniti onaj učinilac koji je dobrovoljno sprečio izvršenje krivičnog dela. No, ako i bez delovanja učinioca na sprečavanje izvršenja krivičnog dela nije došlo do njegovog izvršenja ili ako je delo dovršeno nezavisno od ranijeg doprinosa učinioca u njegovom izvršenju, za nekažnjavanje učinioca je dovoljno njegovo dobrovoljno i ozbiljno nastojanje da spreči izvršenje krivičnog dela.

Poljska - Krivični zakonik Republike Poljske<sup>51</sup> iz 1997. godine sa izmenama i dopunama iz 2001. godine, u glavi drugoj: „Forme izvršenja krivičnog dela“, u članu 15 određuje pojam i pravnu prirodu dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak postoji u dva slučaja: a) kada učinilac dobrovoljno odustane od radnje izvršenja – dobrovoljni odustanak od nesvršenog pokušaja koji je uvek moguć i b) kada učinilac dobrovoljno posle preduzete radnje izvršenja spreči nastupanje posledice krivičnog dela – dobrovoljni odustanak od svršenog pokušaja. Nezavisno od toga o kojoj se vrsti dobrovoljnog odustanka radi, on predstavlja fakultativni osnov za blaže kažnjavanje učinioca krivičnog dela.

Pored dobrovoljnog odustanka od pokušaja krivičnog dela, poljski Zakonik poznaje u odredbi člana 17 još jednu vrstu dobrovoljnog odustanka. To je dobrovoljni odustanak od pripremnih radnji. Ova vrsta dobrovoljnog odustanka predstavlja osnov koji dovodi do gašenja kazne (ili kako to Zakonik naziva „nema kažnjavanja“). Ovaj oblik dobrovoljnog odustanka postoji kada učinilac preduzme pripreme radnje (jednu ili više), pa naknadno dobrovoljno odustane od njihovog okončanja, što znači da nije uspeo da stvori neophodne uslove i pretpostavke za izvršenje krivičnog dela. Poljski Krivični zakonik je otišao korak dalje kada je istakao da se pod ovom vrstom dobrovoljnog odustanka od pripremnih radnji naročito smatraju ako učinilac: a) uništi pripremljena sredstva, b) spreči dalje korišćenje pripremljenih sredstava, c) stupi u zločinački dogovor sa drugim licem u cilju izvršenja zabranjene delatnosti, pa se predomisli i preduzme napore usmerene na sprečavanje krivičnog dela.

Ruska federacija - Krivični zakonik Ruske federacije<sup>52</sup> iz 1996. godine u izmenama i dopunama od 2005. godine, u drugom delu pod nazivom: „Krivično delo“, u glavi šestoj: „Nedovršeno krivično delo“, u članu 31 propisuje dobrovoljni odustanak od krivičnog dela. Tako se dobrovoljnim odustankom od krivičnog dela smatra prestanak

<sup>51</sup> A. I. Lukašova, N. F. Kuznjecov, *Ugolovnij kodeks Respubliki Poljša*, Sankt Petersburg, 2001., 17.

<sup>52</sup> I. Fedosova, T. Skuratova, *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji*, Moskva, 2005., 31-32.

pripremanja krivičnog dela ili prekidanje činjenja (nečinjenja) koja su direktno upravljena na izvršenje krivičnog dela, ako je lice bilo svesno mogućnosti dovođenja krivičnog dela do kraja<sup>53</sup>. Zakonik poznaje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od pripremnih radnji koji se sastoji u njihovom prekidanju u bilo kom trenutku i b) odustanak od pokušaja koji se sastoji u prekidanju radnje izvršenja (činjenja ili nečinjenja) koja je direktno usmerena na prouzrokovanje posledice krivičnog dela. U oba slučaja učinilac odluku o prekidanju mora doneti dobrovoljno, samostalno pri čemu mora biti svestan da je bio u mogućnosti da krivično delo dovede do kraja, odnosno da nije u tome sprečen usled dejstva objektivnih okolnosti.

Dakle, ako je učinilac dobrovoljno i definitivno (konačno) odustao od dovršenja krivičnog dela do kraja, to predstavlja osnov koji isključuje njegovu krivičnu odgovornost. No, i u ovom slučaju učinilac koji je odustao od dovođenja krivičnog dela do kraja krivično je odgovoran (pa podleže i kažnjavanju) u slučaju kada delo koje je faktički izvršeno predstavlja biće nekog drugog krivičnog dela. Na isti način organizator i podstrekač<sup>54</sup> se ne smatraju krivično odgovornim ako su blagovremenom prijavom organima vlasti ili drugim preduzetim merama sprečili dovođenje krivičnog dela do kraja od strane izvršioca. No, ako radnje organizatora ili podstrekača nisu dovele do sprečavanja izvršenja krivičnog dela od strane izvršioca, tada se mere koje su oni preduzeli mogu od strane suda ceniti kao olakšavajuće okolnosti pri odmeravanju kazne za pokušano krivično delo. Ni pomagač u krivičnom delu se ne smatra krivično odgovornim ako je preduzeo sve mere koje od njega zavise da bi sprečio izvršenje krivičnog dela u čijem je izvršenju prethodno pomagao.

Slovenija - Kazenski zakonik Republike Slovenije<sup>55</sup> iz 2008. godine, u trećem poglavlju pod nazivom: „Opšte odredbe o krivičnom delu“, u članu 36 određuje pojam i sadržinu dobrovoljnog odustanka. On postoji kada učinilac koji je pokušao izvršenje krivičnog dela, od njegovog okončanja dobrovoljno (prostovoljno) odustane<sup>56</sup>. Dakle, postoje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su : a) odustanak od nesvršenog pokušaja i b) odustanak od svršenog pokušaja. U oba slučaja je bitno da učinilac koji je pokušao izvršenje krivičnog dela preduzimanjem jedne ili više

<sup>53</sup> A. I. Rarog, *Ugolovnoe pravo Rossii, Obšaja čast*, Moskva, 2008., 193-195.

<sup>54</sup> A. I. Rarog, G. A. Esakov, A. I. Čučaev, V. P. Stepalin, *Ugolovnoe pravo Rossii, Časti obšaja i osobennaja*, Moskva, 2007., 95-96.

<sup>55</sup> *Uradni list Republike Slovenije* br. 55/2008.

<sup>56</sup> Lj. Selinšek, *Kazensko pravo - Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007., 188-190.

delatnosti koje čine njegovo obeležje, pre njegovog okončanja (dakle pre nastupanja posledice na objektu napada) dobrovoljno odustane od daljeg toka izvršenja. Ako učinilac dobrovoljno odustane od krivičnog dela, kazniće se samo u slučaju ako je preduzetim delatnostima ostvario kakvo drugo samostalno krivično delo.

Španija - Krivični zakonik Kraljevine Španije<sup>57</sup> iz 1995. godine, u knjizi prvoj, glava prva pod nazivom: „Krivična dela i prestupi“, u članu 16, na istom mestu definiše i pokušaj krivičnog dela i dobrovoljni odustanak od krivičnog dela. Dobrovoljni odustanak je uređen u stavu 2 ovoga člana na sledeći način: „ne podleže krivičnoj odgovornosti lice koje dobrovoljno spreči izvršenje krivičnog dela jer je odustao od njegovog izvršenja, ometajući nastanak posledice sa izuzetkom slučajeva kada preduzete delatnosti faktički ispunjavaju obeležja bića drugog samostalnog krivičnog dela“. Dakle, dobrovoljni odustanak je osnov koji isključuje krivičnu odgovornost učinioca. Za njegovo postojanje potrebno je ispunjenje sledećih uslova: a) preduzimanje radnje izvršenja krivičnog dela – delimično ili potpuno, b) dobrovoljnost odustajanja do dovršenja krivičnog dela i c) ometanje nastanka posledice na objektu napada. No, i prema ovom zakonskom rešenju ako preduzete delatnosti od kojih učinilac odustaje faktički ispune obeležja nekog drugog samostalnog krivičnog dela, učinilac se kažnjava propisanom kaznom za to drugo delo.

Švajcarska - Krivični zakonik Švajcarske konfederacije<sup>58</sup> u glavi drugoj pod nazivom: „Kažnjivost“, u odeljku četiri, u članu 22 određuje pojam i uslove za postojanje dobrovoljnog odustanka. Ukoliko je protivpravna delatnost učinioca dovedena do kraja, ali zabranjena posledica nije nastupila, tada postoji svršeni pokušaj krivičnog dela<sup>59</sup>. Takav se učinilac može blaže kazniti za preduzetu radnju. No, ako je učinilac preduzeo protivpravnu delatnost, pa posledica krivičnog dela izostane na sopstvenu inicijativu učinioca ili on pak spreči nastupanje posledice krivičnog dela, tada postoji dobrovoljni odustanak učinioca za koji on može biti blaže kažnjen po slobodnoj oceni suda<sup>60</sup>. Dakle, dobrovoljni odustanak predstavlja osnov za fakultativno ublažavanje kazne učiniocu pokušanog krivičnog dela. Za postojanje dobrovoljnog odustanka potrebno je ispunjenje više uslova: a) preduzimanje protivpravne delatnosti od strane učinioca delimično ili u celosti, b) izostanak posledice krivičnog

<sup>57</sup> N. F. Kuznjecovoj, F. M. Rešetnikova, *Ugolovnij kodeks Ispanii*, Moskva, 1998., 15.

<sup>58</sup> *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Stand am 1. April 1006., Bern, 1997., 5.

<sup>59</sup> N. F. Kuznjecova, S. S. Beljajev, *Ugolovnij kodeks Švecii*, Sankt Petersburg, 2001., 15.

<sup>60</sup> A. V. Serebrenikova, N. F. Kuznjecova, *Ugolovnij kodeks Švejcarii*, Moskva, 2000., 13.

dela i c) sopstvena inicijativa učinioca da prekine protivpravnu delatnost ili da spreči nastupanje posledice krivičnog dela. To znači da postoje dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od nesvršenog pokušaja i b) odustanak od svršenog pokušaja.

Švedska - Krivični zakonik Kraljevine Švedske<sup>61</sup> iz 1962. godine sa više izmena i dopuna, u 23. poglavlju: „O pokušaju, pripremi, zaveri i saučesništvu“, u trećem odeljku definiše pojam i sadržinu dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju odgovornost za pokušaj, pripremu ili zaveru za izvršenje krivičnog dela ne postoji ukoliko je učinilac dobrovoljno prekinuo izvršenje krivičnog dela ili na drugi način sprečio da nastupi posledica krivičnog dela. Dakle, dobrovoljni odustanak postoji u dva slučaja: a) odustanak od nesvršenog pokušaja kada učinilac započne radnju izvršenja, pa je dobrovoljno prekine i b) odustanak od svršenog pokušaja kada učinilac preduzme radnju izvršenja u celosti, pa dobrovoljno na drugi način spreči nastupanje posledice krivičnog dela. Čak i ako je krivično delo izvršeno, lice koje je nezakonito koristilo sredstva u svrhu izvršenja krivičnog dela, ne mora se smatrati i odgovornim za to delo, ukoliko je dobrovoljno sprečilo krivično delo koje se sastoji samo u upotrebi takvog opasnog sredstva.

Tadžikistan - Krivični zakonik Republike Tadžikistan<sup>62</sup> u članu 34 propisuje dobrovoljni odustanak. To je dobrovoljno i konačno prekidanje pripremnih radnji ili činjenja ili nečinjenja neposredno usmerenog na dovršenje krivičnog dela ako je učinilac bio svestan mogućnosti dovršenja krivičnog dela. Iz ovako određene definicije proizilaze dve vrste dobrovoljnog odustanka od krivičnog dela. To su: a) odustanak od pripremnih radnji u vidu njihovog prekidanja i b) odustanak od nesvršenog pokušaja – prekid radnje činjenja ili nečinjenja koja je bila neposredno usmerena na dovršenje krivičnog dela. Tri su subjektivna uslova koja moraju postojati na strani učinioca: a) dobrovoljnost donete odluke da odustane od dovršenja krivičnog dela, b) konačnost, trajno i definitivno odustajanje od dovršenja krivičnog dela i c) svest da je u mogućnosti da okonča izvršenje započetog ili pripremanog krivičnog dela. Učinilac koji na ovaj način odustane od dovršenja krivičnog dela je odgovoran samo u slučaju ako faktički izvršena radnja sadrži obeležja drugog krivičnog dela.

Ukrajina - Krivični zakonik Republike Ukrajine<sup>63</sup> iz 2001. godine u članu 17 propisuje dobrovoljni odustanak od krivičnog dela. Prema

<sup>61</sup> N. Bishop, *Swedish Penal Code*, Stockholm, 1999., 17.

<sup>62</sup> *Official gazeta* No. TJ 023.

<sup>63</sup> *Kriminalnij kodeks*, Verhovna rada Ukraiini, *Official gazeta* No. 25-26.

ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak je konačno prekidanje pripremnih radnji i pokušaja krivičnog dela od strane učinioca ako je pri tome bio svestan mogućnosti dovršenja krivičnog dela. Znači da je dobrovoljni odustanak osnov koji isključuje krivičnu odgovornost. U ovom slučaju učinilac podleže krivičnoj odgovornosti samo u slučaju ako faktički izvršena radnja u konkretnom slučaju sadrži elemente bića drugog krivičnog dela. Iz ove zakonske definicije proizilaze dve vrste dobrovoljnog odustanka. To su: a) odustanak od pripremnih radnji i b) odustanak od pokušaja (što znači da ovde dolazi u obzir i nesvršeni, ali i svršeni pokušaj) krivičnog dela. Dva su uslova potrebna da bi ovakav odustanak bio pravno relevantan. To su: a) odluka učinioca da konačno, trajno i definitivno odustaje od daljeg toka izvršenja krivičnog dela i b) svest učinioca da je on preduzetim delatnostima bio u mogućnosti da dovrši započeto ili pripremano krivično delo.

Uzbekistan - Krivični zakonik Republike Uzbekistan<sup>64</sup> iz 1994. godine, u glavi šest pod nazivom: „Nedovršeno krivično delo“, u članu 26 definiše dobrovoljni odustanak kao prekidanje pripremnih radnji ili prekidanje izvršenja krivičnog dela ili sprečavanje nastupanja posledice ako je učinilac bio svestan mogućnosti dovršenja krivičnog dela. Takav učinilac nije krivično odgovoran osim ako faktički izvršena radnja sadrži sva obeležja bića drugog krivičnog dela. Dva su subjektivna elementa koja moraju postojati na strani učinioca krivičnog dela. To su: a) dobrovoljnost, dakle da je on sam svojom voljom doneo odluku da odustane od daljeg toka izvršenja nameravanog, planiranog krivičnog dela i b) svest, znanje učinioca da je u mogućnosti da nameravano krivično delo izvrši u celosti. Postoje tri vrste dobrovoljnog odustanka od krivičnog dela. To su: a) odustanak od pripremnih radnji – kada učinilac prekine pripreme radnje čime nije uopšte ni stvorio uslove za izvršenje krivičnog dela, b) odustanak od nesvršenog pokušaja – kada učinilac prekine preduzimanje delatnosti koja je upravljena na dovršenje krivičnog dela i c) odustanak od svršenog pokušaja – kada učinilac spreči svojom naknadnom delatnošću nastupanje posledice.

## 6. Zaključak

Dobrovoljni odustanak je institut opšteg dela krivičnog prava koji je sličan pokušaju krivičnog dela. Njihova osnovna sličnost se ogleda u činjenici da u oba slučaja postoji: a) odluka za izvršenje krivičnog dela,

<sup>64</sup> *Official gazeta* No. 2012-XII.

b) započinjanje ili okončanje radnje izvršenja koja čini elemenat bića krivičnog dela i c) izostanak posledice u smislu povrede ili ugrožavanja napadnutog objekta u spoljnom svetu. Stoga se dobrovoljni odustanak i sistematizuje u krivičnim zakonima u stadijume izvršenja krivičnog dela. U literaturi se često za ovaj institut koristi naziv „dobrovoljni odustanak od pokušaja“. Dobrovoljni odustanak uvek pretpostavlja postojanje pokušaja, odnosno umišljajno započinjanje radnje izvršenja određenog krivičnog dela. Zato je neophodno da su za postojanje ovog instituta ispunjeni i svi elementi koje zakon zahteva za postojanje pokušaja krivičnog dela.

Prema zakonskom tekstu iz člana 32 Krivičnog zakonika Republike Srbije dobrovoljni odustanak postoji kada je učinilac pokušao izvršenje krivičnog dela, ali je dobrovoljno (svojevoljno) odustao od njegovog izvršenja ili je sprečio nastupanje posledice, odnosno kada je saizvršilac, podstrekač ili pomagač dobrovoljno sprečio izvršenje krivičnog dela kome je doprinio. To znači da je dobrovoljni odustanak moguć i kod nesvršenog i kod svršenog pokušaja (ali ne i kod nepodobnog pokušaja), bilo da se radi o delatnosti izvršioca, saizvršioca, podstrekača ili pomagača koji su svojim aktivnim radnjama sprečili nastupanje posledice krivičnog dela.

Za postojanje dobrovoljnog odustanka, i u našem, kao i u inostranom krivičnom pravu, potrebno je ispunjenje sledećih uslova:

1. dobrovoljnost odustanka učinioca od krivičnog dela (subjektivni elemenat) - odustanak je dobrovoljan kada učinilac sam, svojevoljno, autonomno donese na osnovu sopstvenog samoodređenja odluku o prekidanju započete radnje izvršenja ili o otklanjanju posledice posle izvršene radnje krivičnog dela, iako je bio svestan da krivično delo može dovršiti. To znači da učinilac treba da svojevoljno, samostalno donese odluku o odustajanju, da je ona rezultat njegovog slobodnog samoodređenja, a ne da je ona rezultat dejstva spoljnih okolnosti, i

2. konačan odustanak učinioca od izvršenja krivičnog dela (objektivni elemenat) - odustanak je konačan kada je izraz čvrste odluke učinioca da ne nastavi sa izvršenjem krivičnog dela. Nema dobrovoljnog odustanka, ako učinilac prekida započetu radnju izvršenja zbog objektivnih teškoća koje ne može da savlada ili nepovoljnih uslova da bi je nastavio kasnije kada se budu stekli povoljni uslovi, odnosno ako odlaže preduzimanje radnje izvršenja iz istih razloga. To je odlaganje izvršenja radnje, a ne i odustanak od njenog preduzimanja u potpunosti.

Dobrovoljni odustanak postoji samo u slučaju kada je usled preduzete radnje izvršenja krivično delo ostalo u pokušaju (bez nastupanja posledice). To znači da on ne postoji ako je krivično delo izvršeno do kraja. Tada postoji „neuspeli odustanak“. Motivi zbog kojih se odustaje nisu od značaja za postojanje dobrovoljnog odustanka. Oni mogu biti različiti (altruistički ili egoistični) i ne moraju da budu moralne prirode budući da dobrovoljni odustanak nije moralni, već psihološki pojam. Vrednovanje ovih motiva može biti od značaja kod kažnjavanja, ali ne i za postojanje odustanka kao opšteg instituta krivičnog prava.

**Prof. Dragan Jovašević, Ph.D**

Full Professor

Faculty of Law at the University of Niš

## **VOLUNTARY ABANDONMENT OF CRIMINAL OFFENSE**

### **- theory, practice and comparative law –**

#### Summary

Several stages can be differentiated in the process of commission of criminal offence. The first and obligatory stadium, for which there is no punishment in contemporary criminal law, is the making of decision to commit a criminal offence. Sometimes the actualization of this decision requires certain preparatory activities. They comprise various activities by which conditions and preconditions are created for the commission of criminal offence. After making the decision and creating convenient preconditions, the perpetrator commits the actual criminal offence (either by acting or by failing to act) in order to cause the consequence on the subject of his/her attack. However, it is possible that the perpetrator, due to various reasons, changes his mind although he has already started or even completed the activity that is incriminated as a criminal offence by the law and abandons further commission of criminal offence. That is known

---

as voluntary abandonment of criminal offense, which is well known in numerous contemporary criminal legislations that consider it particularly important as a ground for the mitigation of punishment or even complete remittance of punishment for the perpetrator of a criminal offense that has not caused consequences in the outer world. The definition, characteristics, conditions, nature and significance of voluntary abandonment of criminal offense in theory, judicial practice and contemporary criminal legislation are discussed in this paper.

**Key words:** perpetrator, decision, action, abandonment, voluntary, criminal sanction



## KORIŠĆENJE I ZAŠTITA POJEDINIH INSTITUTA PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE KOD FRANŠIZING UGOVORA

### *Apstrakt*

*Poslovni koncept franšizinga, koji se u praksi realizuje putem franšizing ugovora, sadrži u sebi elemente niza veoma značajnih pravnih instituta. Među najznačajnije institute u sastavu franšizing posla, ključne za uspešnu realizaciju njegove suštine, spadaju instituti iz domena intelektualne svojine. U sklopu prava iz oblasti intelektualne svojine koja se ustupaju franšizing ugovorima, instituti know-how-a, poslovne tajne i uopšte poverljivih informacija imaju izuzetno veliki značaj. Imajući u vidu činjenicu da se ovi instituti štite na „specifičan“ način pitanje njihove upotrebe i zaštite u franšizing poslovanju (naročito kad se radi o master franšizing ugovorima) je veoma interesantno. U radu se analizira pitanje korišćenja i zaštite instituta know-how-a, poslovne tajne i poverljivih informacija u franšizing ugovorima.*

**Ključne reči:** *franšizing ugovor, master franšizing ugovor, know-how, poslovna tajna, poverljiva informacija.*

### **1. Franšizing – poslovni koncept i ugovor**

Franšizing je moderan oblik poslovanja kreiran i usavršen sredinom prošlog veka od strane američke poslovne prakse<sup>2</sup>. Iz Amerike, zemlje u kojoj je nastao, franšizing se proširio praktično na sve kontinente i sve zemlje, najpre one sa razvijenijom tržišnom privredom a potom

<sup>1</sup> Redovni profesor, Pravni fakultet, Univerzitet „Privredna Akademija“ Novi Sad, mail: ivanka.spasic@sbb.rs

<sup>2</sup> M. Draškić, *Ugovor o franšizingu*, Beograd, 1983., 9 i dalje.

i one nerazvijenije i zemlje u razvoju<sup>3</sup>. Osim teritorijalne ekspanzije, poslovanje po franšizing sistemu proširilo se u gotovo sve segmente privrede, sa izuzetkom teške industrije i poljoprivrede<sup>4</sup>.

Ekonomski gledano, franšizing je poslovni koncept određenih karakteristika; to je metod poslovne saradnje između samostalnih privrednih subjekata<sup>5</sup>, zasnovan na ugovoru<sup>6</sup>. Ugovor je pravni instrument putem koga se ovaj (privredni) posao realizuje u praksi (odnosno u pravnom prometu).

Imajući u vidu veliku ekspanzivnost franšizing poslovanja kako onu teritorijalnu tako i po segmentima privrede, jasno je da postoje različiti oblici franšizing poslova. Analogno karakteristikama i složenosti posla (o kome se konkretno radi) i ugovori o franšizingu se međusobno razlikuju, pre svega po stepenu (njihove) složenosti. Počevši od najjednostavnijih ugovornih oblika kakav je recimo *unit franchising* pa sve do najsloženijih oblika *master franchising agreement* – a ovi ugovori pokazuju neke opšte i zajedničke karakteristike (koje su najvažnije i predstavljaju samu „srž“ franšizing poslovanja) ali i niz specifičnosti koje, takođe, imaju nesumnjivo velikog značaja.

Franšizing posao, kao veoma složen privredni posao, sadrži u sebi elemente velikog broja drugih privrednih poslova, recimo, elemente prodaje (isporuka robe od strane davaoca franšizinga), elemente naloga (obaveza korisnika franšizinga da štiti interese davaoca franšizinga) elemente vršenja usluga (obuka kadrova korisnika franšizinga, opremanje poslovne jedinice, vođenje poslovnih knjiga itd.); među najvažnije elemente franšizing posla spadaju elementi ustupanja i prenosa određenih prava i znanja, ovi elementi, koji nesumnjivo čine suštinu franšizinga, spadaju u domen (prava) intelektualne svojine.

<sup>3</sup> O rastu i razvoju franšizing poslovanja videti opširnije kod M.Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 5th.ed., 1992.

<sup>4</sup> O oblastima privrede u kojima se franšizing posao najčešće pojavljuje kao i o karakteristikama poslovanja u tim oblastima videti kod I. Spasić, „Osnovi franšizing poslovanja“, *Strani pravni život*, 2006, br. 1-3, 426 – 427; opširnije na tu temu I. Spasić, *Franšizing posao*, Beograd, 1996, 53-57.

<sup>5</sup> O oblicima i aspektima poslovne saradnje videti opširnije kod V.R. Emerson, „Franchising and the Collective Rights of the Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, vol. 43, 1508; isto M.Draškić, 9.

<sup>6</sup> Kada se govori o franšizingu kao obliku kooperacije (poslovne saradnje) naročito se ističe njegova ugovorna zasnovanost budući da se poslovna saradnja može zasnivati i na drugim osnovama, pre svega organizacionim odnosno statusnim, mada su mogući i svojinskopravni oblici.

## 2.Specifičnosti i modaliteti franšizing ugovora

Poslovni koncept franšizinga realizuje se u pravnom prometu putem ugovora o franšizingu. Ugovor o franšizingu je specifičan i složen ugovor kod koga jedna ugovorna strana-davalac franšizinga ustupa (na korišćenje) drugoj ugovornoj strani-korisniku, ekskluzivno pravo prodaje robe i /ili/ vršenja usluga, omogućavajući mu da nastupa pod njegovim zaštićenim imenom (firmom), uz mogućnost korišćenja licenci njegovih trgovačkih i robnih žigova i drugih znakova razlikovanja, zatim njegovih komercijalnih i tehničkih metoda poslovanja (*know how*-a) kao i marketinga i oglašavanja i uz pružanje usluga stručne pomoći i obučavanja kadrova. Davalac franšizinga ima, tokom čitavog trajanja poslovnog odnosa, pravo nadzora i kontrole nad radom korisnika franšizinga. Korisnik franšizinga plaća naknadu za sva prenetu prava i ustupljena znanja (najčešće) ustupajući davaocu odgovarajući procenat od dobiti ostvarene od poslovanja odnosno prometa.

Zaključivanjem franšizing ugovora korisnik franšizinga se uključuje u poslovni sistem davaoca ostajući istovremeno samostalan privredni subjekat, koji posluje u svoje ime, za svoj račun i na svoj rizik.

Integrisanost u poslovni sistem franšizinga, a time i složenost franšizing odnosa (kao i složenost i komplikovanost njemu pripadajućeg ugovora), menjala se, naravno, tokom razvoja franšizing poslovanja. Od najjednostavnijih oblika (ekskluzivne) prodaje robe i/ili vršenja usluga pod firmom davaoca, franšizing je postepeno evoluirao u složeni poslovni (kooperativni) odnos u kome korisnik, kao samostalni privredni subjekat, postaje sastavni deo poslovnog sistema davaoca; on nastupa pod davaočevom firmom, koristi njegove distinktivne znakove, ali koristi i celokupan korpus davaočevih znanja o poslovanju (*know-how* – kako komercijalni tako i tehnički), zatim usluge marketinga, reklamiranje. Budući da postoji znatno veći stepen integrisanja u davaočevo poslovni sistem proporcionalno se povećava i stepen nadzora i kontrole od strane davaoca franšizinga<sup>7</sup>. Povećan broj elemenata u sistemu poslovanja uslovljava usložnjavanje ugovora.

Razvojno posmatrano, jednostavniji oblici franšizinga, koje karakteriše manji stepen poslovne integracije, predstavljaju prvu fazu franšizing poslovanja – fazu „tradicionalnog“ koncepta. Složeniji oblici, za koje je karakterističan viši stepen integracije korisnika u poslovni

---

<sup>7</sup> M.Jović, „Franšizing u praksi-istine i zablude“ *Zbornik radova „Kooperacija uslov opstanka malih privrednika i velike korporacije“*, Vrnjačka Banja, 1990, 4..

sistem davanja franšizinga, predstavljaju drugu fazu razvoja franšizing poslovanja, to je faza „integrativnog“ koncepta. Integrativnu fazu razvoja obeležio je munjevit razvoj franšizinga „poslovnog formata“ (*business format franchising*).

Nesporno je, dakle, da složenije i kompleksnije oblike poslovnog odnosa prate složeniji tipovi (franšizing) ugovora. Veliki broj poslovnih operacija koje karakterišu franšizing „poslovnog formata“ normalno utiču na složenost ugovora kojima se ovaj poslovni odnos realizuje.

Kada se govori o modalitetima franšizinga značajno je koji će se kriterijum usvojiti kao polazna osnova; najpoznatija tipologija polazi od delatnosti u kojoj se razvijaju franšizing sistemi; sledeći ovaj kriterijum franšizing poslovi se razvrstavaju na tzv. „tradicionalne“ oblike – proizvodni (*industrial*), robni i uslužni franšizing. Sa druge strane stajao bi „integrativni“ sistem franšizinga poslovnog formata (*business format franchising*).

Proizvodni (*industrial*) franšizing je najstariji oblik franšizing posla, kod ovog oblika predmet posla je proizvodnja i promet određene vrste robe; roba se proizvodi po recepturi, na način i uz korišćenje tehnologije davanja franšizinga. Kod proizvodnog franšizinga prenosi se licenca žiga i *know-how* (za proizvodnju), kao i osnovni sastojak za proizvodnju (sirup, esencija) od koga se, uz pomoć davaočeve tehnologije, proizvodi gotov završni „poznati“ proizvod<sup>8</sup>. Ovaj oblik je najčešći kod proizvodnje i distribucije bezalkoholnih pića (*Coca-Cola; Schweps, Fanta*). U pravnim sistemima većine država ovaj ugovor se najčešće kvalifikuje kao ugovor o licenci (budući da su ovi elementi u ugovoru dominantni).

Kod robnog franšizinga (*product franchising*) predmet posla je distribucija jedne ili više vrsta roba u svrhu prodaje krajnjim korisnicima odnosno potrošačima. Suština posla se sastoji u ustupanju (ekskluzivnih) prava i znanja (poslovnog *know-how-a*) vezanih za distribuciju određenog proizvoda. Korisnik franšizinga stiče ugovorom pravo da prodaje proizvode koji pripadaju davaocu uz pravo korišćenja davaočevog poslovnog imena, žiga i ostalih distinktivnih znakova, čime se postiže viši nivo ekskluziviteta i identiteta sa davaocem (benzinske

<sup>8</sup> Korisnik franšizinga dobija (obično ekskluzivno, za celu zemlju) prvo proizvodnje određenog proizvoda čiju potpunu recepturu zna samo davalac franšizinga (originalni proizvođač). Uz ustupljeno pravo korisnik dobija i „sirup“-bazu proizvoda od koje (uz pomoć ustupljene tehnologije) pravi gotov proizvod koji i distribuira. Ovaj oblik franšizinga zastupljen je najviše kod proizvoda koji u originalnom obliku nisu pogodni za manipulaciju u prometu jer su „kabasti“ (tečnosti koje se ne mogu transportovati), stoga se ustupa „sirup“ i znanje kako da se od njega napravi (i potom distribuira) finalni proizvod.

pumpe, franšizing u automobilskoj industriji). U nacionalnim pravnim sistemima ovaj ugovor se najčešće kvalifikuje kao ugovor o distribuciji (praktično se identifikuje sa njim).

Pored proizvodnog i robnog u „tradicionalne“ oblike spada i franšizing usluga; kod ove vrste posla radi se o ustupanju prava korišćenja poslovnog i tehničkog znanja i iakustva vršenja određenih usluga. Poslovanje korisnika se obavlja pod imenom (firmom) davaoca franšizinga uz korišćenje licenci njegovih žigova i distinktivnih znakova, kao i *know-how*-a.

Pored navedenih „tradicionalnih“ oblika postoji, u savremenoj praksi franšizinga, novi oblik poslovanja – franšizing poslovnog formata (*business format franchising*) koji je postao sinonim za franšizing posao uopšte. Zbog izuzetne složenosti i kompleksnosti prava koja se ustupaju kod ovog novog modaliteta, kao i zbog stepena integrisanosti korisnika u poslovni sistem davaoca franšizinga, ovaj franšizing oblik započinje novu fazu u franšizing poslovanju – fazu „integrativnog“ koncepta. Franšizing poslovnog formata se može pojaviti kod svih pominjanih oblasti poslovanja (proizvodnja, prodaja robe, vršenje usluga), ono što ga izdvaja u posebnu kategoriju to je ustupanje celokupnog „poslovnog paketa“<sup>9</sup>. Pored skupa svih ustupljenih prava i znanja vezanih za poslovanje, marketing, metode plasmana, *image*, sastavni deo „poslovnog paketa“ predstavlja i pružanje stručne pomoći i ovlašćenja u vezi vršenja kontrole koje ima davalac franšizinga.

Korišćenjem *business format franchising*-a postiže se u praksi multiplikovanje (umnožavanje) poslovnog sistema na potpuno identičan i unificiran način (što je i intencija kako davaoca tako i korisnika franšizinga, svakog od njih rukovođenog sopstvenim razlozima<sup>10</sup>).

Ovakvi vidovi uniformisanja stvaraju utisak kod potrošača da je ceo sistem integrisan na svojinskim osnovama (što stvara veći stepen psihološke „sigurnosti“ kod potrošača). Integracija je naravno ugovorna a ne svojinska, radi se o poslovno nezavisnim subjektima (kako je već napred istaknuto).

---

<sup>9</sup> Poslovni paket sačinjavaju najrazličitiji elementi kao što su formula poslovanja, metode plasmana, licence, žigovi, *know-how* itd.

<sup>10</sup> O razlozima stupanja u posao franšizinga kao i prednostima i manama posla za ugovorne strane videti kod . I. Spasić (1996) 423 i dalje.

Pored ove tipologije koja je najuobičajenija (a koja polazi od oblika poslovanja) može se govoriti i o podeli tipova ugovora kojima se franšizing poslovi realizuju; ovakva podela mnogo se ređe koristi.

Jedan od osnovnih oblika franšizing ugovora je jedinični (odnosno pojedinačni) ugovor o franšizingu (*unit franchising agreement*), ovo je direktni ugovor kod koga se prava iz franšizing odnosa ustupaju individualnom korisniku od strane davaoca - direktno. Ovakav oblik ugovora najčešće se koristi kod franšizing poslova u nacionalnim okvirima dok u međunarodnim poslovima franšizinga nisu uobičajeni. Ovi ugovori su uglavnom standardizovani i prilagođeni uslovima poslovanja davaoca (u ređim međunarodnim poslovima prilagođeni su uslovima poslovanja zemlje domaćina<sup>11</sup>). Osim što može biti samostalan direktan ugovor, jedinični franšizing može služiti i za finalizovanje drugih oblika franšizing posla, recimo, ugovora o master franšizingu ili razvojnih (*development*) ugovora.

Razvojni ugovori (*development agreements*) se zaključuju kada davalac franšizinga ustupa korisniku pravo da obavlja franšizing poslovanje otvarajući veći broj poslovnih jedinica na utvrđenoj teritoriji; na ovoj (ekskluzivnoj) teritoriji korisnik franšizinga ne sme imati konkurenciju drugih poslovnih subjekata, uključujući tu i samog davaoca. Postoje načelno dva tipa razvojnih poslovnih aranžmana, za oba je zajedničko pravo korisnika da otvara poslovne objekte na određenom području u skladu sa određenom dinamikom; razlike postoje samo u oblicima pravnog subjektiviteta koji ovakve poslovne jedinice imaju<sup>12</sup>.

*Corner franchising* ugovori povezani su sa sužavanjem teritorije na kojoj se dobija ekskluzivitet; tako se u okviru jednog grada može uspostaviti veliki broj objekata koji funkcionišu po osnovu franšizinga<sup>13</sup>.

Master franšizing je danas praktično najvažniji i svakako najsloženiji oblik franšizinga<sup>14</sup>, prvenstveno kada se radi o poslovima

---

<sup>11</sup> Opširnije videti kod M. Parivodić, *Ugovor o franšizingu*, doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002, 59 i dalje.

<sup>12</sup> M. Parivodić, 60.

<sup>13</sup> T. Milenković-Kerković, *Autonomni ugovori trgovinskog prava*, Niš, 2008, 135.

<sup>14</sup> O osobinama master franšizing poslova v. M. Abell, *The International Franchising Option*, London, 1990, 4; isto M. Abell, *European Franchising Law and Practice*; GB, 1991, 24 i dalje.

međunarodnog karaktera<sup>15</sup>. Master ugovorom davalac (master) franšizinga ustupa lokalnom partneru ekskluzivno pravo da, na određenoj teritoriji (to može biti cela država ili manji segmenti državne teritorije, ali i teritorije više država), otvara poslovne jedinice i u njima posluje, ali i da ta ustupljena prava i sam dalje ustupa lokalnim saugovaračima - korisnicima franšizinga. U poslovima master franšizinga, ustupanje prava lokalnim saugovaračima od strane lokalnog partnera (pod-franšizing) ima zapravo veći značaj za master davaoca budući da više doprinosi razvoju i širenju mreže franšizinga (od razvijanja posla isključivo od strane lokalnog partnera). Kod realizacije master franšizing sporazuma egzistiraju (bar) dva involvirana ugovora, to su: međunarodni ugovor između master davaoca franšizinga (iz strane zemlje) i lokalnog partnera (saugovarača iz domaće zemlje) i pod-franšizing ugovor (ili ugovori) između lokalnog partnera koji se pojavljuje na domaćoj poslovnoj sceni kao davalac franšizinga i njegovih ugovornih partnera (pod franšizing ugovor ili ugovori ako ih ima više) . Između master davaoca iz strane zemlje i domaćih korisnika franšizinga ne postoji ugovorni odnos, korisnici franšizinga iz domaće zemlje su u ugovornom odnosu samo sa lokalnim davaocem (lokalnim partnerom master davaoca franšizinga)<sup>16</sup>. Već na prvi pogled je evidentno da je ovaj ugovorni konstrukt veoma složen; ono što se ne vidi na prvi pogled ali se veoma često javlja kao problem u praksi, to su veoma složeni odnosi između ugovornih strana koji nastaju (najčešće) u vezi sa ustupanjem prava iz intelektualne svojine (naročito ustupanjem licenci žigova; pod-licenca žiga je recimo zabranjena u određenom broju zemalja, u tom slučaju mora se zaključiti direktan ugovorni odnos između master davaoca franšizinga iz inostranstva i lokalnog korisnika franšizinga (jednog ili više njih) iz pod franšizing odnosa. Poteškoće nastaju i u slučaju raskida master ugovora budući da se javlja problem u vezi sa ostankom na snazi pod-franšizing ugovora (ili njihovim automatskim raskidom). Time lista potencijalnih problema naravno nije iscrpljena<sup>17</sup>.

Zbog velikog značaja master sporazuma UNIDROIT je doneo Vodič za franšizing, koji detaljno analizira sva najvažnija pitanja master

---

<sup>15</sup> Poslovi međunarodnog franšizinga mogu se realizovati na više načina: putem direktnog franšizinga (osnivanjem ogranaka i jedinica u stranoj zemlji); putem zajedničkih ulaganja –*joint venture* -a; putem master ugovora (*master franchising agreement*). Opširnije videti kod L. Peters, „The Draft UNIDROIT Guide to Franchising, How and Why?“, *Uniform Law Review*; 1996, n. 4, 700.

<sup>16</sup> O složenim odnosima kod master franšizinga, problemima i potencijalnim načinima njihovog rešavanja videti kod I. Spasić, „Vodič UNIDROIT – a za franšizing“, *Strani pravni život*, 2000, br. 1-2, 155-157 i 159-166.

<sup>17</sup> V. I. Spasić (1996), 450-456.

franšizinga, dajući istovremeno predloge rešenja kod najvažnijih pitanja (nekada su to i alternativna rešenja). Vodič detaljno informiše zainteresovane stranke i pruža im značajnu dozu sigurnosti i samopouzdanja u vezi sa potencijalnim poslom.

### 3. Primena pojedinih instituta intelektualne svojine u franšizing ugovorima

U franšizing poslovima izuzetno značajnu ulogu igraju i pojedini instituti koji, po svojoj prirodi, pripadaju pravu intelektualne svojine; u kontekstu franšizing poslova najveći značaj imaju žigovi i licence, distinktivni znakovi, know-how i poslovne tajne. Neki instituti autorskog prava (koje spada u širu kategoriju intelektualne svojine) mogu se, takođe, sresti u franšizing poslu; to se, pre svega, odnosi na tzv. priručnike za poslovanje (*manuals*), koji služe kao detaljno uputstvo korisnicima franšizinga prvenstveno u vezi sa proizvodnom tehnologijom i procesima stvaranja proizvoda ili usluge.

U ovom radu će biti reči prvenstveno o pitanjima vezanim za know-how i poslovne tajne, njihovo korišćenje i zaštitu, naravno sve to iz vizure franšizing posla i njegove realizacije.

Razlika između različitih instituta koji spadaju u kategoriju intelektualne (ili još preciznije industrijske svojine) je u vrsti, obimu i stepenu njihove zaštite; dok su pojedini oblici (patent, žig, licenca) formalno realizovani (prijavljeni, registrovani) pa shodno tome uživaju i formalnu pravnu zaštitu, drugi oblici kao što su know-how i poslovne tajne<sup>18</sup> (obično) nisu predmet ovakvog pravnog formalizovanja (bar ne u tolikom stepenu) te stoga imaju manji obim i mogućnost zaštite. Zaštita know-how-a i poslovnih tajni je pre svega faktička; ona se sastoji prvenstveno u nemogućnosti drugih (potencijalnih) korisnika i zainteresovanih subjekata da do određenih znanja (koja čine sadržinu know-how-a i poslovne tajne) dođu.

---

<sup>18</sup> I teorija i praksa pominju oba pojma paralelno, mada se često u tim diskusijama ne vidi dovoljan stepen razlike između njih; opširnije rasprave temu pojmovnog odvajanja ovih srodnih i povezanih instituta videti kod M.Parivodić, 165 i dalje i kod R. Prica, *Ugovor o know-how*, Beograd, 1981, 16-19.

#### 4. Know-how, poverljive informacije i poslovna tajna u kontekstu franšizing posla

Know-how-om se generalno smatra skupina poslovnog znanja koje se odnosi na neku specifičnu oblast u određenoj problematici. To poslovno znanje je obično kombinacija opšteg znanja (o suštini određenog pitanja) i iskustva stečenog u praksi. Priroda znanja i iskustava koja sačinjavaju know-how može biti veoma različita, to mogu biti komercijalna, tehnička, tehnološka, finansijska, administrativna i druge vrste znanja.

U kontekstu franšizing poslovanja know-how se prvenstveno pojavljuje kao komercijalni i tehnički<sup>19</sup>; obe vrste su izuzetno značajne i nezaobilazne za realizaciju i razvijanje posla. Pod komercijalnim know-how-om se podrazumevaju znanja i metodi organizovanja plasmana i prodaje robe i vršenja usluga, uvećavanja prometa, širenja mreže poslovanja, „pridobijanja“ potrošača; sumarno iskazano komercijalni know-how predstavlja određeni metod (sistem ili formulu) poslovanja. Koja će znanja konkretno sačinjavati metod poslovanja zavisi od svakog pojedinačnog posla (na primer suština poslovnog znanja o distribuciji i prodaji automobila biće svakako drugačija od poslovnih znanja o vođenju lanca hotela). Komercijalni know-how je od esencijalnog značaja za franšizing poslovanje (naročito za oblike „modernijeg“ i „razvijenijeg“ franšizinga). Tehnički know-how sačinjavaju specijalni proizvodni, tehnički i tehnološki metodi, koje je razradio davalac franšizinga a koji su neophodni u procesu realizacije franšizing posla; konkretno radi se najčešće o specijalnim recepturama, tehnološkim postupcima, tehničkim propisima i dokumentaciji, specifikacijama itd. Tehnički know-how je najčešće akcesorni uz komercijalni. U svojoj ukupnosti know-how predstavlja suštinu franšizing posla.

Pored know-how-a od izuzetnog značaja u franšizing poslu je i institucija poslovne tajne, neotkrivenih (tajnih) podataka (informacija) neophodnih u realizaciji posla. Poslovna tajna je, dakle, (neotkrivena, neobjavljena) informacija<sup>20</sup> koja se odnosi na poslovanje (pretstavlja važan aspekt posla), ima ekonomsku vrednost za učesnike u poslu; tajnu poseduje onaj ko je razvio određeni posao i on ima (ekonomski)

<sup>19</sup> Opširnije v. Ph. Bessis, *Le contract de franchisage*, Paris, 1986; 66.

<sup>20</sup> Da bi se smatrala poslovnom tajnom informacija mora ispunjavati određene uslove : potrebno je da je upotrebljiva u privrednom životu, da njen imalac preduzima faktičke i pravne radnje da očuva njenu tajnost odnosno da spreči dostupnost informacije drugim licima (konkurentima), da informacija ima ekonomsku (privrednu) vrednost, v. S. Marković, „Poslovna tajna kao predmet ugovora o prenosu industrijske svojine“, *Pravni život*, 1993, br. 11-12, 1631-1632.

interes da se tajna ne sazna (jer time on gubi poslovnu prednost nad potencijalnim konkurentima). Tajna informacija ima, uslovno rečeno, tržišnu vrednost koju određuje odnos ponude i tražnje, informacije koje su javne i opštepoznate nemaju karakter tajnosti pa nemaju ni tržišnu vrednost u tom smislu<sup>21</sup>.

Postavlja se pitanje kakva veza postoji između know-how-a i poslovne tajne; očigledno je da je poslovna tajna veoma bitan deo poslovnog znanja i iskustva koji čine know-how; može se reći da je poslovna tajna tzv. poverljivi (*confidential*) know-how. Evidentno je da nije ceo know-how tajan, ali jedan njegov deo jeste – taj neotkriveni deo know-how-a čini poslovnu tajnu<sup>22</sup>. Iz svega rečenog jasno je da je poslovna tajna nešto uži pojam od know-how-a, ona je samo deo know-how-a i to onaj deo koji je iztuzetno značajan i specifičan, originalan i specijalno zaštićen<sup>23</sup>.

U pravnoj teoriji postoje određene razlike u tumačenju pojmova know-how-a, trgovačke tajne (*trade secret*)<sup>24</sup>, poslovne tajne; ipak, postoji konsenzus oko toga da je, kod svih ovih instituta (ako se radi o više njih), reč o veoma značajnim neotkrivenim informacijama, čija tajnost i njena zaštita predstavljaju suštinsko pitanje.

## 5. Pravna zaštita know-how i poslovne tajne

Zbog velikog značaja koji imaju know-how i poslovna tajna su zaštićeni na različite načine, prvenstveno ugovorno. Pored ugovornog i pozitivno pravo štiti ove institute, obično posrednim putem (krivičnopravna zaštita, zaštita koju pružaju odredbe pravila konkurencije, pravila o građanskoj deliktnoj odgovornosti, itd.).

<sup>21</sup> S. Marković, 1632.

<sup>22</sup> Ilustracije radi posmatraćemo primer poslovnih subjekata koji pružaju usluge fast food-a; poznato je da je asortiman ovih usluga veoma sličan, znanje o proizvodnji i pružanju ovih usluga evidentno nije tajno budući da sve firme imaju istu ili sličnu ponudu, ipak svaka ima i neki mali „specijalitet“ po kome se njena ponuda razlikuje od drugih, to specijalno „rešenje“ koje kreira samo taj poslovni subjekt, bez obzira da li se radi o receptu, nekom začinu, specijalnom načinu spravljanja ili pakovanja, to se može tretirati kao poslovna tajna (ako ispunjava određene uslove).

<sup>23</sup> Bez obzira na postojeće razlike u praksi je razlikovanje pojmova know-how-a od poslovne tajne, poverljive informacije, neotkrivene informacije nekada izuzetno teško.

<sup>24</sup> Izraz trgovačka tajna (*trade secret*) koristi se, prevashodno u pravu SAD, za neotkrivene informacije, videti opširnije M. Parivodić, 172.

Na međunarodnom planu problematika vezana za pojam i zaštitu know-how i poslovne tajne sadržana je u čl. 39 (2) Sporazuma o trgovačkim aspektima intelektualne svojine (TRIPS), koji se nalazi u Aneksu Sporazuma o osnivanju STO. Ovaj član predviđa uslove koje tajni (neotkriveni) podaci moraju ispunjavati da bi obezbedili pravnu zaštitu. Ovi uslovi se odnose na tajnost (koja ne mora biti apsolutna, dovoljna je faktička nedostupnost podataka onima koji sa takvim informacijama rade), zatim na trgovačku vrednost neobjavljenih informacija i konačno na potrebu da se preduzmu konkretne (pravne) mere da bi se tajnost zaštitila.

Pored odredaba sadržanih u „TRIPS“-u i tipski međunarodni ugovor MTK o franšizingu sadrži, u drugom odeljku, odredbe o know-how-u, obavezama ugovornih strana u vezi sa njegovim prenošenjem i zaštitom.

Najznačajniji vid međunarodnopravne zaštite know-how-a i poslovne tajne predstavljaju odredbe UNIDROIT Vodiča za franšizing. U tekstu Vodiča je naglašeno da se predviđene odredbe o pravnoj zaštiti know-how-a odnose i na sve slične ili identične institute pod različitim imenima<sup>25</sup> („poslovna tajna“, „trgovačka tajna“, „poverljive informacije“ itd.<sup>26</sup>). Vodič za franšizing se poziva na definiciju, elemente i pojam zaštite koji su uspostavljeni odredbama čl. 39(2) „TRIPS“a, ali ih i dodatno i detaljno obrađuje<sup>27</sup>, čime su razjašnjene određene nedoumice i ambivalentni stavovi u vezi sa konceptom „poslovnog znanja i iskustva“, „neotkrivenih informacija“, „poslovne tajne“, „trgovačke tajne“. Vodič za franšizing se odnosi samo na master franšizing sporazume, kao najsloženije, ali se većina odredaba o zaštiti know-how-a može primeniti na sve franšizing ugovore.

## 6. Odredbe o zaštiti know-how-a u master franšizing sporazumu

Pošto je utvrdio pojam know-how-a i poslovne tajne kao poverljivih (neotkrivenih) informacija, Vodič je istakao situaciju koja se javlja u vezi sa potrebom upoznavanja službenika (korisnika franšizinga)

<sup>25</sup> V. *Guide to International Master Franchise Agreements*, UNIDROIT, Study LXVIII-Doc. 17, 72.

<sup>26</sup> O razlikama i sličnostima videti opširnije kod M. Parivodić, 175

<sup>27</sup> Vodiči, kao što je poznato, ne regulišu materiju kojom se bave već je detaljno analiziraju i objašnjavaju ukazujući potencijalnim zainteresovanim stranama na sve specifičnosti i moguća rešenja.

sa poverljivom informacijom; službenici i saradnici učestvuju u procesu poslovanja (proizvodnje robe, pružanja usluge, kreiranja marketinga itd.), oni moraju biti upoznati sa tajnim poslovnim informacijama koje se odnose na ove aspekte poslovanja, u protivnom ne bi bili u stanju da obavljaju taj posao. Ono što se nametnulo kao jedino prihvatljivo rešenje to je (najčešće ugovorno) obavezivanje saradnika na poštovanje obaveze tajnosti odnosno neotkrivanja podataka o poslovanju (bar u određenom periodu).

Vodič je dalje istakao problem garancija (*warranties*) u pogledu vlasništva nad know-how-om. Lokalni partner (lokalni davalac franšizinga) treba da bude siguran u to da je davalac franšizinga i vlasnik know-how-a; isto tako, lokalni korisnici franšizinga moraju biti sigurni da je lokalnom davaocu, master ugovorom, zaista ustupljeno pravo da dalje ustupa know-how. Budući da nema obaveze registracije, pitanja garancije i njihovog stepena su prepuštena nacionalnim pravnim sistemima i praksi.

U Vodiču je zatim istaknuto i pitanje razlike između „ustupanja“ (*assignment*) i „licenciranja“ (*licensing*) know-how-a. Kod ustupanja know-how-a vlasnik prenosi i pravo svojine i pravo korišćenja nad know-how-om; kod licenciranja se na korisnika franšizinga prenosi samo pravo korišćenja know-how-a, na određenoj teritoriji i za određeni period vremena; davalac franšizinga ostaje i dalje vlasnik know-how-a<sup>28</sup>.

U praksi, know-how se prenosi prvenstveno posredstvom operativnih priručnika (*manuals*), kao i putem početne i tekuće obuke koju pruža davalac franšizinga tokom trajanja ugovora. Ustupanje know-how-a podrazumeva i svako tekuće usavršavanje koje se postiže razvijanjem poslovanja. Bez obzira na praktičan metod upoznavanja članova mreže sa usavršavanjem tehnike poslovanja (nova izdanja priručnika, dopune priručnika, periodični ili dodatni kursevi obuke, sastanci sa davaocem itd.) informisanje korisnika franšizinga (lokalnog partnera) je obaveza davaoca franšizinga tokom celog trajanja posla. Korisnik franšizinga (lokalni partner u master sporazumu) je sa druge strane dužan da, kao davalac franšizinga, obaveštava svoje saugovarače (korisnike) o svim inovacijama u poslovanju (koja je saznao od master davaoca).

Kada se govori o zaštiti know-how-a potrebno je ukazati na važnost sprečavanja (krajnjih) korisnika know-how-a da otkriju podatke koje su

---

<sup>28</sup> Opširnije o ustupanju know-how-a i teritorijalnom ograničavanju licenci videti u Vodiču za međunarodne sporazume o master-franšizingu (drugo izdanje) u prevodu prof. dr Tamare Milenković-Kerković, UNIDROIT-Rome, 2007; Ekonomski fakultet Univerziteta u Nišu, 2010, 136.

tokom poslovanja saznali (budući da su deo poslovnog sistema); zakonska pravila o zaštiti poslovne tajne u zemlji korisnika mogu biti nedovoljna da obezbede efektivnu zaštitu (korisnici franšizinga nisu u ugovornom odnosu sa master davaocem franšizinga). Pod-davalac franšizinga će se, pak, smatrati odgovornim (po osnovu ugovora) za kršenje obaveze otkrivanja podataka svojih korisnika, službenika i saradnika.

## 7. Ugovorne klauzule o zaštiti know-how-a

Kada se radi o zaštiti know-how-a u ugovore se unose klauzule koje štite njegove višestruke aspekte. Shodno njihovoj sadržini klauzule koje služe da zaštite know-how mogu se odnositi na period trajanja ugovora kao i na period koji sledi po njegovom okončanju. Klauzule kojima se štiti know-how tokom trajanja ugovora su klauzule o poverljivosti podataka, klauzule o (ne)konkurenciji, klauzule o „uzvratnom ustupanju“ i klauzule o polju primene.

*Confidentiality clauses* (klauzule o poverljivosti) se unose u master i pod-franšizing sporazume; ove klauzule zabranjuju lokalnom partneru iz master ugovora i lokalnim korisnicima franšizinga da otkrivaju trećim licima sadržinu know-how-a i drugih poverljivih poslovnih informacija koje su im ustupljene. Ova zabrana se ne odnosi na službenike i saradnike ovih lica (o čemu je napred bilo reči). Moguće je i često se praktikuje da davalac franšizinga sa službenicima zaključi specijalni sporazum o poverljivosti informacija i tako ih neposredno obaveže na tajnost. Obaveza neotkrivanja informacija ne prestaje okončanjem sporazuma već traje dok informacija ne postane „javna“ odnosno opštepoznata.

Klauzule o (ne)konkurenciji obavezuju korisnika franšizinga da ne konkuriše davaocu koristeći znanje i iskustvo o poslovanju koje je od njega stekao.

Upotrebom *Grant-back* („uzvratnih“) klauzula lokalni partneri u franšizing poslovnoj mreži se obavezuju da sve inovacije, poboljšanja i usavršavanja „uzvrate“ davaocu (master) franšizinga. Budući da je franšizing posao integrativna struktura ovakve klauzule imaju svoje opravdanje.

Klauzule o „polju primene“ ograničavaju upotrebu ustupljenog know-how –a u druge poslovne svrhe osim onih za koje je ustupljen ceo franšizing sistem.

Dejstvo zaštitnih klauzula često ne prestaje okončanjem ugovora; da bi se ovo „zaštitno dejstvo“ proteglo i na post-ugovorni period potrebno je uneti u sporazum odgovarajuće klauzule. Obaveza tajnosti odnosno poverljivosti ne može se nametnuti korisnicima ako je, u međuvremenu, know-how postao opšte poznat ili prihvaćen. Klauzule o (ne)konkurenciji su takođe vid zaštite po okončanju ugovora, naime, lokalni partneri u mreži master franšizing posla (lokalni davalac i korisnici) se ugovorom obavezuju da se neće, direktno ili indirektno, angažovati u poslu koji je isti ili sličan poslu davaoca (master) franšizinga, na određenoj teritoriji i u okviru vremenski „razmnog“ roka.

U slučaju da su lokalni partneri, tokom poslovanja u okviru „lokalne“ poslovne franšizing mreže, razvili svoj specifični know-how, biće im dozvoljeno da taj svoj know-how koriste kad se ugovor o master franšizingu okonča. Potrebno je, naravno, da specifičnost njihovog know-how-a (u odnosu na davaoček) bude nesumnjiva.

---

**Prof. Ivanka Spasić Ph.D.**

Full Professor at the Faculty of Law, University „Business Academy“  
Novi Sad

## **USE AND PROTECTION OF CERTAIN RIGHTS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN FRANCHISING CONTRACTS**

### Summary

Franchising business concept, realized in practice by franchising contracts, has the elements of many legal institutes. Among the most importantes, crucial for it's realization, are the institutes of intelectual property rights. In the corpus of intelectual property rights, generally used in franchising, the most important ones are kinds of undisclosed informations; at first, the institute of know-how, and, the other rights very similar to it. These institutes are trade secrets (generaly considered as a special part of know-how).

This article is dealing with use of know-how and the trade secrets in franchising contracts, at first in the master franchising contracts (because the master franchising contract is the most interesting and the most complicated of all franchising agreements), but into the franchising contract in general, also.

Besides the use of know-how and trade secrets, as the most importante institutes of intelectual property rights for franchising method of business, autor is analyzing the question of the protection of those institutes in franchising contracts.

**Key words:** Franchising contract, Master franchising agreement, Know-How, Trade Secret, Undisclosed Information.



---

Проф. др Радослав Гаџиновић<sup>1</sup>

Оригинални научни рад

UDK: 323.281:343.31(439.5)

## АУСТРОУГАРСКИ ВЕЛЕИЗДАЈНИЧКИ СУДСКИ ПРОЦЕСИ

*Ко стварно и искрено љуби своју  
отаџбину, гладан је и презрен као  
пас, а велики и узвишен као бог.*

**Петар Кочић**

### *Апстракт*

*Овај рад је покушај аутора да укаже на правно и политичко насиље над грађанима Босне и Херцеговине од стране Аустроугарске монархије кроз организовање велеиздајничких просеца у Загребу, Бечу и Бања Луци, као шест ђачких процеса у градовима БиХ. Ови процеси су усмерени против целокупног српског нарада, с циљем да се оптужи за изазивање Великог рата, те да се та одговорност искористи за бр-зу ликвидацију српског националног покрета. Аустроугарске власти су оцениле да се, без обзира на околности, мора одлучно наступити прот-ив „оног дела Срба који су непријатељски расположени према царст-ву”. Оцењено је да је „само један мали део Срба из Босне и Херцеговине заиста лојалан, други део, који је врло велики, настоји да остави ут-исак лојалности, а трећи мањи део је отворено непријатељски и ан-тидинастички расположен”. Сматрали су да би се овај последњи део могао брзо намножити, „ако би се показала било каква слабост”. У том циљу организована насумична примена насиља над Србима у Босни и Херцеговини и у Хрватској. Тако је организовано масовно хапш-ење Срба након Сарајевског атентата, којима је суђено на Бањалу-чном велеиздајничком процесу. Организовано је шест судских процеса*

<sup>1</sup> Научни саветник, Институт за политичке студије, Београд, mail: gacinovic@gmail.com

*против ђака основних и средњих школа у Босни и Херцеговини. Процес Пјанић-Љубибратић је први судски процес у Европи против деце који је организовала аустроугарска власт у Босни и Херцеговини..*

**Кључне речи:** *Аустроугарска, Босна и Херцеговина, велеиздајнички процеси, загребачки процес, Фридјунгов процес, бањалучки процес*

\*

\* \*

Шест година пре Бањалучког процеса, 1909, у Загребу је организована велика велеиздајничка парница против Адама и Валеријана Прибићевића и још педесет једног Србина, чланова Хрватско-српске ко-алиције, који су оптужени за ширење великосрпских идеја и пропаганде, на основу лажних докумената и сведочења Ђорђа Настића, агента у служби аустријског генералштаба у Сарајеву. Упркос томе што је, како признаје и биограф Франца Фердинанда Теодор Сосноски (*Theodor von Sosnosky*), „пре него што је процес и почео било доказано да су главни оптужена Србина настављен је на инсистирање тадашњег председника мађарске владе Шандора Векерлеа, а главни окривљени осуђени су на дугогодишње казне затвора. Овај судски скандал изазвао је опште протесте у Европи, па је виши суд поништио пресуду. Одлучујућу улогу у компромитовању Аустроугарске у европском и светском јавном мњењу поводом загребачког велеиздајничког процеса одиграли су хрватски политичари и адвокати који су бранили оптужене. Управо поводом овог „велеиздајничког” процеса, средином априла 1909. године у Београд је изненада и ненајављено допутовао Томаш Масарик (*Tomáš Garrigue Masaryk*), истакнути филозоф и социолог, професор Универзитета у Прагу и председник Чехословачке Републике. Угледни гост веома је срдечно дочекан у српској престоници, указане су му све почести које доликују тако високој личности из света науке. Примили су га у званичну аудијенцију председник Народне скупштине Љубомир Јовановић, министар иностраних послова Милован Миловановић, као и неки страни посланици. Масарик је обавестио домаћине о разлозима своје посете: желео је да га компетентни људи у Београду обавесте о позадини судског процеса који се тих дана водио у Загребу, на којем су окривљена 53 лица српске националности из Хрватске и изнете веома тешке оптужбе на рачун српске владе. Масарик је неколико дана пре доласка у Београд краће време боравио и у Загребу, где је неуспешно покушао да

посети ухапшене Србе. Посумњао је да је реч о монтираном суђењу с политичком позадином. Његове сумње показале су се као тачне, јер је оптужница подигнута на основу неаргументованих и крајње сумњивих доказа, изнетих у једној брошури-памфлету под називом *Финале*, коју је написао Ђорђе Настић, за кога се касније испоставило да је агент-провокатор, односно припадник аустроугарске војне обавештајне службе. У брошури се тврдило да „Срби припремају револуцију и да им је циљ да словенске народе у Аустроугарској припоје Србији”.<sup>2</sup> Прави разлози за отпочињање тог судског процеса нису инспирисани само конструисаним доказима изнетим у поменутој брошури, него су узроци били много дубљи, у шта се Масарик убрзо уверио. Беч је, наиме, покушао да оправда анексију Босне и Херцеговине. Аустроугарска је на све начине пред светском јавношћу Србе приказивала као реметилачки фактор на Балкану. На челу антисрпске пропаганде стајао је Јосип Франк, челник Хрватске чисте странке права и велики србомрзац. У кампању против српског народа у Хрватској укључио се и познати књижевник Антун Густав Матош, човек који је годинама живео у Београду и био веома цењен међу литерарном и друштвеном елитом српске престонице, а и на почетку ХХI века једна београдска улица носи његово име. Матош је захтевао да се Срби у Хрватској називају „Хрвати православне вјере”, и у вези с тим у франковачком листу „Хрватско право” написао је текст у којем истиче да је „сасвим природно да се (Срби) на земљишту хрватском требају сматрати Хрватима”.<sup>3</sup>

Продужетак Загребачког велеиздајничког процеса био је Фридјунгов процес у Бечу. Процес је добио назив по професору Универзитета у Бечу Хајнриху Фридјунгу (*Heinrich Friedjung*), коме је аустроугарски министар спољних послова Алојз Ерентал прибавио мноштво лажних докумената, фалсификованих у аустријском посланству у Београду, према упутствима посланика Јаноша Форгача. Фалсификати о тобожњој антиаустроугарској подривачкој радњи Србије фотографисани су и послати грофу Еренталу и Францу Фердинанду. На основу тих фалсификата, Фридјунг је у листу *Neue Freie Presse* оптужио Хрватско-српску коалицију, с Франом Супилом на челу, за велеиздају и српско плаћеништво. Чланови Хрватско-српске коалиције одмах су код бечког суда подигли тужбу због клевете.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> П. Слијепчевић, *Напор Босне и Херцеговине за ослобођење и уједињење*, Сарајево 1929., 238 – 245.

<sup>3</sup> Н. Богуновић, “Вешала у Загреб стизала из Беча”, *Вечерње новости*, Београд 10. април 2005.

<sup>4</sup> Н. Friedjung, *Neue Freie Presse*, 25. 3. 1909.

Пошто је доказано да су документи лажни, Франц Фердинанд је Супилу послао Беренрајтера (*Joseph Maria Baernreither*), који је на њега апеловао да са својим истомишљеницима одустане од тужбе и спасе част Монархије. Велеиздајнички процес у Загребу и Фридрихово суђење у Бечу значили су велики морални пораз Аустрије у очима светског јавног мњења. Открили су сву агресивност аустријске политике према Србији.<sup>5</sup> Почетком јула 1914. године, кад је постало јасно да је рат између Аустроугарске и Србије неизбежан, било је само питање дана када ће аустроугарске власти у БиХ ухапсити све Србе опозиционаре као таоце. Иста судбина задесила је и српске посланике у хрватском, угарском и аустријском сабору. Богдан Медаковић је везан спроведен из Опатије у Загреб. Тако су прошли и многи Хрвати који су, због свог уверења о хрватско-српском народном јединству, били „неподобни режиму”. Ни њима није помагао посланички имунитет. У тежњи да искорени особености српске нације и културе, режим је на дан мобилизације затворио и све српске школе у Босни и Херцеговини и Хрватској, а још раније забрањена је српска застава. Наредбом од 26. јула 1914. године изрично су укинуте и крсне славе, а 6. августа забрањено је и ношење „србијанске капе”. Актом бр. 25826 од 3. октобра 1914. године хрватска влада је забранила ћирилицу у основним школама, а десет дана након анексије и у средњим. У Босни и Херцеговини таква наредба издата је тек 11. новембра 1915. и њоме је ћирилица потпуно искључена из службене употребе. Да је ступила на снагу само коју недељу дана раније, оптужени у бањалучкој велеиздајничкој парници не би, добили оптужницу писану ћирилицом.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ћ. Беатовић, Д. Милановић, *Велеиздајнички процеси Србима у Аустроугарској*, НИРО „Књижевне новине”, Београд 1989., 33.

<sup>6</sup> В. Ћоровић, *Црна књига – патње Срба Босне и Херцеговине за време Светског рата 1914–1918*, Издање И. Ћ. Ђурђевић, Београд–Сарајево 1920., 93.

## 1. Бањалучки велеиздајнички процес

Након Сарајевског атентата наступио је период масовног насиља у Босни и Херцеговини. Срби су насилно хапшени и интернирани у логоре и казамате широм Аустроугарске монархије, најчешће у Арад.<sup>7</sup> Одатле су, у мањим или већим групама, одвођени на суђења. Аустроугарска је насумично оптуживала Србе за велеиздају. Последњих октобарских и првих новембарских дана 1915. године велики број грађана Босне и Херцеговине одлази у Бањалуку, да се нађу у близини Црне куће, казамата у којем су робијали њихови најближи у ишчекивању суђења. Никада до тада судски процеси нису тако узнемирили светску јавност. Јер, свима је било јасно да је Аустроугарска кроз те процесе спроводила највиши ниво политичког насиља, а то је истовремено било тотално посрнуће права и правде. Војна команда је крајем септембра 1914. наредила да се за таоце узимају нарочито учитељи и попови, јер се о њима говорило да су „изван куће сумњиви”.<sup>8</sup> Међу 156 осумњичених на Бањалучком процесу било је 19 свештеника, један доктор теологије и два богослова,<sup>9</sup> а међу 16 осуђених на вешала била су четири свештеника. Поред осталих, било је 26 сељака, 14 учитеља, 32 трговца и 12 ђака.<sup>10</sup> Израчунато је да је само на том процесу била оптужена половина српске интелигенције у Босни и Херцеговини. Ако се томе додају и процеси ђацима, кад се судило интелектуалном подмлатку, остаје несумњив закључак да је постојао циљ да се интелигенција историјски затре и онеспособи да предводи народ. У

<sup>7</sup> Слање првих транспорта „политичких затвореника” у Арад почело је 10. августа 1914. Сабирни центар био је у Босанском Броду, где су људи у тесним, загушљивим баракама, без игде ичега, проводили 4–5 дана чекајући да се сакупи довољан број ухапшених за планирани контингент. „Арад је био једна велика жива костурница. Због свих тих несавесности и злочиначких намера управе, због нездравих услова за живот и због потпуне пренебрегнутости, затвореници су тамо умирали у масама. За првих пет и по месеци интернације, односно до 30. јануара 1915, умрло је у њему 1.195 особа, а до 25. марта исте године повисио се тај број на 1.772. Како су тада учестала затварања у Араду ради велике велеиздајничке парнице, престали су даље водити списак помрлих, али се ипак зна да је њихов број изашао на 2.200. Јер, од 5.500 интернираца послато је из Арада кући 1.031 лице, 1.900 је узето у војску, а 430 (44 жене и 37 деце међу њима) премештено је 27. новембра 1915. из Арада у Нежидер. Остатак је остао у арадском гробљу, заувек.” *Ibid.*, 98.

<sup>8</sup> П. Слијепчевић, «Босна и Херцеговина у светском рату», *Напор Босне и Херцеговине за ослобођење и уједињење*, Сарајево 1929., 233.

<sup>9</sup> М. Екмечић, *Ратни циљеви Србије 1914*, Српска књижевна задруга, Београд 1973., 136.

<sup>10</sup> Епископ жички Василије, *Улога Српске православне цркве у Бањалучком велеиздајничком процесу*, Београд 1970., 146.

септембру 1914. затворене су гимназије у Мостару и Тузли.<sup>11</sup> Није претеран закључак да су власти својим велеиздајничким процесима прогласиле за револуционаран и издајнички целокупан српски културни, просветни и национални покрет. Трећег новембра 1915. године, у препуној великој сали Девојачке школе у Бањалуци, почело је суђење. Председавао је судија Коломан Милец, уз њега су били вотанти (лица која имају право да гласају) Јулије Ансион и др Мајер Хофман. Др Вилим Кениг данима је читао оптужницу. Тужилац др Вилим Кениг почео је своју беседу која је оптуженима већ била добро позната. И само читање оптужнице изискивало је од тужилаца др Вилима Кенига и Жиге Пинтера много напора и стрпљења, јер су наводи оптужбе били штампани на 262 странице формата великог писаћег канцеларијског табака. Читањем оптужнице започео је велики судски процес, који је у историју ушао под именом Бањалучки велеиздајнички процес. Светска јавност, посебно професори угледних универзитета, били су веома изненађени потезима аустроугарске окупационе власти, која је инсценирала један тако монструозан судски процес, стављајући на оптуженичку клупу због велеиздаје велики део српске интелигенције у Босни и Херцеговини крајем 1915. године, управо у време када је њена војна сила постизала успехе и била у великој офанзиви на Балкану, односно када је била уверена да ће Србија изгубити рат, јер се српска војска, десеткована, почела повлачити из земље. Окривљени су од ред бр. 1 до закључиво са 123 зато што су (у намери да се на силу измијени однос и државно јединство подручја Босне и Херцеговине према Аустроугарској монархији, и да се Босна и Херцеговина припоји Краљевини Србији), током година 1911–1914. приступили организацији српског револуционарног друштва *Народна одбрана* у Београду зато што су они непосредно учествовали у томе велеиздајничком процесу и то: подстицањем, позивањем, затим договарањем и споразумом, било с централном управом *Народне одбране* у Београду, било с појединим члановима одбора *Народне одбране*, и србијанским пограничним официрима, посебно Костом Тодоровићем у Ужицама, затим припремањем устанка и позивањем народа на побуну у Босни и Херцеговини, извиђањем јачине и стања војне снаге у Босни и Херцеговини, њеног бројног стања и припрема, размештаја и кретања, стања тврђава и војних утврђења, залиха, магазина и предмета, који се тичу војничке одбране Босне и Херцеговине, у намери да то непријатељу јаве... што су ... дотични организатори у соколским, побратимским и земљорадничким друштвима Босне и Херцеговине; због ширења

<sup>11</sup> В. Ћоровић, 190-191.

соколских листова... и држањем предавања пропагирали политичко јединство целокупног српског народа, што су... чланове тих друштава ... војнички дисциплиновали и увежбавали да буду борци у народној војсци за ослобођење Босне и Херцеговине, и што су систематски будили у члановима тих друштава тежњу да у заједници са србијанском војском силом остваре политичко уједињење Босне и Херцеговине с Краљевином Србијом.<sup>12</sup>

Поставља се питање зашто је црножута монархија предузела један такав политички процес против својих поданика, упркос томе што је било јасно да ће је то компромитовати чак и пред јавношћу земаља савезника.<sup>13</sup> На овакав подухват Аустроугарска се одлучила из спољних и унутрашњих разлога. Осим унутрашњих политичких потреба за једним великим велеиздајничким процесом против Срба, који је, пре свега, имао за циљ да се интелигенција одвоји од народа, како не би могла да га припреми за пружање помоћи Србији, главна тежња била је да се Србија окриви за изазивање Првог светског рата. Будући да се на суђењу Гаврилу Принципу и осталим видовданским херојима никако није могло доказати да је званична Србија припремала, чак ни припомогла атентат на Франца Фердинанда у Сарајеву, требало је по сваку цену доказати да је српски национализам распириван и увезен из Србије у Аустроугарску, да је настао агитацијом и да га, према томе, треба искорењивати свим расположивим средствима као опасног по државу. Протагонисти прогона Срба у Босни и Херцеговини веровали су да ће за оптужене у такозваном Велеиздајничком процесу бити довољно доказа, јер су Аустријанци, прешавши Дрину, на самом почетку рата, у Лозници и другим пограничним местима успели да заплене велики део штампане документације који је остао повлачењем српских пограничних јединица. Најзначајнији документ до кога су дошли био је *Дневник рада мајора Косте Тодоровића*. Овај документ био је основа за највећи и најважнији део оптужнице, о чему сведочи и чињеница да се у њој овај српски погранични официр помиње више од три стотине пута. У документацији мајора Тодоровића нађем је "Извештај о револуционарном раду" који је напосао Владимир Гађиновић и предао га мајору Кости Тодоровићу 1912. године у Шапцу. Суд је у ове документе полагао велике наде, јер се веровало да забелешке Косте Тодоровића могу да буду одлучујући доказ за тврдњу аустроугарске дипломатије да је Србија кривац за избијање Првог светског рата. Аустроугарској је било изузетно

<sup>12</sup> *Ibid.*, 190-196; С. Скоко, *На бесмртној вертикали српске ратне прошлости*, Свет књиге, Београд 2012., 165-167.

<sup>13</sup> В. Дедијер, *Сарајево 1914*, Просвета, Београд 1966., 638.

значајно да нађе морално оправдање што је изазвала светски рат. Сви познати подаци наводе на само један закључак – да велеиздајнички процеси у Босни и Херцеговини у време Првог светског рата нису били стварни наставак сарајевског суђења атентаторима. Имали су дубљи политички значај и требало је да послуже као увод у доношење административних промена које је војска у Монархији спремила. Процеси је требало да потврде политичке одлуке које су биле планиране и да им дају смисао легалности. Изгледа нелогично да би се сељак на једном оваквом суду морао кажњавати зато што је установљено да је захтевао решавање аграрног питања, управо у време кад и саме званичне власти заступају исто становиште. Таквих нелогичности било је веома много. Идеја о организовању велеиздајничких процеса појавила се одмах након атентата. Након избијања рата, у Сарајеву је ухапшено 180 ђака, оптужених да имају неке везе са убиством престолонаследника. Сви који су тада били пуштени морали су остати у вароши, јер се предвиђало да ће бити позвани на будућа суђења као сведоци.<sup>14</sup>

Већи део оптужнице у Бањалучком процесу односи се управо на доказивање да су српске организације, у сарадњи са српском владом, припремиле насилно одвајање покрајина од Монархије и због тога сnose одговорност за избијање рата. Штампани текст оптужнице износи целу књигу од 262 странице великог формата, коју власти нису хтеле да прихвате, јер се из саме оптужнице, као и броја оптужених на овим процесима, јасно видело да иза атентата стоји масован национални покрет у Босни и Херцеговини и да политика српске владе у томе није имала значај. Оптужница се широко позивала на документе објаве рата Србији у којима су српска штампа и националне организације окривљене да су од анексионе кризе активно радиле на отцепљењу покрајина. У том смислу детаљно су разрађене историја и структура *Народне одбране*, као и методе којима се служила. У посебним главама разрађена је одговорност културног друштва *Просвјета* и српског соколског покрета у целини. У оптужници је темељито цитиран и *Извештај о раду Крагујевачког соколског друштва Душан Силни у 1912. и 1913. години*, који је био штампан у Крагујевцу 1914. Исто су тако анализирани публикације српских културних и задружних организација које су улазиле у општи склоп *Народне одбране* а посебно извештај о револуционарном раду

<sup>14</sup> М. Екмечић, «Жалосна баштина из године 1914», *Политички процеси Србима у Босни и Херцеговини 1914-1917*, Институт за савремену историју Београд, Удружење ратних добровољаца 1912–1918, њихових потомака и поштовалаца, Београд и Графомарк, Лакташи 1996, 11; Ч. Поповић, «Бањалучки процес», *Нова Европа*, 11. децембар 1929.

Владимира Гађиновића. Од 156 оптужених на Бањалучком процесу, 123 су сумњичени да су били чланови и повереници тог „српског револуционарног друштва”, а Васиљ Грђић и Саво Љубибратић да су били његови руководиоци. Очигледно је да је *Народна одбрана* била широк национални покрет, који није искључивао ни народну револуцију као једно од средстава за постизање циљева. Наравно, једно је шта је вођство *Народне одбране* намеравало да припреми у случају да се појаве могућности националне борбе за уједињење, а друго је шта се стварно и припремило. Судови на велеиздајничким процесима то нису раздвајали.<sup>15</sup> Оптуживане су и све, по њиховом мишљењу, спорне националне организације. Теже је било с *Просвјетом*, која је изгледала готово нерањива, због потпуне легалности и отворености деловања. *Просвјета* је настала 1902, као установа за помагање српским ђацима и студентима. Њена политичка мисија била је, без сумње, шира, јер се полазило до тога да српски народ неће бити у стању да послове у покрајини преузме у своје руке све док не изгради школовани подмладак, који ће бити у стању да преузима послове модерне администрације. Почетком XX века није било више од 24 универзитетски образована Србина у Босни и Херцеговини. Управо је *Просвјета* допринела да се изгради модерна српска интелигенција у покрајинама. То је била широка организација, која је 1911. имала целу мрежу од 79 пододбора, 266 повереника и неколико хиљада чланова помагача. До почетка рата ова просветна организација школовала је 127 студената на светским универзитетима и 220 средњошколаца. Тиме је однос српских и несрпских интелектуалаца битно измењен и доминација католичких интелектуалаца ослабљена. Већ 1913. матуру је завршило 319 католичких, 100 муслиманских и 265 православних ђака.<sup>16</sup> Суђење целој организацији на Бањалучком велеиздајничком процесу заиста је непримерено, а образлагали су га тврдњом да се, наводно, секретар организације бавио подривачком пропагандом. Циљ велеиздајничких процеса очигледно је био да се укину институције из којих је поникла овако моћна и свесна национална интелигенција. У оквиру ових намера да се једном националном покрету, који је деловао кроз систем легалних и дугорочних националних институција, припише одговорност за избијање светског рата, суд је на Бањалучком процесу у пресуди навео и висину ратне штете (31.754.990 круна) коју је, наводно, српска војска направила приликом преласка на територију Монархије.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> М. Екмечић, 32-35.

<sup>16</sup> *Ibid*

<sup>17</sup> *Ibid.*,33.

Прогон српског народа узео је такве размере да је тешко установити колико је укупно људи прошло кроз аустроугарске казамате. С неверицом се прихвата податак из литературе да је почетком рата у јужној Угарској ухапшено неколико хиљада, а ликвидирано неколико стотина људи. У Босни и Херцеговини тај број је био знатно већи, а велики број људи прошао је кроз концентрационе логоре (Арад, Добој, Шопрењек, Коморан, Кечкемет, Телрсдорф, Туроњ, Грац и Жегар). Крајем рата антисрпска емиграција је сматрала да је у јужнословенским земљама хапшено око 50 хиљада људи. Колико је нереалан тај број, показује податак да је само кроз логор у Добоју прошло 45.791 лице, од тога више жена и деце него одраслих мушкараца. То значи да би овај број морао бити неколико пута већи него што се у неким земљама крајем рата претпостављало. У Босни и Херцеговини за време рата је умрло 100.986 деце млађе од десет година. У систему узимања талаца и депортовања сумњивих породица, највише страдају српски интелектуалци.<sup>18</sup>

Разлика између суђења за политичке преступе пре рата 1914. и оних након његовог избијања јесте у томе што је суд пре избијања рата највише гонио сељаке, а у току рата на мети су били углавном интелектуалци. Сељаци су за време рата депортовани у логоре без суђења. Закони о „изнимним мерама” за поједине покрајине или целу Монархију припремани су од 1906. а њихови нацрти до избијања балканских ратова 1912. мењани су три пута.<sup>19</sup> Правне норме за „службу безбедности” у Монархији нису биле једнаке у свим покрајинама. Негде је било предвиђено завођење војних судова, а у Триполу, Форлабергу и Босни и Херцеговини од почетка се рачунало на стварање заштитних добровољачких јединица („Landeschützen”). Те јединице су и у мирно доба могле дејствовати против унутрашњих непријатеља државе.<sup>20</sup> Војноказнено законодавство изграђивано је од 1908, а предвиђало је примену радикалних мера да би се онемогућиле унутрашње побуне („Нека се сваки командант чува половичних мера”).<sup>21</sup> Мешање власти у истраге и саме процесе толико је оптеретило телефонске линије да су биле готово неупотребљиве. Због

<sup>18</sup> Епископ жички Василије, 142-146.

<sup>19</sup> Ch. Führ, *Das k. u. k. Armeekorps und die Innenpolitik in Österreich 1914-1917*, Graz 1968., 17.

<sup>20</sup> R. G. Plaschka, H. Haselsteiner, A. Suppan, *Innere Front. Militarassistenz, Widerstand und Umsturz in der Donaumonarchie 1918, I. Zwischen Streik und Meuterei*, Wien 1975., 18.

<sup>21</sup> Упутство уз допис Земаљске владе упућено полицијским дирекцијама у Бечу и Паризу 25 новембра 1914, АБХС, „Окружни суд Тузла ц/а Тодор Илић”, IV-4-2 бр. 313, упутство је нађено код калуђера Драгутина Тихија

тога је било одређено да се извештавање с процеса повери изабраној штампи (*Neue Freie Presse, Pester Lloyd, Novosti, Bosnische Post* и *Hrvatski dnevnik*), која је на лицу места цензурисана.<sup>22</sup> Све ове посебне мере у припремању судова и утицаја на њихов рад биле су разлог да су и највиши политички руководиоци касније сматрали Бањалучки процес „тужном политичком баштином из 1914. године”.<sup>23</sup> У корист помиловања осуђених у Бања Луци, Пашић је покушао да ангажује и холандску владу. Милојевић, српски посланик у Хагу, фебруара 1917. известио је Пашића да му је холандски министар иностраних послова „обећао да ће телеграфисати холандском посланику у Бечу да делује у смислу помиловања”.<sup>24</sup> У другој половини фебруара 1917. Пашић је примио и вести из Париза да је, на заузимање неких француских јавних радника (католика), шпански краљ други пут послао телеграм у Беч у корист бањалучких осуђеника. Затим је стигла вест из Ватикана да је папин нунције био на аудијенцији код аустријског цара, да је предмет разговора било помиловање „велеиздајника”, али да од нунција још нема вести. Зато је Ватикан тражио извештај од нунција, који је 1. марта одговорио да је учинио у име папе живу најтоплију представку за помиловање, али да са аустријске стране нема још одговора. Најзад, 28. марта 1917, Пашић је из Мадрида добио телеграм у којем се каже да је „16 осуђеника на смрт у Бањалучком процесу помиловано. Краљ шпански је наредио још ноћас честитати и мени јавити колико га је обрадовала депеша Аустро-Угарског цара о том”.<sup>25</sup> Пашић се патетичним речима захвалио шпанском краљу,<sup>26</sup> а исто је учинио и Никола Стојановић у име целог српског народа у Босни и Херцеговини и породица помилованих.<sup>27</sup> Текст телеграма аустријског цара шпанском краљу Алфонсу XIII гласи: „Удовољавајући Вашој жељи и искрено радостан, што могу вршити право помиловања, укинуо сам шеснаесторици Бошњака смртну казну.”<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Земаљска влада Заједничком министарству, Сарајево, 5. новембра 1915. АБХС, 1918.

<sup>23</sup> Дефиниција генерала Саркотића у једном писму Народном вијећу 1918, В. Ђоровић, 13.

<sup>24</sup> ДАСИП, ЈО ф.1. дос. V пов. бр. 219.

<sup>25</sup> ДАСИП, ЈО, ф.1. дос. VI пов. бр. 270 – Телеграм бр. 46 од 28. (15) III 1917. Јанковића српској влади.

<sup>26</sup> Исто. На полеђини горњег телеграма Пашић је саставио концепт захвалности.

<sup>27</sup> ДАСИП, ЈО, ф.1. дос. VI пов. бр. 302 – Телеграм бр. 391 од 9. IV (27. 3.) 1917. Грујића српској влади.

<sup>28</sup> „Хрватска ријеч”, бр. 109. од 2. маја 1917.

## 2. Ђачки процеси

Године 1915. у Босни и Херцеговини је одржано више политичких процеса против ђака средњих школа, на којима су осуђени за велеиздају. Иако је група процеса ђацима мотивски била ближе главном процесу сарајевским атентаторима 1914. године, имала је мало заједничког с њим. На тим процесима није суђено за учешће у атентату, него за стварање политичких организација различите намене. Неке ђачке политичке организације Аустроугарска је окарактерисала као тајне, које су спремне и одлучне да изводе политичке завере, а неке су биле безазлен покушај културног окупљања. Хапшење припадника омладинских националних организација почело је одмах након атентата. Осумњичени су да су радили на остваривању српског и југословенског уједињења. Истражним органима дата су опширна упутства са 21 тачком онога што треба установити при овим истрагама.<sup>29</sup>

### 3. Процеси против омладине која се борила за уједињење Јужних Словена у самосталну државу

*Први процес*, Пјанић–Љубибратић, из 1912. године, аустроугарске власти у Сарајеву спровеле су због постојања *Српско-хрватске напредне омладине*, организације ђака сарајевских средњих школа. Установљено је да је 1911. године основана тајна ђачка организација, која се од 1912. у раду руководила: *Првом редакцијом општег програма Омладинског клуба Народно уједињење*, којег је Милош Пјанић, ђак сарајевске гимназије, донео у мају 1912. из Београда. До тог времена постојао је програм организације којег је израдио сам Пјанић. Окружни суд у Сарајеву, који је водио поменути процес, окарактерисао је циљ друштва на следећи начин: „Уједињење Хрвата, Срба и Словенаца и не само културно, него и политичко и државно, а с друге стране борба и мржња против Аустроугарске.” У одбору друштва били су: „Иво Андрић, ђак гимн., председник, Милош Пјанић, ђак гимназије, благајник, Садулах (Садија) Никшић, ђак Учитељске школе, библиотекар; одборници: Хамдија Никшић, ђак Реалке, и Лазар Ђукић, ђак Учитељске школе.” Састанци су одржавани под ведрим небом или у стану Садулаха Никшића, у Улици Логавиној 25. Под сумњом да су били чланови друштва, истрага

<sup>29</sup> М. Екмечић, 10-11; Д. Давидовић, „Омладински процеси у Босни и Херцеговини”, *Правда*, 6-9 јануар, Београд 1939.

је вођена против: Гаврила Принципа, Драгослава Љубибратића, Богдана Принципа, Драгутина Мраза, Џемала Дрљевића, Ђулаге Буковца, Владете Билбије, Ибрахима (Ибрице) Фазлиновића, Драгутина Блажевића, Владислава Сушића, Ристе Перишића, Бранка Врањешевића, Боривоја Јевтића, Предрага Митриновића, Душана Марјанца, Боривоја Ћасића, Бориса Оклобције, Каменка Милошевића, Душана Милошевића, а осумњичен је и већи број ђака. Осуђен је био само Милош Пјанић. Истрага је поведена 28. октобра 1912, а расправа одржана 22. априла 1913. Бранилац оптужених био је адвокат Данило Димовић.<sup>30</sup>

*Други процес* организован је против завереника и учесника у Сарајевском атентату 28. јуна 1914, због убиства аустроугарског престолонаследника Франца Фердинанда. Истрага је поведена 28. јуна 1914, а расправа одржана код Окружног суда у Сарајеву 12-23. октобра 1914. Оптужени су и осуђени припадници (бивши или тадашњи чланови) *Српско-хрватске (напредне) националистичке омладине*: Гаврило Принцип, на 20 година тешке тамнице; Васо Чубриловић (16 година тешке тамнице), Трифко Грабеж (20 година), Цвјетко Поповић (13 година), Лазар Ђукић (10 година), Иво Крањчевић (10 година), Бранко Загорец и Марко Перин (по 3 године). Оптужнице су ослобођени Никола Форкапић и Драган Калембер. Под истрагом да су знали за припремање атентата, да су га одобравали или на ма какав начин помогли његово извођење, био је већи број припадника *Младе Босне*, али су због недовољног броја доказа ослобођени.<sup>31</sup>

*Трећи процес*, против *Српско-хрватске националистичке омладине*, био је у Бањалуци, 3. марта 1915. Истрага је почела одмах после Сарајевског атентата. Били су оптужени, као оснивачи организације: Лазар Ђукић, ђак Учитељске школе у Сарајеву и ђаци реалке у Бањалуци: Решид Куртагић, Богдан Јаракула и Еуген Бургер и 25 ђака реалке у Бањалуци који су били чланови. Уз поменуте ђаке, на истом процесу било је суђено и неколицини старијих лица

<sup>30</sup> Проф. В. Богићевић, *Млада Босна – тисма и прилози*, Свјетлост, Сарајево 1954., 467-468.

<sup>31</sup> Преглед ђачких велеиздајничких процеса израђен је према изворном материјалу Држ. арх. НР БиХ у Сарајеву, и то под I/IV-2-1, Окр. суд у Сарајеву бр. 7962/12/9 под II/акв. бр. 828, Окр. суд у Сарајеву бр. 7471-к (1914); под III. (IV-4-2) 326. Држ. одвј. Б. Лука бр. 3194-III 1411/14; под бр. IV (IV-3-3. Окр. суд, Травник Ис. бр. 423/15, Држ. одв. 2822 д.о. (1915); под бр. V: (IV.3-4) 2. Окр. суд у Травнику Ис. бр. 423/15, Држ. одвј. Сарајево 2822 д. о. (1915); под VI (IV-4-5. дн. 1018. Окр. суд у Бихаћу бр. Ис. 154/199 од 1915) Процеси: Срп. ђач. омладина у Мостару: IV-17. Окр. суд Сарајево Ис. 460/90-1915. Српска омлад. У Травнику: ДАД, акв. бр. 865.

из грађанства, односно професора. Основано тајно ђачко друштво (29. априла 1914) названо је *Југославија*. Задатак друштва било је политичко уједињење Јужних Словена у самосталну државу, које се, како се у оптужници каже, имало остварити револуцијом. Богдан Јаракула осуђен је на годину дана, а остали на месечне казне тамнице.<sup>32</sup>

*Четврти процес*, против *Српско-хрватске националистичке омладине*, био је у Сарајеву. Судска истрага почела је 21. јула 1914. (одмах по Сарајевском атентату). Расправа је одржана у Травнику 14–26 јуна 1915. године. Оптужени су били, као чланови одбора и организатори друштва, чији почетак датира из 1912. године: на првом месту Лазар Ђукић, а онда Цвјетко Поповић, Каменко Милошевић, Садулах Никшић, Душан Марјанац, Виктор Рупчић и Бранко Кебељић, ђаци Учитељске школе у Сарајеву; Бранко Загорац, Иво Крањчевић, Мирко Кус, Максим Протић, Радослав Семиз и Момчило Мичетановић, ђаци Трговачке академије у Сарајеву; Драган Калембер и Васо Бањац, ђаци гимназије и Хамдија Никшић, ђак сарајевске реалке, а оптужено је и 20 чланова друштва, који су били ђаци Учитељске школе, седам ђака Трговачке академије и пет ђака гимназије и и Чедомил Боријевић, богослов из Рељева. Тон оптужбе против *Српско-хрватске националистичке организације* у Сарајеву, која се у раду руководила „Првом редакцијом општег програма Омладинског клуба *Народно уједињење*” (нађеног код Ибрахима Фазлиновића), гласио је: „Политичко, социјално, културно и национално уједињење Јужних Словена у самосталну државу”. На казну од три године осуђен је Боривој Јевтић, на казну од две и по године Бранко Кебељић, на казну од по две године Каменко Милошевић, Садулах и Хамдија Никшић, Виктор Рупчић, Мирко Кус; Максим Протић, Милан Прица, Бањац Ђуро, Семиз Радослав и Мичетановић Момчило на казну тамнице од годину и по. Остали су суђени на временске казне од неколико месеци.<sup>33</sup>

*Пети процес*, против *Српско-хрватске националистичке омладине* у Требињу, одржан је у исто време кад и процес у Травнику. Иницијативом и личним комуницирањем с ђацима Трговачке школе у Требињу и уз њихову помоћ, Лазар Ђукић и Бранко Кебељић основали су 1914. године *Српско-хрватску националистичку омладину* у Требињу као тајно друштво ђака Трговачке школе. Претресом, код чланова ове организације нађена је такође „Прва редакција општег

<sup>32</sup> Проф. В. Богићевић, 469-470.

<sup>33</sup> *Ibid.*, 470-471.

програма Омладинског клуба *Народно уједињење*”. Стога су и чланови ове организације оптужени да су радили на „културном и националном, односно политичком уједињењу Јужних Словена у самосталну државу”. Оптужено је осам ђака Трговачке школе у Требињу. Тада је оптужен и Светозар Ковачевић, банкарски чиновник из Требиња. Осуђени су на казне затвора у трајању од шест недеља до два месеца. Друштво је издавало свој на шапирографу израђен лист *Борац*.<sup>34</sup>

*Шести процес* против *Српско-хрватске националистичке омладине* одржан је у Тузли 1915. године. Тајна организација ђака тузланских средњих школа откривена је одмах после Сарајевског атентата. Истрага је почела 9. јула 1914. године а расправа је одржана код Окружног суда у Бихаћу 13–30 септембра 1915. године. Оптужено је 39 ђака, од тога 37 ученика тузланске гимназије, углавном виших разреда, један богослов (Марко Илић) и један ђак Трговачке школе (Стјепановић Вељо). Сви оптужени, осим Вељка Наранџића, који је ослобођен оптужнице, осуђени су: на смрт вешањем Тодор Илић (касније помилован); Илић Марко на 12 година, Стојановић Младен на 16 година, Ботић Стеван на 15 година, Томић Божидар на 13 година, Васиљевић Војислав на 14 година и Стојановић Сретен на 10 година тешке тамнице; на казне тешке тамнице од једне до пет и по година осуђен је 31 ученик. Друштво је од 1914. године свој рад темељило на програму „Прве редакције општег програма Омладинског клуба *Народно уједињење*”, на чијем је челу још од 1912. године био Младен Стојановић. Програм су добили од ђака у Сарајеву, који су на једној од својих седница „без икакве промене” усвојили. Стога су и чланови тајног ђачког друштва у Тузли оптужени да су радили на уједињењу Срба, Хрвата и Словенаца у самосталну државу.<sup>35</sup> Државно тужилаштво у Бањалуци није пропустило прилику да изнесе и оптужбу на рачун ђачких организација у Босни и Херцеговини, јер је сматрало да су на четири одржана суђења тајним ђачким друштвима,

<sup>34</sup> Преглед ђачких велеиздајничких процеса израђен је према изворном материјалу Држ. арх. НР БиХ у Сарајеву, и то под I/IV-2-1, Окр. суд у Сарајеву бр. 7962/12/9 под II/акв. бр. 828, Окр. суд у Сарајеву бр. 7471-к (1914); под III. (IV-4-2) 326; П. Слијепчевић, *Напор Босне и Херцеговине за ослобођење и уједињење*, Сарајево 1924., 241.

<sup>35</sup> Држ. одвј. Б. Лука бр. 3194-III 1411/14; под бр. IV( IV-3-3. Окр. суд, Травник Ис. бр. 423/15, Држ. одв. 2822 д. о. (1915); под бр. V: (IV.3-4) 2. Окр. суд у Травнику Ис. бр. 423/15, Држ. одвј. Сарајево 2822 д. о. (1915); под VI (IV-4-5. дн. 1018. Окр. суд у Бихаћу бр. Ис. 154/199 од 1915) Процеси: Срп. ђач. омладина у Мостару: IV-17. Окр. суд Сарајево Ис. 460/90-1915. Српска омлад. у Травнику: ДАД, акв. бр. 865; В. Мандић (В. Г. Манели), *Босна у ланцима, или поводом атентата Гаврила Принципа*, Сарајево 1919., 31-35.

у Бањалуци, Сарајеву, Травнику и Бихаћу, сакупљени докази који тешко терете *Народну одбрану* и њене поверенике преко Дрине, од којих 156 бањалучки суд тужи за злочин велеиздаје.<sup>36</sup>

На суђењу Виктору Рупчићу и друговима у Окружном суду у Травнику, у јуну 1915. године, оптужени Мирко Кус рекао је на претресу да је иницијатива за оснивање тајног ђачког револуционарног друштва дошла из Београда и од националистичких листова. У истрази је изјавио да су инспирације свакако стигле из Београда, јер ђаци који су из Београда дошли „имали су пуно идеја, које су се у Сарајеву шириле великом брзином. Између осталих, поменути су Гаврило Принцип и Трифко Грабеж”. Рикард Кузмић казао је да је Милош Пјанић, професор, дошавши из Београда, у једном предавању рекао: „Боље је бити варварин него културни роб”. Оптужени Виктор Рупчић на суђењу је, поред осталог, рекао: „Програм националистичког покрета је израдила југословенска држава без обзира на Аустроугарску монархију.”<sup>37</sup>

Из многих писама цитираних на суђењу у Травнику произлази да је тајно ђачко друштво у Тузли имало везе с академцима Вељком Вујасиновићем, Ђуром Остојићем и Љубомиром Мијатовићем. У травничкој оптужници, уз остало, истиче се: „Према програму *Народне одбране* никле су многобројне ђачке ревије, које су писале у прилог великосрпске пропаганде, против Аустроугарске монархије и проповедајући, ’културно’ јединство свих Југословена, али су неке сасвим отворено пледирале и за политичко јединство. Те најзначајније ревије су: *Зора*, *Препород*, *Српска омладина*, *Глас југа*, *Југославија*, затим часописи: *Народно јединство*, *Нова ријеч* и други. Сви пишу у духу програма *Народне одбране*, тј. потичу на мржњу против Аустроугарске монархије, против државно-правних уредаба и стања у чл. 111. б. к. з. Наведеног у погледу припадности Босне и Херцеговине и осталих њених јужних провинција.”<sup>38</sup>

<sup>36</sup> В. Мандић (В. Г. Манели), 31-35.

<sup>37</sup> Ђ. Беатовић, Д. Милановић, 231-232; Др З. Антонић, *Чубриловићи 1914. и касније*, Српска академија наука и уметности – Балканолошки институт (Посебна издања), књига 75, Београд 1999., 220-227.

<sup>38</sup> В. Дедијер, 564-772.

#### 4. Процеси против Српске националне омладине

*Први процес* против *Српске ђачке омладине* у Мостару одржан је у Сарајеву 12. маја 1915. године. Оптужени су били: Исмет Сарић, Обрад Мاستиловић, Радмило Грдић, Богољуб Братић и Влајко Лалић, ђаци мостарске гимназије, и Милисав Грђић, трговачки помоћник, Чедомир Митриновић, учитељски приправник, Алекса Мисита, Чедомир Додер, сајџија, и Дејан Павић, књижарски помоћник, сви из Мостара. Оптужница је гласила да је иницијативом ђака Крсте Марића у Мостару 1914. године основано тајно ђачко друштво *Српска ђачка омладина*, на чијем је челу био Крсто Марић. Циљ друштва био је „национално, културно и економско подизање народа” (српскога). Државни тужилац видео је и сакривени циљ друштва: „припајање Босне и Херцеговине Србији”. Сви оптужени осуђени су на казну тамнице од једног месеца до једне године.

*Други процес*, против *Српске муслиманске ђачке организације* у Травнику, одржан је пред Окружним судом у Травнику 25. и 26. фебруара 1915. године. Оптужено је шест ђака Трговачке школе у Травнику, који су на иницијативу ђака мостарске гимназије Мехмеда Ђишића, 20. октобра 1913. основали тајно ђачко друштво које се звало *Српска муслиманска ђачка организација у Травнику*. Председник друштва био је Сафветбег Миралем. Из тока истраге види се да је и у Сарајеву постојало слично друштво, *Српска муслиманска организација у Сарајеву*, чији је председник био Ахмет Садиковић, реалац. Циљ друштва било је национализовање муслимана у српском духу. Осуђени су на затвор у трајању од две недеље до два месеца.<sup>39</sup>

Судски процеси које је Аустроугарска монархија спроводила против ђака представљају преседан у међународним политичким односима до тада и изазивају згражавање већине човечанства због насилног понашања Монархије према деци. Војносудски пуковник Јосиф Чајка, који је касније водио истрагу о свим недељима у Араду, у свом службеном извештају пише: „Када сам посетио логор изведено је преда ме 30-40 мале дечице; то је био остатак од више но 400 деце, која су тамо била здрава доведена и онда бедно изгинула. Па и овај остатак, како ми рече лекар, који ме је пратио, показивао је махом на челу знаке скоре смрти, туберкулозу, која се зачала услед лоше хране. Видео сам око 15 младих дечака између 10 и 20 година којима су били ампутирани удови, који беху промрзли; неким су фалиле обе ноге све до бедара, другима до колена, а неким подлактица или цела

<sup>39</sup> Проф. В. Богићевић, 473-474.

рука. Ови ми младићи казиваху да су сви дошли здрави у логор и да су им удови промрзли на каменом поду у шталама.<sup>740</sup>

**Prof. Radoslav Gaćinović, Ph.D**

Principal Research Fellow

Institute for Political Studies, Belgrade

**AUSTRO-HUNGARIAN HIGH-TREASONOUS COURT  
PROCESSES**

Summary

Six years prior the Banja Luka Process in 1909 in Zagreb a large high-treasonous lawsuit was organized against Adam and Valerijan Pribičević as well as against another fifty one Serbs. The extension of Zagreb high-treasonous process was Friedjung Process in Vienna. This process was named after the professor of the University of Vienna Heinrich Friedjung. Alois Aehrenthal, the Austro-Hungarian foreign Minister submitted against him numerous false documents that were forged in the Austrian consulate in Belgrade in accordance with Minister János Forgách. On the 3rd of November 1915 in the crowded great hall of Girls' College in Banja Luka the trial began. The chairman of this trial was Judge Koloman Milec and also there were the jury members who had the right to vote - Dr. Julius Ansion and Mayer Hoffman. Dr. William Koenig who was the prosecutor was reading the indictment for days. Koenig began his speech that was well known to the defendants. The very reading of the indictment required a lot of effort and patience from the prosecutors Dr. William Koenig and Ziga Pinter, having in mind that it had 262 pages printed in large paper format. With the reading of the indictment began a large court process which was known in history as the Banja Luka High-treasonous Process. The world public, especially the professors from the distinguished universities were very surprised by the actions of the Austro-Hungarian occupation authorities that staged such a monstrous court process accusing for high treason a large part of Serbian intelligence in Bosnia and Herzegovina in late 1915, the time when

<sup>40</sup> В. Торовић, 95-96; Народно јединство, 163/1919.

its military forces achieved successes and had a great offensive in the Balkans, when Austro-Hungarian Empire was convinced that Serbia will lose the war. All of the contested national organizations by their opinion were also accused. It was much harder with an organization like Prosvjeta which was practically invulnerable because of its complete legality and transparency of action. At the beginning of the 20th century there were no more than 24 Serbs with university education in Bosnia and Herzegovina. Prosvjeta was the one that helped to build up the modern Serbian intelligentsia in the provinces. This was a broad covered organization and in 1911 it had a network of 79 subcommittees, 266 commissioners and several thousand of helping members. By the beginning of the war this educational organization has schooled 127 students at international universities and 220 high school students. This changed the ratio of Serbian and non-Serbian intellectuals significantly and the domination of Catholic intellectuals was weakened. In 1913 there were 319 Catholic, 100 Muslim and 265 Orthodox graduated students. The trial of the whole organization in Banja Luka Process was really inappropriate and it was argued on the premise that the secretary of this organization allegedly practiced subversive propaganda. The main goal of these high-treasonous processes was to abolish the institutions that created such powerful and aware national intelligentsia. Pašić tried to engage the Dutch government and other friends in Europe in order to ensure amnesties after Banja Luka Process. Pašić had received the news from Paris that the Spanish king had sent a second telegram to Vienna in favor of the Banja Luka convicts upon the intercession of some French Catholic intellectuals. Then the news came from the Vatican that the papal Nuncio was at the audience with the Austrian emperor and that the subject of their discussion was an amnesty for the ‘high traitors’; however, no news came from the Nuncio. This was the reason why the Vatican demanded a report from the Nuncio who on the 1st of March replied that he made a heartwarming application for an amnesty on the behalf of the Pope, yet that he didn’t receive any response from the Austrians. Finally, on the 28th of March 1917 Pašić received a telegram from Madrid stating that 16 death inmates from Banja Luka Process were amnestied. Pašić and Nikola Stojanović respectfully, in a sort of a sobbing note thanked the King of Spain on behalf of the entire Serbian people in Bosnia and Herzegovina and the families of amnestied convicts. Text of the Austrian Emperor’s telegram to the Spanish king Alfonso XIII said: “In response to your wish and with sincere joy because I have the right to amnesty, I abolished the death penalty to 16 Bosniaks”.

**Key words:** Austro-Hungary, Bosnia and Herzegovina, high-treasonous processes, Zagreb Process, Friedjung Process, Banja Luka Process.



## ДРЖАВНО УРЕЂЕЊЕ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ИНТЕГРАЦИОНИ ПРОЦЕСИ

### *Апстракт*

*Вријеме у којем живимо карактеришу, између осталог, разноврсни процеси повезивања држава у свијету, као и њиховог интегрисања у различите међународне организације. За простор на којем живимо од посебне важности су настојања да се он интегрише у структуре Европске уније. Једно од питања које се с тим у вези поставља већ дуже вријеме је не само то какво државно уређење има БиХ него и са каквим обликом тог уређења она може постати чланица поменуте уније. Том питању је посвећен овај рад. У њему аутор, између осталог, указује на искуства држава (Белгије и Шпаније) чије сложено државно уређење није препрека за њихово чланство у Европској унији. Због тога ни дејтонски Устав није препрека за чланство Босне и Херцеговине у тој организацији (као ни у другим међународним организацијама), што је и најважнија порука овог рада.*

**Кључне ријечи:** *интеграциони процеси, евроатлантске интеграције, државно уређење, федерација, савезна држава, федералне јединице, ентитети, расподела надлежности.*

### 1. Уводни дио

Савременом свијету већ дуже вријеме својствена су два међусобно супротстављена процеса, од којих је један дезинтеграција, а други је интеграција. Они се као својеврсне константе одвијају

---

<sup>1</sup> Ванредни професор на Универзитету за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањалуци. mail: milanblagojevic@hotmail.com

од завршетка Другог свјетског рата до данас. Простор на којем живимо био је (и још увијек је) својеврсна позорница на којој су се одвијала (и још увијек се одвијају) ова два противрјечна процеса. Дијалектици сваке противрјечности својствена је развојност која се, у случају нашег простора, кретала од дезинтеграционих ка интеграционим процесима. Иако су међусобно супротстављени, и један и други процес имају нешто заједничко, а то је да су болни. Као савременици ових процеса ми смо те последице најбоље осјетили (и осјећамо). Они од нас који су имали срећу да преживе разарање бивше Југославије, на сопственој кожи су осјетили све болове које је са собом носио (и носи) тај дезинтеграциони процес. Но болност није својствена само овом процесу него и процесу интеграције. Иако на први поглед звучи парадоксално, искуство са нашег простора говори нам како интеграциони процес подразумијева (према идеологији оних који тај процес осмишљавају, планирају и изводе) претходну дезинтеграцију (праћену бомбардовањем и разарањем од стране интегралиста) одређених цјелина, чиме се циљ јединства ставља изнад циља различитости. С обзиром да ћемо о овоме говорити на одговарајућем мјесту у наставку, у уводном дијелу подсјетићемо на још једну тегобу. Наиме, процес интеграције у облику за који смо се, како ће бити показано, већ определијели, доноси са собом и тегобу о којој је, спознавши је, својевремено говорио Ђерђ Лукач. Он је, како се указује већ у основној литератури из филозофије, сматрао да грађанско друштво представља облик индивидуализма који вербално промовише различитост и грађанске слободе. Међутим, у стварности је на дјелу потпуно униформисање друштвеног живота, док на индивидуалном плану константно јачање аутономије појединца порађа апсурдну ситуацију у којој је живот без других људи немогућ, а са другима неиздржив, што грађанско друштво претвара у очајни индивидуализам, односно у трагедију усамљених у себе затворених појединаца.<sup>2</sup>

Тешко је отети се утиску о истинитости ове тегобе, тим више јер је она, ма колико јој се опирали, толико присутна и у нашим оновременим животима. Међутим, ни данашњег човјека, као ни оног из Лукачевог времена (и простора на који су се односиле наведене Лукачеве мисли) не треба кривити за ову интровертност, јер је то својеврсна законитост грађанског друштва којој се (када се то друштво прихвати, а ми смо то већ учинили), као и свакој другој законитости нико (и ништа) не може одупријети.

<sup>2</sup> М.Савић, В.Н. Цветковић, Н.Цветковић, *Филозофија*, четврто издање, Београд, 2006, 241.

Но, за предмет овог рада од посебне важности је процес *униформисања друштвеног живота*, који је неизоставна компонента модела интеграционих процеса за који смо се већ определијели. Тај процес се, мало по мало, одвија пред нама и ми смо његови савременици, иако тога често нисмо ни свјесни. Он тангира све поре живота у глобалном друштву званом држава, а то значи и њено државно уређење, што се у нашем случају односи на државно уређење Босне и Херцеговине (БиХ). О томе ћемо, дакле, говорити у овом раду, и то на начин што ћемо указати на различита схватања о томе какво државно уређење има БиХ, а потом на који начин интеграциони процес у који је она ушла утиче на то уређење. Разумијевању свега овога претходи подсјећање на то за који интеграциони процес се БиХ определијелила и на који начин је то учињено.

## 2. Евроатлантске интеграције Босне и Херцеговине

Подсјећање на то за шта се када су интеграције у питању Босна и Херцеговина већ определијелила потребно је због тога што се износе и могућности њеног другачијег пута. Тако се у позиву за научни скуп под називом Балканско раскршће, чије одржавање је планирано за 30. мај 2013. године у Бањалуци у организацији Европског дефендологија центра, помиње „могућност избора алтернативног пута развоја“. С тим у вези у позиву се између осталог каже:

„Са обновом моћи и угледа Русије, главног ослоња и заштитника мира и сарадње на евроазијским просторима, за Босну и Херцеговину се отвара могућност избора алтернативног пута развоја. То кретање је започето потписивањем Декларације о стварању Евроазијског савеза - ЕАС, 18. новембра 2011. године на основи савеза Русије, Бјелорусије и Казахстана, док су кандидати за чланство Киргизија и Таџикистан. У основи Савеза је и низ гранских интеграционих структура Савеза Независних Држава - СНГ, а то су: - 1) Организација договора о колективној безбједности - ОДКБ, савез за безбједност основан 15. маја 1992. године, чије су сада чланице шест држава – пет наведених и Арменија, - 2) Царински савез основан у децембру 2010. године и Јединствени економски простор – ЈЕП Русије, Бјелорусије и Казахстана, који постоји од почетка 2012. године. Евроазијски Савез је пројекат конфедеративног савеза држава са јединственим политичким, економским, војним, социјалним и културним простором, који треба да почне да дјелује 01. јануара 2015. године“.

Осим што указује на могућност и другачијег начина интеграције овог простора у свјетске геополитичке процесе, цитирани текст неодољиво подсећа и на нека прошла времена у којима су људи и народи са овог простора (што је посебно важно када је српски народ у питању) стављани, као и сви бројчано мали народи, пред дилему којем царству је мудрије приклонити се. Није нам намјера да овом приликом износимо разлоге *pro et contra* између могућности које се нуде, него да фактографски изнесемо шта је већ урађено *a propos* овог питања у БиХ од стране њеног политичког естаблишмента. Стога ће наставак овог рада бити својеврсно кратко подсећање на најважније кораке којима је у евроатлантском правцу Босна и Херцеговина већ добрано одмакла.

У том смислу ништа се не може потпуно и правилно разумјети уколико би се занемарила улога коју је у свему томе имао (и има) високи представник у Босни и Херцеговини. А за правилно разумијевање значаја и снаге одлука којима је високи представник трасирао пут БиХ према Европској унији и НАТО, од посебне важности је налог високог представника о провођењу одлуке Уставног суда БиХ, број АП-953/05. Овај налог високи представник (Кристијан Шварц-Шилинг) наметнуо је 23. марта 2007. године.<sup>3</sup> У наставку ћемо пренијети садржај овог налога, уз напомену да је курзив у тексту наш. Дакле, налогом је високи представник одлучио сљедеће:

#### Члан 1.

С циљем провођења Одлуке Суда, Предсједништво Босне и Херцеговине ће упутити високом представнику, као предсједавајућем Управног одбора Вијећа за имплементацију мира, сва питања истакнута у поменутој Одлуци која би требали разматрати међународни органи наведени у поменутој Одлуци.

#### Члан 2.

*Сваку радњу коју предузме било која институција или орган у Босни и Херцеговини у циљу успоставе домаћег механизма контроле одлука високог представника донесених према његовом*

---

<sup>3</sup> Налог је доступан на службеној интернет страници Канцеларије високог представника, на адреси [http://www.ohr.int/print/?content\\_id=39398](http://www.ohr.int/print/?content_id=39398)., 15.05.2013.

*међународном мандату, високи представник ће сматрати покушајем да се угрози provedба цивилних аспеката Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, и сама по себи ће се сматрати понашањем којим се угрожава таква provedба.*

### Члан 3.

Без обзира на било коју супротну одредбу у било којем закону или другом правном акту у Босни и Херцеговини, *било који поступак покренут пред било којим судом у Босни и Херцеговини, којим се оспорава или доводи било како у питање једна или више одлука високог представника, прогласиће се недопустивим осим ако високи представник изричито не да своју претходну сагласност.*

*О сваком поступку из става 1. овог члана, предметни суд ће безусловно и званично одмах обавијестити високог представника.*

Ради отклањања сваке сумње или недоумице, а узевши у обзир свеукупност претходно споменутог, овим се, у вршењу наведеног међународног мандата високог представника и према тумачењу тога мандата даље у тексту овог налога те по снази наведеног Анекса 10, изричито налаже и утврђује да не постоји могућност да институције Босне и Херцеговине и/или било која од њених административних јединица и/или било који други орган власти у Босни и Херцеговини снесе било какву одговорност за било какав губитак или штету за које би се наводило да произлазе, директно или индиректно, из такве одлуке високог представника донесене према његовом међународном мандату, или уопште у било у којем случају по било по којем основу.

### Члан 4.

Ради отклањања сумње, овим се изричито изјављује и указује да је овдје садржане одредбе Налога, сваку појединачно и све заједно, утврдио високи представник према свом међународном мандату и да стога *не подлијезу изношењу пред ни одлучивању од стране судова Босне и Херцеговине ни судова њезиних ентитета или било гдје другдје, те да се ни пред којим судом, никада, не може покренути поступак у вези са обавезама чије извршење из њих проистиче.*

## Члан 5.

Овај Налог *ступа на снагу одмах* и одмах се објављује у Службеном гласнику Босне и Херцеговине, Службеном гласнику Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, Службеним новинама Федерације Босне и Херцеговине и у Службеном гласнику Републике Српске.”

Како видимо, према овом налогу ни једна одлука или мјера високог представника не може бити предмет судског преиспитивања од стране било које судске институције. Иако је и прије овога високи представник наметао одлуке (законе) којима је успостављао институције на нивоу БиХ (па и оне којима је трасирао евроатлантски пут БиХ), цитирани налог је важан јер представља својеврсну потврду такве његове вишегодишње праксе (њиме се само верификује оно што је и прије тога постојало у пракси), која ни прије овог налога није могла бити предмет судског преиспитивања. Дакле, није високом представнику био потребан овај налог да би и прије тога наметао своје одлуке, а нарочито да би оне биле провођене у пракси од стране домаћих институција. На то указују успостављање и дјелатност институција од значаја за евроатлантске интеграције БиХ.

Тако је Законом о Савјету министара БиХ, којег је наметнуо 2002. године<sup>4</sup>, високи представник одлучио да успостави (као стално тијело) Дирекцију за европске интеграције. Према том закону (члан 23.) ова дирекција (курзив у тексту је наш):

“...врши нарочито послове који се односе на усклађивање активности тијела власти у Босни и Херцеговини, надзор над provedбом одлука које доносе надлежне институције у Босни и Херцеговини а *које се односе на све одговарајуће активности потребне за европске интеграције.*

Дирекција учествује у активностима или израђује нацрте и приједлоге политика, закона, других прописа и смјерница које се односе на извршење послова које је *Босна и Херцеговина дужна предузимати како би се укључила у процесе европске интеграције.*

---

<sup>4</sup> Закон је доступан на службеном интернет порталу високог представника, на адреси [http://www.ohr.int/print/?content\\_id=28610](http://www.ohr.int/print/?content_id=28610)., 15.05.2013.

Дирекција обавља и друге послове који се односе на покретање иницијатива и савјетовање о питањима усклађивања укупних процеса и активности тијела власти у Босни и Херцеговини *на испуњењу обавеза према европским интеграцијама.*”

Ово је, дакле, суштина начина на који је дошло до формирања наведене институције на нивоу БиХ, након чега су услједиле њене активности усмјерене на интеграцију БиХ у Европску унију, које (те активности) у континуитету трају до данас.

Ово је, у суштини, модел по којем је БиХ усмјерена и на придруживање НАТО савезу. Темелј за то представља одлука високог представника (Педија Ешдауна) од 08. маја 2003. године.<sup>5</sup> Њоме је успостављена Комисија за реформу система одбране у БиХ. Том одлуком високи представник је одредио (наложио у члану 2. Одлуке) да:

“Одбрамбене структуре у Босни и Херцеговини као и закони којима се те структуре успостављају *морају бити усклађени са евро-атлантским стандардима*, с циљем да се, као минимум, осигура прихватљива *кандидатура Босне и Херцеговине за улазак у програм Партнерство за мир*”.

Ова одлука, као и активности поменуте комисије које су потом услједиле, јесу темелј за пренос надлежности у области одбране са ентитета на ниво БиХ, услед којег су престали постојати Војска Републике Српске и Оружане снаге Федерације БиХ. Учињено је то Споразумом о преносу надлежности у области одбране,<sup>6</sup> којег су 30. децембра 2005. године потписали премијери Републике Српске и Федерације БиХ (Перо Букејловић и Ахмет Хаципашић), у присуству тадашњег предсједавајућег Савјета министара БиХ (Аднана Терзића). Чланом 1. Споразума је одређено да су стране сагласне да се *све надлежности ентитета у области одбране пренесу на институције Босне и Херцеговине*. Чланом 2. Споразума је одређено да стране потписнице признају да ће *све надлежности* које ентитети пренесу на основу тог споразума *у потпуности и искључиво вршити институције Босне и Херцеговине*. На основу овог споразума донијети су Закон о одбрани Босне и Херцеговине

<sup>5</sup> Одлука је доступна на интернет адреси [http://www.ohr.int/print/?content\\_id=29841..](http://www.ohr.int/print/?content_id=29841..), 15.5.2013.

<sup>6</sup> Споразум је објављен у “Службеном гласнику Републике Српске”, бр. 4/06.

те Закон о служби у Оружаним снагама Босне и Херцеговине.<sup>7</sup> С обзиром на тему овог рада указаћемо на неколико одредби из ових закона, које показују како се Босна и Херцеговина и путем закона на својеврстан начин већ определијелила, боље рећи правно обавезала за своју НАТО будућност. Тако је чланом 15. Закона о одбрани Босне и Херцеговине између осталог прописано да министар одбране БиХ “предлаже и доноси прописе, издаје директиве и наређења која се односе на организацију, администрацију, особље, обуку, опремање, размјештај и употребу Оружаних снага *како би се осигурала* максимална интероперабилност у Оружаним снагама *и интероперабилност са снагама НАТО-а*” (курзив је наш). Према члану 26. овог закона, командант Оперативне команде Оружаних снага има надлежност предлагања иницијатива за побољшање *интероперабилности Оружаних снага с оружаним снагама држава чланица НАТО-а*. Исто је прописано као надлежност и за команданта Команде за подршку Оружаних снага (члан 29. овог закона). Закон о служби у Оружаним снагама Босне и Херцеговине све чинове (генерала, официра, подофицира и војника) уподобљава НАТО ознакама (члан 155. овог закона), након чега је у члану 186. тога закона прописано: “Сва професионална војна лица и лица у резервном саставу ће 1. јануара 2006. године преузети и чинове НАТО-а на начин утврђен у члану 155. овог Закона”, с тим што је наредним ставом овог члана (а у истом циљу) одређено како ће се поступати у случајевима да пријашњи чин нема еквивалентан чин у чиновима НАТО-а.

Оваквим законским одредбама конвенира војна доктрина Оружаних снага БиХ. Тако се у њој, у поглављу посвећеном заштити суверенитета и територијалног интегритета БиХ, каже да (курзив је наш) “*Реструктурисање ОС БиХ у складу са НАТО стандардима* има за циљ постизање интероперабилности, како унутар БиХ тако и унутар колективних система сигурности”. Или, у поглављу 4.2. Помоћ цивилним властима указује се на *изражено опредељење БиХ за изградњу партнерских односа са чланицама НАТО, односно за приступање Програму партнерства за мир*. У Доктрини обуке Оружаних снага БиХ каже се да ће НАТО-ов регионални центар за обуку *подучавати особље Оружаних снага НАТО-овим процедурама, како на тактичком тако и на здруженом нивоу*.

<sup>7</sup> Оба закона објављена су у “Службеном гласнику БиХ”, бр. 88/05. Законе је донијела Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине на сједници Представничког дома одржаној 28.09.2005. те на сједници Дома народа одржаној 05.10.2005. године.

### 3. Утицај интеграционих процеса на државно уређење БиХ

Како видимо, БиХ се не само определијелила за евроатлантске интеграције него је на том путу већ предузела значајне кораке. Тај процес је, како показује искуство, укључивао и питања која су у вези са државним уређењем Босне и Херцеговине. Око тог уређења у домаћој уставноправној науци не постоје слагања. Ово стога што има схватања која негирају федералну уставноправну структуру БиХ. Др Омер Ибрахимагић с тим у вези “...истиче како нема никакве уставне сметње да се БиХ сматра простом децентрализованом државом са два аутономна мултиетничка ентитета, који по ширини својих надлежности и Уставом дефинираној претпостављеној надлежности ентитета, БиХ приближава федерацији”.<sup>8</sup>

На другој страни стално су присутна настојања да се ентитетима негира државно-правни карактер. Наводи се да је то питање ријешено тако што је “Уставни суд БиХ (је) у својој Трећој дјелимичној одлуци већ 2000. године установио да ентитети нису државе, а да се сложена структура босанскохерцеговачке државности исцрпљује у различитим облицима расподјеле надлежности између ентитета и државе”.<sup>9</sup>

При томе као да се “заборавља” да се не може одлуком суда (па макар то био и уставни суд) одређивати да ли одређена цјелина унутар неке федералне државе има или нема државно-правни карактер. Умјесто тога, за давање одговора на ово питање треба користити критеријуме које је успоставила уставноправна наука. С тим у вези треба водити рачуна најприје о количини и квалитету власти коју унутар одређене федералне државе врши нека њена ужа цјелина. Ако та цјелина на својој територији организује сопствену власт која је према квалитету и количини државна власт (свеобухватна државна власт, у смислу вршења законодавне, извршно-политичке, управне и судске власти у складу с одредбама савезног устава о подјели надлежности), онда је то први од услова због којих таква цјелина заслужује својство федералне јединице која има државно-правни карактер. Други услов је да је таква власт заштићена савезним уставом. Ова заштита се остварује

<sup>8</sup> О.Ибрахимагић, Босна и Херцеговина је проста децентрализована држава, пренијето према др М. Благојевић, *Правна природа и положај Брчко дистрикта у Босни и Херцеговини*, Добој, 2002, 31.

<sup>9</sup> Е.Шарчевић: Устав из нужде, *Консолидација уставног права Босне и Херцеговине*, Сарајево, 2010, 320.

кроз савезним уставом извршену расподјелу надлежности између савезне државе и њених федералних јединица. Тиме се предупређује закључивање било које од ових власти у домен који припада оној другој, у ком смислу савезни уставни суд има важну, боље рећи неизоставну улогу у рјешавању оваквих спорова. О томе вјероватно понајбоље свједочи државно уређење БиХ, како у вези са њеним односом према Републици Српској и Федерацији БиХ, на једној, тако и у вези са њеним односом према Брчко дистрикту БиХ на другој страни. Наиме, искуство овдашњег државног уређења показује (у чему је јединствено у свијету) како се уставноправна заштита положаја федералне јединице (оне расподјеле надлежности о којој је малочас било ријечи) не мора нужно остваривати само примјеном партиципативног мјерила,<sup>10</sup> већ и на начин на који је поступљено у случају Брчко дистрикта. “Тај начин се од до сада познатих модела разликује по томе што се власт федералне јединице, која је у свему једнака власти коју на својој територији врше остале федералне јединице унутар исте федерације, правно јемчи одговарајућим уставноправним одредбама чију заштиту та федерална јединица може добити пред надлежним судом”.<sup>11</sup>

Када се имају у виду ова мјерила, онда нема сумње да је БиХ по свом државном уређењу сложена (федерално) уређена држава. Међутим, интеграциони процеси за које се БиХ, како смо видјели, определијели (што на основу налога високог представника, што вољом домаћих политичких субјеката), имали су одраза на то уређење. Оно што се с тим у вези може одмах истаћи је да се радило о једнообразном процесу у којем је, зарад евроатлантских интеграција, долазило до преноса надлежности са ентитета на ниво БиХ. За протеклих петнаест година ентитети су на ниво БиХ пренијели више од 60 својих надлежности, док није забиљежен ниједан случај у којем је нека надлежност пренијета са нивоа БиХ на ентитете.

Ово преношење је, у основи, вршено на два начина. Читав процес је почео закључивањем високог представника у овај дио уставноправне материје. Наиме, најприје је високи представник наметао законе којима је вршио тај пренос, као у случају већ

<sup>10</sup> Ово мјерило федерације подразумијева учешће федералних јединица у вршењу власти на савезном нивоу, нарочито њихово учешће (путем својих представника-посланика, делегата) у вршењу законодавне власти на савезном нивоу.

<sup>11</sup> М.Благојевић: *Правна природа Брчко дистрикта деценију послје (Упоредни приказ)*, Бања Лука, 2011, 151. Заштита о којој је овдје ријеч одређена је у члану VI3(а) Устава БиХ, као и Амандману I (сада члан VI4) Устава БиХ.

поменутог Закона о Савјету министара БиХ којим је, како смо видјели, образовао Дирекцију за европске интеграције БиХ. Потом би домаћи носиоци државно-политичке власти прихватили (у истовјетном тексту) законе наметнуте од стране високог представника, јер је то био услов да би их касније могли мијењати и допуњавати. На овај начин, у основи, пренијете су (у *потпуности*) са ентитета надлежности и у областима царине, одбране, индиректног опорезивања. Поред тога, овом методологијом (у њеној основи) дошло је и до дјелимичног развлашћивања ентитета. Тако је, између осталог, поступљено у правосудној области, у којој су ентитети на ниво БиХ пренијели своје надлежности за именовање и разрешење носилаца правосудних функција (судије и тужиоци). Стога је, између осталог и позивањем на потребе евроатлантских интеграција, у протеклом периоду дошло да развлашћивања ентитета у корист БиХ мимо темеља који су с тим у вези положени њеним Уставом. Тиме је развој овдашњег федералног државног уређења показао својеврсну (у свјетским размјерама јединствену) специфичност, која се огледа “...у томе што се о развоју њеног сложеног државног уређења врло често није одлучивало кроз њене политичке институције већ изван њих, и што су рјешења с тим у вези наметана споља од институције која је потпуно изван тог система”.<sup>12</sup>

Други начин на који је долазило до преноса надлежности се одвијао од стране домаћих актера. При томе када помињемо домаће актере не мислимо само на домаћи политички, него и на домаћи економски естаблишмент. Чинимо то ради тога што овај потоњи естаблишмент (у спрези са политичким), као уосталом и исти такав естаблишмент у Србији или Црној Гори, због својих већ изграђених (снажних) економских веза са економијом Европске уније има сопствени витални интерес да се интеграциони процеси доминантно одвијају у правцу евроатлантских интеграција (па и по цијену да то буде на штету федералних јединица, када је ријеч о преносу њихових надлежности на савезну државу).

Код овог модела преноса надлежности у њега није био инволвиран тако отворено високи представник. Међутим, за тако нешто није ни било потребе, с обзиром да је умјесто њега на такав начин у пренос надлежности била (и јесте) инволвирана Европска унија, и то не само путем својих представника у БиХ већ и службеним посјетама (кад затреба) својих високих дипломата из Брисела. Како се то радило и ради? У суштини, и једноставним

<sup>12</sup> М. Благојевић, *Технологија охаеризма*, Добој, 2004, стр. 131.

језиком казано, то се чини на слједећи начин. Најприје се полази од тога да се БиХ “опредијелила” за евроатлантске интеграције, при чему није важно то што до тога, како смо показали, није дошло изворно од стране домаћих, демократски изабраних носилаца политичке власти. Потом се, пошто се ово опредјељење узима као непорециво и неповратно, постављају услови Босни и Херцеговини које мора испунити на путу тих интеграција. Међу тим условима<sup>13</sup> су и они који се односе не само на даљи пренос надлежности са ентитета на ниво БиХ, већ и на конституционализацију политичко-територијалне прекомпозиције БиХ. Наиме, један од услова за даље евроатлантске интеграције БиХ био је, између осталог, и онај који се тиче Брчко дистрикта БиХ. Дакле, у основи на овај начин дошло је до усвајања Амандмана I на Устав БиХ којим је извршена својеврсна конституционализација ове федералне јединице. Учињено је то тако што је у Устав БиХ тим амандманом унесен члан VI4 према којем Брчко дистрикт има сопствене институције, законе, прописе, као и овлаштења и статус *коначно* прописан одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења. Поред тога, овим амандманом Брчко дистрикту је омогућена и судска заштита (пред Уставним судом БиХ) његовог уставноправног положаја и надлежности<sup>14</sup>, и то сваки пут када његови овлаштени представници сматрају да су било којим актом или радњом друга два ентитета, или од стране институција БиХ, повријеђени тај положај или надлежности.

Од надлежности које су на претходно описани (други) начин пренесене са ентитета на ниво БиХ треба поменути област јавних набавки, а овоме се може додати и пренос надлежности везане за организацију и рад институције омбудсмена. Један од свјежијих примјера је област државне помоћи. Наиме, у фебруару 2012. године Парламентарна скупштина БиХ усвојила је Закон о систему државне помоћи у Босни и Херцеговини.<sup>15</sup> Чланом 1. став 2. тог закона прописано је да се њиме утврђују надлежна тијела за примјену

<sup>13</sup> За које је у домаћем политичком и правном вокабулару смишљена синтаagma „европски стандарди“. Овој синтагми се врло често прибјегава у свакодневној комуникацији (па и оној стручној и научној), иако они који се на њу позивају доста често не знају како обим, тако ни садржај тог појма у случајевима у којима се иначе њиме служе.

<sup>14</sup> Које у потпуности одговарају надлежностима Републике Српске и Федерације БиХ. Дакле, овај дистрикт је сада и кроз текст Устава БиХ (устава у формалном смислу) добио верификацију свог положаја и овлаштења као федерална јединица БиХ.

<sup>15</sup> Закон је објављен у “Службеном гласнику БиХ”, бр. 10/12, а ступио је на снагу 15.02.2012.

његових одредби у складу са *правилима Европске уније о државној помоћи*, а посебно Савјет за државну помоћ БиХ. Ова институција је од посебне важности, с обзиром да је сада она искључиво надлежна за одлучивање о давању државне помоћи, без обзира да ли ту помоћ даје БиХ, њене федералне јединице, кантони у Федерацији БиХ или градови и општине. Ово стога јер је чланом 5. став 3. предметног Закона прописано да је државна помоћ која је додијељена без одлуке или противно одлуци наведеног савјета незаконита и мора се извршити њен поврат. На овај начин федералне јединице су себе развластиле од одлучивања у овој све важнијој области друштвених односа, пренијевши ту своју надлежност на ниво БиХ. Од какве је важности овај њихов корак може се видјети у хипотетском примјеру, довођењем у везу одредбе члана 5. став 3. у везу са чл. 7, 10. и 11. овог закона. Према члану 7. овог закона Савјет има осам чланова, од којих три представника именује Савјет министара БиХ, два представника именује Влада Републике Српске, два представника именује Влада Федерације БиХ, а једног представника именује Влада Брчко дистрикта. Према члану 11. Закона за одржавање сједнице Савјета потребно је присуство најмање седам његових чланова, а да би одлуке биле правно ваљане потребно је да за њих гласа седам чланова Савјета, што подразумијева и глас најмање једног члана из сваког конститутивног народа у БиХ. С обзиром да је Савјет (према члану 10. Закона) искључиво надлежан за одобравање програма државне помоћи и *појединачне државне помоћи*, као и за одлучивање о поврату незаконито додијељене државне помоћи, то значи да федералне јединице путем својих представника могу опструисати једна другу код додјељивања државне помоћи на својој територији, чиме се могу блокирати важни економски пројекти. Довољно је, наиме, да представници једне од федералних јединица (или представници савезне власти) не дају свој гласове за одлуку која је у вези са додјељивањем државне помоћи у другој федералној јединици па да та одлука не буде усвојена.

#### 4. Закључна запажања

Претходно излагање показало је да су центри економско-политичке моћи (домаћи и инострани) у значајној мјери већ трасирали правац којим се БиХ креће (и којим ће се кретати) када је ријеч о разноврсним интеграционим процесима. Ради се о евроатлантском интеграционом путу. Имајући у виду да је, како досадашње искуство показује, цијена тих интеграција била развлашћивање ентитета,

поставља се питање будућности њеног државног уређења. Питање је сасвим умјесно, без обзира што наведено развлашћивање још није извршено у мјери да би се рекло како БиХ више није федерално уређена држава. Оно што је до сада учињено (како од стране домаћих снага, тако и од иностраних чинилаца) на плану развлашћивања федералних јединица у БиХ указује на двије чињенице. Једна од њих (која је у вези с иностраним чиниоцима) показује да ће се инострани (евроатлански) чиниоци који управљају тим процесима задовољити процесом развлашћивања ентитета тек онда када све њихове најважније надлежности буду пренијете на ниво БиХ. Овога треба бити нарочито свјесна Република Српска, с обзиром на то да, објективно посматрано, само она има стварни интерес да државно уређење БиХ остане федерално, јер је то *conditio sine qua non* њеног опстанка. Нема, међутим, таквог уређења ако федералне јединице не посједују и не врше власт која је, по количини и квалитету (одређеним савезним уставом), државна власт. А такве власти опет нема ако домаћи актери (економско-политички) не поставе (што све ове године нису учинили) својеврстан праг (ин)толеранције када је ријеч о даљем развлашћивању ентитета у БиХ.

Федерално државно уређење БиХ није, дакле, препрека за учешће БиХ у било којем интеграционом процесу, па ни оном евроатлантском. О томе, уосталом, свједоче примјери држава какве су СР Њемачка, Република Аустрија, Краљевина Белгија, Република Италија, Краљевина Шпанија. Државно уређење сваке од ових земаља је врло сложено, али то није препрека за њихово чланство у Европској унији. Примјера ради, Уставом Шпаније (чл. 148. и 149.) извршена је распоdjела надлежности између ове државе и њених аутономних области. Имајући у виду такву распоdjелу надлежности „...у пракси се води рачуна да аутономне области задрже своје надлежности и у процесу прилагођавања шпанског правног система потребама *acquis communautaire*“, што се између осталог чини и тако што је „...успостављен тзв. Међувладин комитет који се зове *Conferencia para Asuntos Relacionadas con las Comunidades Europeas*. У оквиру тог комитета састају се највиши званичници државне администрације с политичким представницима 17 аутономних области ради расправљања питања која се односе на усклађивање шпанских прописа с прописима Европске уније. Оно што је посебно интересантно јесте чињеница да државни званичници приликом наступа у Бриселу морају, у вези с питањима која су у надлежности аутономних области, бранити онај став који су у оквиру наведеног тијела заједнички заузели представници области, па и када централна

власт о томе има другачији став<sup>16</sup>. Треба указати и на чињеницу да „...Уставни суд Шпаније штити уставне надлежности шпанских аутономних области, за шта као примјер служе одлуке тог суда СТРs 58/1982, 252/1988 и СТР 165/1994 у којима је суд одлучио да држава Шпанија нема монопол у процесу европских интеграција, односно да примјена права Европске уније не може утицати на уставну расподјелу надлежности између државе Шпаније и њених аутономних области“<sup>17</sup>.

Случај Белгије је посебан. У овој земљи постоји Савјетодавни комитет који окупља представнике федералне извршне власти и представнике белгијских федералних јединица. „На сједницама овог комитета се расправља и одлучује *консензусом* између осталог и о питањима обавеза које ова држава мора испунити на основу прописа Европске уније. При томе треба имати у виду да према Уставу Белгије већина таквих питања спада у искључиву надлежност региона или се ради о питањима из подијелене надлежности региона и федерације. У литератури се истиче како ни једна федерална држава чланица Европске уније нема тако радикалан приступ рјешавању овог питања као Белгија, с обзиром на то да регионални министар може представљати и износити погледе и ставове Белгије у Савјету министара Европске уније. Такође се указује како су се белгијске федералне јединице избориле за *принцип ротације*, који им омогућује да сваких шест мјесеци њихов представник представља ставове Белгије у Савјету министара Европске уније“<sup>18</sup>.

Дакле, примјери наведених, као и других држава чланица Европске уније које имају федерално државно уређење, показују како то уређење није препрека њиховом чланству у тој унији, с једне, као ни функционисању Европске уније с друге стране. Стога ни државно уређење дејтонске БиХ, објективно, није и не може бити проблем њеном чланству у било ком облику интеграција. Међутим, оно чега све ове године недостаје нашем друштву је прихватање и развијање једног посебног облика правне и политичке културе који се може назвати федералном правно-политичком културом. Овај дефицит (у његовом политичком дијелу) је примарно посљедица

<sup>16</sup>М.Благојевић, *Правни есеји*, Бања Лука, 2011, 250.

<sup>17</sup>*Ibid.*

<sup>18</sup>*Ibid.* О овоме видјети и у W.Sweden: Belgian Federalism, Basic Institutional Features and Potential as a Model for the European Union, 2003, 12-13. [http://dtserv3.compsy.unijena.de/ss2013/theopol\\_uj/73142928/content.nsf/Pages/A511349CD3C27F1DC1257B51004C696B/\\$FILE/Session%208%20-%20Belgian%20Federalism.pdf](http://dtserv3.compsy.unijena.de/ss2013/theopol_uj/73142928/content.nsf/Pages/A511349CD3C27F1DC1257B51004C696B/$FILE/Session%208%20-%20Belgian%20Federalism.pdf), 11.3.2014.

чињенице што се интеграциони процеси од одређених политичких снага (прије свега бошњачке политичке провенијенције) покушавају искористити како би се (и уз помоћ иностраног фактора) ентитети (у суштини Република Српска) што више развластили, чиме би била обесмишљена потреба њиховог даљег постојања. При томе неће да се прихвате искуства других земаља, па ни оних на које је претходно указано, без обзира што је ријеч о позитивним искуствима. На другој страни наведеном дефициту (у његовом правном дијелу) прилично је склона правничка професија у БиХ. О томе понајбоље свједочи један свјежији примјер из судске праксе Уставног суда БиХ. Ради се о одлуци овог суда, број У 16/11 од 13. јула 2012. године.<sup>19</sup> Одлучујући о уставности Закона о провођењу Анекса Г Споразума о питањима сукцесије на територији Републике Српске,<sup>20</sup> Уставни суд је у тој одлуци изнио схватање које нема упориште у Уставу БиХ, што је прошло прилично незапажено у домаћој јавности. Да би се разумила важност тог схватања у наставку ћемо изнијети релевантне дијелове из поменуте одлуке. Уставни суд БиХ најприје у ставу 31. одлуке износи став како у односу на питање подјеле надлежности између БиХ и ентитета није могуће усвојити опћенити став који би важио у свим случајевима, већ то питање (када постоји *дилема* у погледу подјеле надлежности) треба размотрити у сваком конкретном случају. Проблематичност ове тврдње долази отуда што Суд на тај начин прави проблем тамо гдје га нема. Наиме, Уставом БиХ извршена је *јасна* расподјела надлежности између БиХ и њених федералних јединица и баш на том терену не би требало бити дилема. Стога наведена тврдња Уставног суда БиХ напросто нема уставно упориште. Након овога Суд у ставу 32. одлуке између осталог наглашава:

“...да ова одлука неће садржавати опћените (генералне) ставове на темељу којих би, у свим ситуацијама, било могуће одговорити да ли ентитети или било које друге административне јединице у Босни и Херцеговини имају уставну надлежност за доношење прописа који се односе на провођење (имплементацију) међународног уговора који је закључила Босна и Херцеговина и на чије испуњење се обавезала”.

Међутим, убрзо након овога Суд поступа супротно претходно цитираном, јер у ставу 35. исте одлуке изриче, казано његовом терминологијом, “опћенит (генерални) став” да (курзив је наш)

<sup>19</sup> Одлука је доступна на интернет порталу Уставног суда БиХ, <http://www.ccbh.ba/bos/>, 11.3.2014.

<sup>20</sup> Овај закон објављен је у “Службеном гласнику Републике Српске”, број 71/10.

“...Босна и Херцеговина, према релевантним одредбама Устава Босне и Херцеговине, има обавезу и надлежност за извршавање међународних обавеза Босне и Херцеговине у оквиру чега има и овлаштење да одлучује о начину извршавања међународних обавеза Босне и Херцеговине”.

Из цитираног видимо како је Уставни суд склон да ово прилично сложено питање „поједностави“ (на штету ентитета), иако му слово Устава БиХ не пружа правни основ за то. Проблематичност оваквог става, са становишта интереса ентитета, може се уочити на једном хипотетском примјеру. Претпоставимо да БиХ потпише уговор са Европском унијом о приступању БиХ тој организацији. Имајући у виду претходно цитирани став Уставног суда БиХ (из става 35. наведене одлуке) то би, према овом суду, значило да (само) савезна власт ради извршавања међународних обавеза из таквог уговора одлучује о начину њиховог извршавања и када је, примјера ради, ријеч о томе како ће се уређивати друштвени односи у областима радног права, стварног права, облигационог права, привредног права итд, без обзира што је ријеч о областима у надлежности ентитета. Услед тога би, с обзиром на овакву уставну расподелу надлежности, ентитети (а не савезна држава) били надлежни за извршавање међународних обавеза у тим областима. Међутим, Уставни суд БиХ наведеном одлуком као да унапријед припрема терен да у погодном тренутку (када БиХ потпише уговор о њеном приступању Европској унији) може дерогирати уставну расподелу надлежности. Тиме би могле наступити такве ситуације, чије наступање не би требало дозволити јер су неуставне, у којима би, позивањем на изнесени став Уставног суда БиХ, Парламентарна скупштина БиХ могла доносити законе и у оним областима за које није надлежна, након чега би се Уставни суд БиХ у споровима о оцјени уставности таквих закона позивао на то како је он ово питање већ разматрао и о њему одлучио у наведеној одлуци. Овакво поступање, дакле, није у складу са Уставом БиХ, а ни компаративна пракса га не потврђује будући да, како смо раније казали, Уставни суд Шпаније у својој јудикатури у вези са истим питањем сматра да држава Шпанија нема монопол у процесу европских интеграција, односно да примјена права Европске уније не може утицати на уставну расподелу надлежности између државе Шпаније и њених аутономних области.

Стога, завршавајући овај рад морамо поновити како, по нама, наведено схватање Уставног суда БиХ не би требало бити

прихваћено, јер за њега не постоји не само компаративно упориште већ, што је важније, оно нема упориште ни у Уставу БиХ. Уколико, међутим, оно преовлада, то ће бити још један од неуставних модела за развлашћивање ентитета.

**Prof. Milan Blagojević Ph.D**

Associate Professor, University for Business Engineering and Management Banja Luka

**CONSTITUTIONAL ORDER OF BOSNIA AND  
HERZEGOVINA AND INTEGRATIONAL PROCESSES**

Summary

Our time is characterised, among other things, by different kind of processes of associating of states in the world, as well as their integration into different international organisations. To the area where we live, and as it has been shown many time in political practise, striving that this area be integrated into European Union structures is of special importance. One of the questions related to that striving, the question that is being put for a long time, is not only what kind of governmental structure has Bosnia and Herzegovina but with what kind of governmental structure this state can become a member of European Union. This paper is devoted to this question. In the work the author, inter alia, points out on the experiences of the states (Belgium and Spain) whose complex governmental structure is not obstacle for their membership in European Union. For that reason neither Dayton Constitution is obstacle for membership of Bosnia and Herzegovina in that organisation (it is not obstacle for membership of this state in other international organisation as well), and exactly this is a main message of this paper.

**Key words:** integration processes, euroatlantic integrations, governmental structure, federation, federal state, federal units, entities, distribution of competences.

## PRAVNI LEKOVI U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA I UJEDINJENOM KRALJEVSTVU VELIKE BRITANIJE I SEVERNE IRSKE-TREĆI DEO

### *Apstrakt*

*U trećem delu ove monografije, autor se bavi izvorima građanskog procesnog prava, sudskim sistemom i pravom na podnošenje žalbe u pravnom sistemu države Njujork, Sjedinjene Američke Države, kao i u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske.*

***Ključne reči:*** *Država Njujork, Sjedinjene Američke Države, Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske, izvori građanskog procesnog prava, sudski sistem, pravo na podnošenje žalbe*

### **1. Uvodne napomene**

U prvom delu ove monografije bilo je reči o istorijatu građanskog sudskog postupka SAD, organizacijom sudova u SAD, osnovnim pravilima za postupanje po žalbi, slučajevima u kojima je žalba dozvoljena, sadržini žalbe, licima koja mogu da ulože žalbu, vremenu podnošenja žalbe. Razmatran je i nadležnost Okružnog suda za postupanje po žalbi, kao i alternativni načine rešavanja sporova u stadijumu žalbe. U drugom delu razmatrani su standardi prema kojima Apelacioni sud preispituje razloge na kojima je žalba zasnovana, kao i postupak i odlučivanje po žalbi od strane Apelacionog suda. Najzad, analiziran je Vrhovni sudu

---

<sup>1</sup> Vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta Union, mail: monikaninkovic@yahoo.com

SAD<sup>2</sup>. U trećem delu ove monografije, biće reči o izvorima građanskog procesnog prava, sudskim sistemom i pravom na podnošenje žalbe u pravnom sistemu države Njujork, Sjedinjene Američke Države, kao i u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske.

## 2. Država Njujork

### 2.1. Izvori građanskog procesnog prava

Osnovni izvor građanskog procesnog prava u državi Njujork jesu Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima.<sup>3</sup> U skladu sa njima postupaju svi sudovi koji su nadležni za rešavanje građanskopravnih sporova.<sup>4</sup>

Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima stupio je na snagu 1963. godine, zamenivši Zakon o praksi u građanskopravnim stvarima.<sup>5</sup>

U Zakonu i Pravilima prakse u građanskopravnim stvarima. ima prostora za 100 članova, s tim da nisu svi popunjeni. Rupa ima na mestima za koja je zakonodavac smatrao da treba da ostanu otvorena za buduću upotrebu. Prva numerisana odredba je 101, a poslednja 10005. Ovakav sistem omogućava da svaki broj identifikuje član u kome se odredba pojavljuje, kao i položaj odredbe u okviru člana. Izostavljanje dva poslednja broja ukazuje na broj člana- na primer, paragraf 101 je u članu 1 (izostavljen je 01), paragraf 10005 je u članu 100 (izostavljen je 05), itd. U okviru člana numerisanje odredbi je obično uzastopno, ali ponegde postoje rupe. I njih je zakonodavac ostavio za buduće regulisanje. Tako na primer, u članu 32, prva numerisana odredba je 3201, a sledeća je 3211. Takođe, ispred pojedinih odredbi ovog Zakona stoji oznaka paragrafa, a ispred nekih drugih reč "pravilo". Prvi se striktno odnose na zakone i može da ih izmeni samo zakonodavna vlast. Pravila mogu da

<sup>2</sup> engl. *Supreme Court of the United States of America*.

<sup>3</sup> engl. *Civil Practice Law and Rules-CPLR*.

<sup>4</sup> Izuzetak predstavljaju određene kategorije predmeta i sudovi čije su funkcije posebno nabrojane i u kojima se primenjuju posebni zakoni (V. D. D. Siegel, *New York Practice*, Hornbook Series, Student Edition, Thomson West, St. Paul, MN, 2005., 2).

<sup>5</sup> engl. *Civil Practice Act* iz 1921. godine, koji je zamenio Zakonik o građanskom sudskom postupku ( engl. *Code of Civil Procedure*) iz 1870. godine, koji je zamenio Field Zakonik ( engl. *Field Code*) iz 1848. godine, a čiji je uticaj i danas prisutan u Federalnim pravilima građanskog sudskog postupka ( engl. *Federal Rules of Civil Procedure*).

budu izmenjena od strane Kancelarije sudske administracije<sup>6</sup> ili od strane zakonodavne vlasti. Oznaka zakona ili pravila je često proizvoljna- na osnovu same oznake ne može se zaključiti na koje se određena odredba odnosi, već se mora pogledati citirani zakon ili pravilo.

Prema ustaljenoj praksi, odredbe Zakona i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima se citiraju bez naznake da li je citirana odredba zakon ili pravilo. U odeljku koji se odnosi na definicije izdvojene su reči i izrazi koji se često upotrebljavaju, u kontekstu značenja koji se uobičajeno koriste u upotrebi Zakona i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima.<sup>7</sup>

Vladajući pravilnik Vrhovnog suda države Njujork<sup>8</sup> koji nema svoj individualni sudski pravilnik, takođe je Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima. Isto važi i za sreske sudove<sup>9</sup>. Međutim, svi drugi sudovi nadležni za odlučivanje u prvom stepenu u državi imaju svoj sudski pravilnik. Ako postoji nesaglasnost između individualnog sudskog pravilnika i Zakona i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima, važi ovaj potonji. Ovo posebno važi u slučajevima u kojima postoje tzv. uniformni sudski pravilnici prema kojima postupaju niži sudovi nadležni za odlučivanje u građanskim stvarima. U državi Njujork to su: Sudski pravilnik građanskih sudova grada Njujorka<sup>10</sup> relevantan za sudsku praksu u građanskim sudovima grada Njujorka; Uniformni sudski pravilnik Okružnog suda<sup>11</sup>, relevantan za sudsku praksu okružnih sudova građanskopravne nadležnosti okruga Nasau i Safok<sup>12</sup> (ova dva okruga u državi Njujork trenutno jedini imaju okružne sudove); Uniformni sudski pravilnik Gradskog suda<sup>13</sup> koji reguliše sudsku praksu u svim gradskim sudovima izvan grada Njujorka i Uniformni pravični sudski pravilnik<sup>14</sup> koji reguliše sudsku praksu u svim manjim gradovima i selima u državi Njujork.

<sup>6</sup> engl. *Office of Court Administration*, ranije *Judicial Conference* (Sudska konferencija).

<sup>7</sup> D. D. Siegel, 3.

<sup>8</sup> Vrhovni sud države Njujork je primarno sud prvog stepena i nije nadležan za odlučivanje po žalbi.

<sup>9</sup> engl. *County courts*-sudovi čija je nadležnost određena Ustavom ili zakonom pojedinačne države SAD. Oni mogu da budu nadležni za odlučivanje u sudskim ili upravnim stvarima, zavisno od državnog prava (V. *Black's Law Dictionary*, Second Pocket Edition, West Group, 2001., 155).

<sup>10</sup> engl. *New York City Civil Court Act*.

<sup>11</sup> engl. *Uniform District Court Act*.

<sup>12</sup> engl. *Nassau and Suffolk county*.

<sup>13</sup> engl. *Uniform City Court Act*.

<sup>14</sup> engl. *Uniform Justice Court Act*.

Ostavinski sud<sup>15</sup> ima svoj pravilnik-Pravilnik o postupku pred Ostavinskim sudom<sup>16</sup>. I Porodični sud<sup>17</sup> ima svoj Pravilnik (Pravilnik Porodičnog suda)<sup>18</sup>. Porodični sudovi su nadležni za razvod braka, staranje o deci i njihovo izdržavanje, rešavanje sporova vezanih za nasilje u porodici i druge porodične sporove<sup>19</sup> a ostavinski za ostavinski postupak, proglašenje testamenta punovažnim ili ništavim, upravljanje imanjem i usvajanje.<sup>20</sup> Budući da je nadležnost ovih sudova specifična, oni se manje oslanjaju na Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima.

U Sudu za potraživanja<sup>21</sup> primenjuje se poseban Pravilnik koji određuje nadležnost ovog suda. U pogledu ostalih pitanja primenjuje se Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima.

Zakon o postupku u stvarima koje se tiču nepokretnosti<sup>22</sup> sadrži brojne odredbe koje se primenjuju samo u postupcima koji se odnose na nepokretnosti. Ipak, i u ovim postupcima se primenjuju Zakon i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima. On se primenjuje i u bračnim sporovima, iako je postupak u tim sporovima u većem delu regulisan Zakonom o porodičnim odnosima.<sup>23</sup> Pojedini objedinjeni zakoni imaju veliki procesni značaj.<sup>24</sup> Među njima najvažniji je Zakon o poslovnim korporacijama.<sup>25</sup> Iznad svih ovih zakona su pravila suda. Svaki sud je imao svoja pravila do 6. januara 1986. godine, kada su ona ukinuta i proklamovan je skup "Uniformnih pravila." Svaka kategorija sudova ima svoja unifomna pravila i to:

<sup>15</sup> engl. *Surrogate court*-u pitanju je sud koji je nadležan za ostavinski postupak-u pojedinim državama SAD ova vrsta suda se zove *Probate court* ( V. <http://www.nycourts.gov/courts/nyc/surrogates/index.shtml>,01.06.2012.i *Black s Law Dictionary*, 156).

<sup>16</sup> engl. *Surrogate Court's Procedure Act*.

<sup>17</sup> engl. *Family Court*.

<sup>18</sup> engl. *Family Court Act*.

<sup>19</sup> *Black s Law Dictionary*, 155.

<sup>20</sup> <http://www.nycourts.gov/courts/nyc/surrogates/index.shtml>, 01.06.2012.

<sup>21</sup> engl. *Court of claims*.

<sup>22</sup> engl. *The Real Property Actions and Proceedings Law*.

<sup>23</sup> engl. *Domestic Relations Law*.

<sup>24</sup> D. D. Siegel, 3-4.

<sup>25</sup> engl. *Business Corporaton Law*.

1. Deo 200: Uniformna pravila sudova nadležnih za postupanje u krivičnim stvarima<sup>26</sup>
2. Deo 202: Uniformna građanska pravila Vrhovnog suda i sreskih sudova<sup>27</sup>;
3. Deo 205: Uniformna pravila Porodičnog suda<sup>28</sup>;
4. Deo 206: Uniformna pravila Suda za potaživanja<sup>29</sup>;
5. Deo 207: Uniformna pravila Ostavinskog suda<sup>30</sup>;
6. Deo 208: Uniformna građanska pravila građanskih sudova grada Njujorka<sup>31</sup>;
7. Deo 2010: Uniformna građanska pravila za gradske sudove izvan grada Njujorka<sup>32</sup>;
8. Deo 212: Uniformna građanska pravila za okružne sudove<sup>33</sup>
  - a. Deo 214: Uniformna građanska pravila za pravične sudove.<sup>34</sup>

Treba napomenuti da i sudovi pred kojima je postupak regulisan nekim od ovih uniformnih pravila, mogu imati i svoja individualna pravila.

Pravila su takođe izvor obaveznog arbitražnog postupka<sup>35</sup> zvanično nazvane "Alternativni način rešavanja sporova putem arbitraže."<sup>36</sup>

---

<sup>26</sup> engl. *Uniform Rules for Courts Exercising Criminal Jurisdiction.*

<sup>27</sup> engl. *Uniform Civil Rules for the Supreme Court and the County Court.*

<sup>28</sup> engl. *Uniform Rules for the Family Court.*

<sup>29</sup> engl. *Uniform Rules for the Court of Claims.*

<sup>30</sup> engl. *Uniform Rules for the Surrogate's court.*

<sup>31</sup> engl. *Uniform Civil Rules for the New York City Civil Court.*

<sup>32</sup> engl. *Uniform Civil Rules for the City Courts outside of the City of New York.*

<sup>33</sup> engl. *Uniform Civil Rules for the District Courts.*

<sup>34</sup> engl. *Uniform Civil Rules for the Justice Courts*- pravični sudovi su sudovi nadležni za odlučivanje o krivičnim delima manjeg značaja, sporovima male vrednosti, i određenim specifičnim tužbama, kao na primer povodom nasilnog ulaska i prinudnog zadržavanja. *V. Black s Law Dictionary*, 156.

<sup>35</sup> D. D. Siegel, 4-5.

<sup>36</sup> engl. „*Alternative Method of Dispute Resolution by Arbitration.*“

## 2.2. Sudski sistem

Država Njujork je podeljena na četiri sudska odeljenja od kojih se svako dalje deli na sudske okruge koji se sastoje od srezova.

Apelacioni sud je sud poslednjeg stepena u državi Njujork. Ispod njega su glavni središnji apelacioni sudovi<sup>37</sup>-tzv. žalbeni odseci<sup>38</sup>, po jedan u svakom od četiri sudska odeljenja.

Glavni sud prvostepene nadležnosti je Vrhovni sud. Njegova nadležnost u prvom stepenu je opšta. Svi ostali prvostepeni sudovi imaju ograničenu nadležnost. Sledeći stepen sačinjavaju porodični sudovi, sudovi za potraživanja, ostavinski sudovi i sreski sudovi.. Njima je Ustav države Njujork dao teritorijalni opseg jednak onome koji ima Vrhovni sud- oni su nadležni za postupke na teritoriji države Njujork. Ispod ovih sudova nalazi se još šest sudova.<sup>39</sup> Tri suda sledećeg stepena su građanski i krivični sudovi grada Njujorka,<sup>40</sup> kao i okružni sudovi.<sup>41</sup> Zakonom može da se propiše nadležnost ovih sudova na teritoriji države Njujork. Sudovi gradova, manjih gradova i sela<sup>42</sup>su na najnižem stepenu, zato što mogu da postupaju samo u okviru određenog sreza. Zanimljivo je da sudije u sudovima u manjim gradovima i selima ne moraju da budu pravnici.<sup>43</sup>

## 2.3. Apelacioni sud Države Njujork

Najviši sud u državi je Apelacioni sud države Njujork.<sup>44</sup> On je nadležan za postupanje po žalbi u građanskim i krivičnim stvarima. sastavljen je od predsednika veća i šest sudija kao članova veća. Imenuje ih guverner sa liste koju predlaže sudska komisija za nominovanje<sup>45</sup>. Imenovanje mora da ratifikuje Senat. Za donošenje odluke dovoljno je da

<sup>37</sup> engl. *Intermediate appellate courts*.

<sup>38</sup> engl. *Appellate divisions*.

<sup>39</sup> D. D. Siegel, 12.

<sup>40</sup> engl. *New York City civil and criminal courts*.

<sup>41</sup> engl. *District courts*.

<sup>42</sup> engl. *City, Town and Village courts*.

<sup>43</sup> D. D. Siegel, 12.

<sup>44</sup> engl. *New York Court of Appelas*.

<sup>45</sup> engl. *Judicial nominating commission*.

za nju glasa četvero sudija, a za kvorum je potrebno pet sudija. Ovaj sud osnovan je u cilju izražavanja pravnih principa koji važe u državi Njujork u kontekstu odlučivanja o određenim tužbama.<sup>46</sup> Stoga, Ustav ograničava nadležnost Apelacionog suda koji može da preispituje samo pravna pitanja, osim u dva slučaja kada može da preispituje i činjenična pitanja.

Prvi je preispitivanje po žalbi protiv krivične presude kojim se izriče smrtna kazna.

Drugi slučaj je preispitivanje činjeničnih pitanja po osnovu odluke žalbenog odseka kojom se ukida ili preinačuje napadnuta presuda, na osnovu novootkrivenih činjenica uz uputstvo da se konačna presuda donese na osnovu novih činjenica.<sup>47</sup>

Većina žalbi Apelacionom sudu se upućuje iz apelacionog odseka.<sup>48</sup> U manjem broju slučajeva (nezavisno od slučajeva vezanih za osudu na smrtnu kaznu), dozvoljena je direktna žalba upućena iz nižeg suda Apelacionom sudu.

Apelacioni sud je jedini sud u državi kome je dozvoljeno da donese savetodavno mišljenje. On to čini na osnovu zahteva da odgovori na pitanje koje mu postavi Vrhovni sud SAD, federalni Apelacioni sud ili sud sestra najvišeg državnog suda, a koje se tiče prava države Njujork.<sup>49</sup>

## 2.4. Apelacioni odsek

Vrhovni sud države Njujork, Apelacioni odsek je središnji apelacioni sud u državi Njujork. Sastoji se iz četiri sudska odeljenja. Pun naziv ovih odeljenja je Vrhovni sud države Njujork, Apelacioni odsek, Prvo odeljenje; Vrhovni sud države Njujork, Apelacioni odsek, Drugo odeljenje, Vrhovni sud države Njujork, Apelacioni odsek, Treće odeljenje, Vrhovni sud države Njujork, Apelacioni odsek, Četvrto odeljenje.

Njegova nadležnost je primarno apelaciona, i on odlučuje po žalbi protiv odluka Vrhovnog suda (koji je sud opšte nadležnosti prvog stepena).

<sup>46</sup> <http://www.nycourts.gov/ctapps/>, 16.01.2012.

<sup>47</sup> D. D. Siegel, 14.

<sup>48</sup> engl. *Appellate division*-deo višeg suda u određenim državama SAD nadležan za odlučivanje o žalbama, ili središnji apelacioni sud u određenim državama SAD, kao na primer, Njujork (engl. *New York*) i Nju Džersi (engl. *New Jersey*)-V. *Black s Law Dictionary*, 39).

<sup>49</sup> D. D. Siegel, 15.

Pored toga, odlučuje i o žalbama specijalizovanih sudova- sreskih sudova, ostavinskih sudova, sudova za potraživanja. Dalje, preispituje i pravna i činjenična pitanja, i odlučuje u prvom stepenu o nadgledanju rada advokata, kao i u slučajevima u kojima nema spora o činjenicama. U ovom poslednjem slučaju, tužba može da bude podnesena neposredno apelacionom odseku koji će doneti odluku o pravnim pitanjima. Posotje i određeni drugi slučajevi u kojima je zakonodavac odlučio da omogući direktan pristup apleacionom odseku u cilju procesne ekonomije. Apelacioni odsek može da odbije da odlučuje u prvom stepenu, osim u slučajevima u kojima mu je prvostepena nadležnost izričito nametnuta.<sup>50</sup>

## **2.5. Vrhovni sud države Njujork i nadležnost za odlučivanje po žalbi**

Vrhovni sud države Njujork je sud opšte nadležnosti što praktično znači da je nadležan za odlučivanje u prvom stepenu u svim predmetima u kojima mu je nadležnost dodelila država Njujork. Izuzetak predstavljaju predmeti u kojima je Kongres dodelio nadležnost federalnim sudovima i predmeti povodom tužbi protiv države. Isključiva nadležnost za odlučivanje u potonjim predmetima dodeljena je Sudu za potraživanja.

Vrhovni sud države Njujork ima limitiranu nadležnost za odučivanje po žalbi.

Naime, Prvo i Drugo odeljenje imaju tzv. termine kada odlučuju o žalbama.<sup>51</sup> Termini su prvi ponedeljak u mesecu, od januara do juna i od septembra do decembra. Nema termina za odlučivanje o žalbama u julu i avgustu.<sup>52</sup>

Kada odlučuje o žalbama, sud se sastoji od tri do pet sudija Vrhovnog suda. U Prvom odeljenju terminima za odlučivanje o žalbama, veće odlučuje o žalbama protiv odluka građanskih i krivičnih sudova grada Njujorka. U Drugom odeljenju odlučuje o žalbama protiv odluka okružnih sudova kao i odluka sudova u manjim gradovima i selima u svim predmetima. Takođe odlučuje i o žalbama protiv odluka koje je u građanskim i određenim krivičnim stvarima doneo sreski sud.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> *Ibid.*, 16.

<sup>51</sup> engl. *Appellate terms*.

<sup>52</sup> [http://www.nycourts.gov/supctmanh/appellate\\_term.htm](http://www.nycourts.gov/supctmanh/appellate_term.htm), 01.06.2012.

<sup>53</sup> D. D. Siegel, 17.

## 2.6. Žalba

Pravo na podnošenje žalbe je regulisano članovima 55-57 Zakona i Pravila prakse u građanskopravnim stvarima.<sup>54</sup>

U državi Njujork, generalno pravilo glasi da žalba može da se podnese protiv presude i rešenja. Presuda može da bude konačna ili privremena.<sup>55</sup> Isto pravilo važi i za rešenje.

U Zakonu i Pravilima prakse u građanskopravnim stvarima, primera radi su navedena rešenja protiv kojih se u državi Njujork može uložiti žalba: rešenja o odobrenju, odbijanju, produženju ili izmeni privremene mere; rešenja kojim se usvaja ili odbija zahtev za ponavljanje postupka (osim u određenim slučajevima); rešenja kojima se meritorno odlučuje; rešenja kojima se odlučuje o substantivnim pravima; rešenja o neustavnosti određene odredbe državnog zakona...<sup>56</sup>

Pravo na ulaganje žalbe ima stranka koja nije uspela u sporu. Pod pojmom stranke koja nije uspela u sporu se podrazumeva na primer, i tužilac čiji je tužbeni zahtev za naknadu štete usvojen, ali je iznos manji od onoga za koji on smatra da ima pravo da mu bude isplaćen.<sup>57</sup>

Na zahtev Vrhovnog suda SAD, Federalnog apelacionog suda ili suda sestre najvišeg državnog suda, Apelacioni sud države Njujork može da odgovori na pitanje koje se odnosi na pravo države Njujork i sud koji je nadležan da odlučuje o žalbi mora da uzme ovo savetodavno mišljenje vezano za primenu prava države Njujork u osnov svoje odluke o žalbi. Ovaj se postupak zove postupak davanja potvrde<sup>58</sup> zato što sud koji upućuje pitanje mora da potvrdi da je reč o pravnom pitanju koje treba da dobije odgovorajući odgovor. Ovo je važno zbog toga što van ovog izuzetka nije moguće da jedan sud daje odgovore na pravna pitanja, a da drugi odlučuje o sporu. Ovaj postupak davanja potvrde je prvi put upotrebljen u predmetu *Kidney v. Kolmar Laboratories, Inc.* 68 N.Y.2d

<sup>54</sup> *Ibid.*, 890.

<sup>55</sup> Pod pojmom privremene presude ovde se smatra međupresuda u pravu Republike Srbije. Naime, kao primer za privremenu presudu protiv koje je dozvoljena žalba navodi se slučaj u kome je sud utvrdio da tužiocu pripada pravo na naknadu štete, a o iznosu tek treba da odluči pa prvo donosi presudu o osnovanosti tužbenog zahteva za naknadu štete protiv koje se može uložiti žalba (*V. D. D. Siegel*, 895).

<sup>56</sup> *D. D. Siegel*, 896.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 893.

<sup>58</sup> engl. *Certification*.

343 (1986). Povodom žalbe koja nije uložena na odluku Okružnog suda, Apelacioni sud SAD je, kako bi odlučio o žalbi, poslao Apelacionom sudu države Njujork, pitanje tumačenja odseka 104(b)-2 Zakona o socijalnom osiguranju.<sup>59</sup> Apelacioni sud države Njujork je odgovorio *per curiam*<sup>60</sup> i Apelacioni sud SAD je uzeo odgovor kao osnov za svoju odluku o žalbi.<sup>61</sup>

### 3. Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske

#### 3.1. Izvori građanskog procesnog prava

Izvori građanskog procesnog prava Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske su:

- a. Primarno zakonodavstvo;<sup>62</sup>
- b. Zakonski instrumenti (posebno Pravila građanskog sudskog postupka);<sup>63</sup>
- c. Smernice koje daje praksa (ili beleške iz prakse);
- d. Protokoli koji se odnose na potencijalne tužbe;<sup>64</sup>
- e. Odluke koje predstavljaju precedent;
- f. Praksa;
- g. Zvanični vodiči kroz praksu;
- h. Inherentna nadležnost Visokog suda;<sup>65</sup>
- i. Pravnički spisi.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> [http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=198641168NY2d343\\_1378.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006](http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=198641168NY2d343_1378.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006), 01.06.2012.

<sup>60</sup> lat. *Per curiam* engl. *Opinion*- mišljenje izdato od strane Apelacionog suda kao celine, bez navođenja konkretnog sudije koji je napisao mišljenje (V. *Black s Law Dictionary*, 503).

<sup>61</sup> Putem postupka izdavanja potvrde o pravnom pitanju (engl. *Certification*).

<sup>62</sup> engl. *Primary legislation*.

<sup>63</sup> engl. *Civil Procedure Rules*.

<sup>64</sup> engl. *Pre-action protocols*.

<sup>65</sup> engl. *High court*.

<sup>66</sup> <http://www.ritsumei.a.c.jp/acd/cg/lex/rlr/neil%20andrews.pdf>, 10. 01. 2012.

### **3.1.1. Zakoni**

Neka procesna pravila su zasnovana na primarnom zakonodavstvu, kao na primer:

- a. Odseci Visokog suda
- b. Nadležnost za izdavanje naloga
- c. Pravilo da je postupak pred sudom u principu javan

### **3.1.2. Sekundarni zakonodavstvo i Pravila Građanskog procesnog prava**

Ovo je svakako najveći izvor građanskog procesnog prava. Do 1999. godine postojale su dve vrste pravila. Jedna su regulisala postupak u stvarima za koje je bio nadležan Visoki sud i Apelacioni sud, a druga parnični postupak pred okružnim sudovima. Počev od 26. aprila 1999. godine, donesen je jedinstveni skup pravila za postupak pred Visokim sudom, okružnim sudovima i Apelacionim sudom.

### **3.1.3. Smernice koje daje praksa**

Visoki sud je ovlašćen da izdaje smernice kojima kojima reguliše pitanja vezana za proceduru. Ovo njegovo ovlašćenje je jednim delom regulisano zakonodavstvom.

### **3.1.4. Protokoli koji se odnose na potencijalne tužbe**

Ovi protokoli zapravo predstavljaju kodifikovanu “najbolju praksu” u oblasti potencijalnih tužbi.

Doneseni su radi ostvarenja sledećih ciljeva:

- a. da ohrabre ranu razmenu potpunih informacija o potencijalnim tužbama;
- b. da omoguće stranama u sporu da izbegnu parnicu putem zaključenja poravnjanja pre nego što parnica otpočne i

c. da podrže efikasno upravljanje postupkom u slučajevima u kojima se parnica ne može izbeći.<sup>67</sup>

### 3.1.5. Sudske odluke

Sudske odluke su veoma važan izvor građanskog procesnog prava Ujedinjenog Kraljevstva. Reč je o odlukama Visokog suda i viših Apelacionih sudova, posebno onih objavljenih na autoritativan način. Sudije ovih sudova nastavljaju da primenjuju pravila građanskog sudskog postupka i razvijaju nove principe i doktrine. Od donošenja Pravila građanskog sudskog postupka 1998. godine, mnoge odluke u oblasti građanskog procesnog prava su dale smernice ili komentare ovih pravila.<sup>68</sup>

### 3.1.6. Praksa Evropskog suda pravde

Važan izvor građanskog procesnog prava predstavlja praksa Evropskog suda pravde u Briselu posebno kada je reč o primeni Uredbe o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i privrednim stvarima<sup>69</sup> kao i Evropskog suda pravde u Strazburu, posebno kada je reč o primeni člana 6 (1) Evropske Konvencije o ljudskim pravima.<sup>70</sup>

### 3.1.7. Praksa

Ovaj izvor građanskog procesnog prava obuhvata uobičajene nepisane aspekte prakse koji su usvojeni i kao takvi se primenjuju od strane sudova.

<sup>67</sup> <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr25/neil%20andrews.pdf>, 12.06.2012.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> engl. *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (V. [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/l33054\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_en.htm), 12.06.2012).

<sup>70</sup> engl. *European Convention on Human Rights*. Član 6 (1) garantuje pravo na pristup pravdi, pravo na pravično suđenje u prisustvu javnosti, pravo na suđenje u razumnom roku i pravo na suđenje od strane nezavisnog i nepristrasnog suda. (V. <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>, 12.06.2012.).

### 3.1.8. Zvanični vodiči kroz praksu

Kao izvor građanskog procesnog prava, u Ujedinjenom Kraljevstvu postoje i tzv. zvanični vodiči kroz praksu. Takvi su na primer, Vodič kroz praksu Kancelarskog odseka,<sup>71</sup> Vodič kroz praksu ministarstva mornarice i praksu Privrednog suda<sup>72</sup> i Vodič kroz praksu Odseka Kraljičinog stola.<sup>73</sup>

### 3.1.9. Inherentna nadležnost viših sudova

Visoki sud, Apelacioni sud i Dom lordova<sup>74</sup> su ovlašćeni dopune pisana pravila u skladu sa razvojem procedure pod rubrikom "Inherentna nadležnost suda." Drugim rečima, sudovi su ovlašćeni da dopunjavaju pisane zakone.<sup>75</sup>

### 3.1.10. Pravničke rasprave i komentari

Pravnički spisi su takođe važan izvor građanskog procesnog prava Ujedinjenog Kraljevstva, posebno radovi poznatijih pravnika koji se bave postupkom.<sup>76</sup>

## 3.2. Organizacija sudova u Ujedinjenom Kraljevstvu

Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske nema unifikovan pravni sistem. Umesto toga, postoji jedan sistem za Englesku i Vels, drugi za Škotsku i treći za Severnu Irsku. U najvećem broju slučajeva Vrhovni sud je poslednja instanca za odlučivanje po žalbi protiv odluka svih sudova u Engleskoj, Velsu, Škotskoj i Severnoj Irskoj.<sup>77</sup>

<sup>71</sup> engl. *Chancery Guide*-u pitanju je odsek Visokog suda koji se satoji iz tri odseka: Odsek kraljičine stolice (engl. *Queen's bench division*), Kancelarskog odseka (engl. *Chancery division*) i Porodičnog odseka (eng. *Family Division*).

<sup>72</sup> engl. *Admiralty and Commercial Court Guide*.

<sup>73</sup> engl. *Queen's bench division*.

<sup>74</sup> engl. *House of Lords*.

<sup>75</sup> <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr25/neil%20andrews.pdf>, 10. 01. 2012.

<sup>76</sup> *Ibid*.

<sup>77</sup> <http://www.supremecourt.gov.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, 03.09.2012.

U celom Ujedinjenom Kraljevstvu, svi predmeti (sa izuzetkom najznačajnijih ili najtežih građanskih I krivičnih predmeta) procesuiraju se dakle, od strane dva odvojena sudska sistema-građanski predmeti od strane prvostepenih i okružnih sudova<sup>78</sup>, a krivični od strane magistratskih sudova<sup>79</sup> i Kraljevskog suda.<sup>80</sup> U Engleskoj i Velsu, Visoki sud postupa u značajnijim predmetima i po pojedinim žalbama. O žalbama protiv odluka Visokog suda I u određenim slučajevima na odluke nižih sudova odlučuje Apelacioni sud.<sup>81</sup>

U Škotskoj Sud koji zaseda<sup>82</sup>ima ulogu i Visokog suda i Apelacionog suda. O žalbama protiv odluka Apelacionog suda I Suda koji zaseda odlučuje Dom lordova.

Postoji 226 okružnih sudova koji sude u parničnom postupku, posebno povraćaj duga i uređenje međa između zemljišnih parcela.<sup>83</sup> Kao posebni odseci ovih sudova postoje odseci za sporove male vrednosti. O predmetima o kojima ne mogu da odlučuju okružni sudovi, kao i o žalbama na odluke okružnih sudova, odlučuje Visoki sud.

Magistratski sudovi, kojih ima 900, primarno sude u krivičnim postupcima. Za odlučivanje o težim krivičnim delima nadležan je Kraljevski sud koji takođe odlučuje i o žalbama protiv odluka magistratskih sudova.

Magistarski sudovi su nadležni i za odlučivanje u velikom broju građanskih stvari, na primer u porodičnim stvarima, kao i o aplikacijama za licenciranje.

Omladinski sud<sup>84</sup> vodi postupke protiv maloletnih prestupnika između deset i sedamnaest godina starosti.

Kraljevski sud odlučuje o najtežim krivičnim delima i o žalbama protiv odluka magistratskih sudova.

Visoki sud je nadležan da odlučuje u najznačajnijim građanskim predmetima kao i o žalbama protiv odluka okružnih sudova. Sastoji se iz

<sup>78</sup> engl. *County Courts*.

<sup>79</sup> engl. *Magistrates' courts*.

<sup>80</sup> engl. *Crown Court*.

<sup>81</sup> [http://www.lawiki.org/lawwiki/Court\\_system\\_of\\_England](http://www.lawiki.org/lawwiki/Court_system_of_England) , 12.06. 2012.

<sup>82</sup> engl. *Court of Session*.

<sup>83</sup> U Velikoj Britaniji je postupak uređenja međa parnični postupak.

<sup>84</sup> engl. *Youth Court*.

tri odseka: Odseka kraljičinog stola, Kancelarskog odseka i Porodičnog odseka.

Odsek kraljičine stolice odlučuje u predmetima vezanim za ugovore, naknadu štete proizašle iz delikta, privrednim sporovima i sporovima ministarstva ratne mornarice. Porodični odsek je nadležan za postupke razvoda braka i odlučuje o dečijoj zaštiti.

Kancelarski odsek odlučuje o trust fondovima, testamentima<sup>85</sup>, kompanijske sporove i sporove vezane za patente.

O žalbama protiv odluka Visokog suda Odlučuje Apelacioni sud.

Postoji i poseban deo Odseka kraljičinog stola koji je nadležan isključivo za krivične predmete.<sup>86</sup> On je nadležan i za odlučivanje o žalbama protiv odluka magistratskih sudova, ali samo u slučajevima u kojima je žalba podnesena iz činjeničnih razloga.

Islednički sud<sup>87</sup> je primarno nadležan za utvrđivanje uzroka smrti i identiteta preminulog (posebno kada se sumnja na nasilnu smrt). Odlučuje i u nekim drugim predmetima, recimo o raspolaganju imovinom bez vlasnika.<sup>88</sup>

Apelacioni sud nadležan je za odlučivanje o žalbama na odluke drugih sudova. Ima krivični odsek koji odlučuje o žalbama na odluke Kraljevskog suda i Odseka Kraljičine stolice i građanski odsek nadležan za odlučivanje o žalbama protiv odluka Visokog suda, okružnih sudova i prvostepenih sudova. Za dopuštenost ulaganja žalbe potrebno je dobijanje dozvole od strane nižih sudova ili, češće od strane samog Apelacionog suda. O molbama za dobijanje ove dozvole odlučuje sudija pojedinac, a o žalbama veće sastavljeno od dvoje ili troje sudija. Građanski odsek Apelacionog suda takođe odlučuje i o porodičnim sporovima.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> Generalno, ovaj sud je nadležan za ostavinski postupak.

<sup>86</sup> tzv. *Divisional court of the Queen's bench division*.

<sup>87</sup> engl. *Coroner's court*.

<sup>88</sup> [http://www.lawwiki.org/lawwiki/Court\\_system\\_of\\_England](http://www.lawwiki.org/lawwiki/Court_system_of_England) , 12. 06. 2012.

<sup>89</sup> <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal> , 25.06.2012.

Sudski komitet tajnog saveta<sup>90</sup> nadležan je za postupke u Ujedinjenom Kraljevstvu, kao i u državama Komonvelta.<sup>91</sup> On je sud poslednje žalbene instance za nekoliko nezavisnih država Komonvelta ( u ovom slučaju žalba se podnosi Njenom kraljevskom visočanstvu, kao i za prekomorske teritorije Ujedinjenog Kraljevstva (u kom slučaju se žalba podnosi direktno Sudskom komitetu tajnog saveta<sup>92</sup>). U skladu sa ugovorom koji je Ujedinjeno Kraljevstvo zaključilo sa Sultanom Bruneje, Sudski komitet može da odlučuje o žalbama koje su podnesene protiv odluka brunejskog Apelacionog suda, ali samo u građanskim predmetima.

U okviru Ujedinjenog Kraljevstva, Sudski komitet je nadležan za odlučivanje o žalbama koje potiču iz Kanalskih ostrva<sup>93</sup> i Ostrva Men<sup>94</sup> (postupak je isti kao i povodom žalbi iz država Komonvelta); odlučivanje o žalbama protiv odluka koje je doneo Disciplinski Komitet Kraljevskog koledža hirurga veterinar<sup>95</sup>, u skladu sa Zakonom o hirurzima veterinarima<sup>96</sup> iz 1996. godine; i odlučivanje o žalbama protiv pastoralnih planova donesenih u skladu sa Pastoralnim Merama<sup>97</sup> iz 1983. godine.<sup>98</sup> Uobičajen postupak za podnošenje žalbe Sudskom komitetu tajnog saveta jeste traženje dozvole za ulaganje žalbe.

Najzad, postoji i poseban sud za odlučivanje o žalbama na odluke vojnih sudova (Apelacioni vojni sud).<sup>99</sup>

<sup>90</sup> engl. *Judicial Committee of the Privy Council*.

<sup>91</sup> engl. *Commonwealth*, ili *British Commonwealth* (Britanski Komonvelt)-predstavlja dobrovoljno udruženje sastavljeno od Ujedinjenog Kraljevstva i njegovih bivših kolonija i britanskih krunskih poseda (engl. *British crown dependencies*) koji su dobili punu nezavisnost i međunarodno su priznati kao zasebne države, s tim da su neke od njih i dalje tehnički deo Komonvelta (kao na primer Australija i Kanada), a neke su postale republike (kao na primer, Indija)-V. *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997., 87.

<sup>92</sup> Sudski komitet tajnog saveta je osnovan Zakonom o sudskom komitetu (engl. *Judicial Committee Act*), koji je donesen 1833. godine

<sup>93</sup> Kanalska ostrva su Krunski posed Britanske krune i nisud deo Ujedinjenog Kraljevstva.

<sup>94</sup> Ostrvo Men ima status samoupravnog Krunskog poseda i nije deo Ujedinjenog Kraljevstva, a suveren je trenutno Kraljica Elizabeta II.

<sup>95</sup> engl. *Disciplinary Committee of the Royal College of Veterinary Surgeons*.

<sup>96</sup> engl. *Veterinary Surgeons Act*.

<sup>97</sup> Reč je o merama koje propisuju način preuređenja beneficija, budućnost parohija, crkvenih objekata zatvorenih za javnost, ili zatvorenih crkvi, kako bi resursi i sveštenici bili što efikasnije raspoređeni. Ove mere je doneo Opšti sinod britanske crkve- V. <http://www.churchofengland.org/clergy-office-holders/pastoralandclosedchurches/commonresources/pastoralmeasure.aspx>, 25.06.2012.

<sup>98</sup> <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal>, 25.06.2012.

<sup>99</sup> engl. *Martial Appeal Court*.

### 3.3. Vrhovni sud<sup>100</sup>

Vrhovni sud je najviši sud u Ujedinjenom Kraljevstvu i predstavlja poslednju žalbenu instancu. Pre Ustavne reforme 2005<sup>101</sup>. godine ova uloga je pripadala Domu lordova. Vrhovni sud je oktobra 2009. godine zamenio Apelacioni komitet Doma lordova.<sup>102</sup> Sastavljen je od 12 sudija i potpuno je odvojen od Vlade i Parlamenta.<sup>103</sup> Ovaj sud odlučuje o žalbama koje su podnesene iz razloga koji se odnose na pravna pitanja od velikog javnog značaja za celo Ujedinjeno Kraljevstvo kada je reč o građanskim predmetima, i o žalbama koje su podnesene iz razloga koji se odnose na pravna pitanja od javnog značaja za Englesku, Vels i Severnu Irsku, kada je reč o krivičnim predmetima. U nadležnosti ovog suda su i svi predmeti od velikog javnog i ustavnog značaja.<sup>104</sup>

Vrhovni sud odlučuje u predmetima koji se odnose na tzv “pitanja prenosa” u skladu sa Zakonom o Škotskoj<sup>105</sup> iz 1998 godine, Zakonom o Severnoj Irskoj<sup>106</sup> iz 1988. godine i Zakonom o vladi Velsa<sup>107</sup> iz 2006 godine. Reč je o pitanjima funkcija i ovlašćenja prenesenih na zakonodavne i izvršne vlasti osnovane u Škotskoj, Severnoj Irskoj i Velsu. Ranije je za ova pitanja bio nadležan Sudski komitet tajnog saveta.

U Ujedinjenom Kraljevstvu je zastupljen stav da je Vrhovni sud kao najviši sud Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne Irske, lider u stvaranju prava u zemljama „Common law “sistema.<sup>108</sup>

Pravo na ulaganje žalbe Vrhovnom sudu je regulisano zakonima, i podleže brojnim ograničenjima.<sup>109</sup> Za ulaganje žalbe Vrhovnom sudu protiv odluka apelacionih sudova u Engleskoj, Velsu I Severnoj Irskoj, u većini slučajeva se traži odobrenje ili ovih sudova ili samog Vrhovnog

<sup>100</sup> engl. *Supreme court*.

<sup>101</sup> Tada je donesen Zakon o ustavnoj reformi (engl. *Constitutional Reformation Act*).

<sup>102</sup> engl. *Appellate Committee of the House of Lords*.

<sup>103</sup> <http://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal>, 25.06.2012.

<sup>104</sup> <http://www.supremecourt.gov.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, 03.09.2012.

<sup>105</sup> engl. *Scotland Act*.

<sup>106</sup> engl. *Northern Ireland Act*.

<sup>107</sup> eng. *Government of Wales Act*.

<sup>108</sup> <http://www.supremecourt.gov.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, 03.09.2012.

<sup>109</sup> *A guide to bringing a case to The Supreme Court*, <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-uksc.pdf>, 2, 03.09.2012.

suda. Za ulaganje žalbe protiv odluka Suda koji zaseda u Škotskoj, nije potrebno odobrenje ukoliko je reč o takovij odluci u kojoj postoji razmimoilaženje u mišljenjima od strane većeg broja sudija ili ukoliko se takvom odlukom odbacuje tužba. U ostalim slučevima, traži se odobrenje za ulaganje žalbe i to od strane Suda koji zaseda. Ako on ne odobri ulaganje žalbe, odbijanje je konačno-Vrhovni sud nije nadležan da daje takvo odobrenje.<sup>110</sup> Postoji mogućnost da ulaganje žalbe protiv odluka Suda koji zaseda odobri ili taj sud ili Vrhovni sud u skladu sa izvesnim aktima Parlamenta.<sup>111</sup>

Postoje izvesni slučajevi u kojima je dozvoljena direktna žalba<sup>112</sup> Vrhovnom sudu i to: ako Visoki sud potvrdi odmah po donošenju takve odluke ili najkasnije u roku od 14 dana po podnošenju zahteva za ulaganje žalbe da su ispunjeni relevantni uslovi za ulaganje žalbe; da predmet u pitanju opravdava ulaganje žalbe Vrhovnom sudu; da su sve strane u sporu saglasne sa ulaganjem žalbe ; da Vrhovni sud na osnovu zahteva za ulaganje direktne žalbe<sup>113</sup> odobri njeno ulaganje i da se ne radi o slučaju nepoštovanja suda ili slučaju u kome žalba Apelacionom sudu (ili Apelacionom sudu Severne Irske) ne bi bila održiva čak i kada bi odobrenje za njeno ulaganje bilo dato ili u kome ulaganje žalbe ne bi moglo da se odobri.<sup>114</sup>

Treba napomenuti da Vrhovni sud nema pravo da postupa po žalbama protiv odluka Apelacionih sudova kojima se odbija zahtev za ulaganje žalbe tom sudu.<sup>115</sup>

#### 4. Zaključna razmatranja

Reforma građanskog sudskog postupka SAD vezuje se za 1878. godinu kada je donesen Njujorški zakonik o postupku.<sup>116</sup> Do tada SAD su u svemu sledile engleski model građanskog sudskog postupka koji

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *A guide to bringing a case to The Supreme Court*, <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-uksc.pdf> , 3, 03.09.2012.

<sup>112</sup> U pitanju je tzv. leapfrog appeal-„preskakajuća žalba“.

<sup>113</sup> Zahtev za ulaganje ove žalbe mora da bude podnesen u roku od mesec dana.

<sup>114</sup> *A guide to bringing a case to The Supreme Court*, <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/a-guide-to-bringing-a-case-to-the-uksc.pdf> , 3, 03.09.2012.

<sup>115</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>116</sup> engl. *New York Code of Procedure*.

je tradicionalno bio podeljen na Common Law<sup>117</sup> i Equity.<sup>118</sup> Ipak, model građanskog sudskog postupka SAD zasnovan je na engleskom modelu. Organizacija sudova se razlikuje, ali pravo na ulaganje žalbe je regulisano na identičan način. Osim toga, i u SAD, Vrhovni sud je poslednja žalbena instanca. I u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Severne Irske, Vrhovni sud predstavlja poslednju žalbenu instancu (pre Ustavne reforme 2005 godine ova uloga je pripadala Domu lordova, da bi Vrhovni sud 2009. godine zamenio Apelacioni komitet Doma lordova).

**Prof. Monika Milošević, Ph.D.**

Associate professor at the Faculty of Law

Union University Belgrade

**LEGAL REMEDIES IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND-PART THREE**

Summary

In the third part of this monograph, the author firstly deals with the sources of civil procedural law, court system and the right of appeal in the legal system of the New York State, United States of America. The author then analyses the same questions in the legal system of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

**Key words:** New York State, United States of America, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland., sources of civil procedural law, court system, right of appeal.

<sup>117</sup> engl. „Common Law“-pravni sistem koji vodi svoje poreklo iz Engleske, a kasnije je prihvaćen u SAD i koji je baziran na precedentu, a ne na pisanim zakonima (<http://www.lectlaw.com/def/c070.htm>, 30.03.2012.).

<sup>118</sup> Pravičnost- u sistemu „Common Law“u sudskom postupku je učestvovala porota. U slučaju da tužilac dobije spor, ovi sudovi su mogli da dosude samo naknadu štete u novcu, a nekad i povraćaj imanja ili pokretne imovine, pa je „Equity“ nastao u cilju prevazilaženja ovih nedostataka.



## KOMPARATIVNA POLITIKA I PRAVO KLIMATSKIH PROMENA:

### BOSNA I HERCEGOVINA, CRNA GORA, HRVATSKA I SRBIJA (OSNOVNI ELEMENTI)<sup>2</sup>

#### Apstrakt

*U radu se ukazuje na neka otvorena metodološka pitanja od značaja za komparativno sagledavanje politike i prava klimatskih promena. U drugom delu rada se analiziraju osnovni elementi politike i prava klimatskih promena u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Hrvatskoj i Srbiji. Za osnov analize se uzima nekoliko kriterijuma i to: članstvo u međunarodnim ugovorima, status u Okvirnoj konvenciji UN o promeni klime i izveštavanje, postojanje i razvijenost propisa u oblasti klimatskih promena (ustavne odredbe, postojanje posebnih zakona u oblasti klimatskih promena, sadržaj i dostupnost propisa, klimatske promene u osnovnim zakonima u oblasti životne sredine), postojanje posebnih propisa kojim se reguliše oblast racionalnog korišćenja energije i obnovljivih izvora energije, kao i usaglašenost nacionalnih propisa sa propisima EU. Uočavajući određene razlike u stanju nacionalne regulative u oblasti klimatskih promena (pre svega između Hrvatske i ostalih država) u radu se obrazlaže teza da je ključni činilac koji determiniše stanje nacionalnih politika i propisa (država koje su obuhvaćene analizom) proces evropskih integracija. U zaključku analize se procenjuje da je napredak u ovom*

<sup>1</sup> Redovni profesor, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, mail: d.todic@diplomacy.bg.ac.rs

<sup>2</sup> Rad je realizovan u okviru naučnog projekta: „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti”, Ministarstva prosvete i nauke Vlade Republike Srbije (broj 179029), za period 2011–2014. godine.

procesu u direktnoj korelaciji sa stanjem nacionalne politike, nivoom razvijenosti nacionalnih propisa i sprovođenjem međunarodnih obaveza.

**Ključne reči:** klimatske promene, komparativno pravo klimatskih promena, propisi Bosne i Hercegovine, propisi Crne Gore, propisi Hrvatske, propisi Srbije, usklađivanje nacionalnih propisa sa propisima EU.

## 1. Uvod i metodološke napomene

Metodološki posmatrano, sličnosti i razlike u politici i pravu klimatskih promena pojedinih država mogu se posmatrati sa stanovišta različitih kriterijuma<sup>3</sup>, pri čemu se pojavljuje više činilaca koji komplikuju analizu, odnosno koji otežavaju ostvarivanje očekivanih zahteva za preciznošću analize.<sup>4</sup> Najpre, to su karakter problema klimatskih promena i dileme povezane sa uzrocima i posledicama klimatskih promena, kao i nivoom postojećih saznanja u vezi sa klimatskim promenama. Iako se radi o problemu za koji se u savremenoj literaturi skoro bez rezervi tvrdi da ima globalne dimenzije („klimi“, odnosno „klimatskom sistemu“, pridaju karakteristike zajedničkog dobra čovečanstva, ponegde i „zajedničke baštine čovečanstva“),<sup>5</sup> dosadašnje aktivnosti različitih subjekata na globalnom nivou pokazuju, između ostalog, da postoje značajne teškoće

<sup>3</sup> Izbor kriterijuma može predstavljati posebno metodološko pitanje koje se ovde ne razmatra. Autor se opredelio za izbor nekoliko opštih kriterijuma za koje smatra da svi ili većina njih, i bez potrebe posebnog dokazivanja, ne bi mogli biti ignorisani u analizi ovakve vrste.

<sup>4</sup> Jedno od prvih pitanja je i pitanje načina kako su klimatske promene definisane čime se, na izvestan način, određuje i okvir pojmova „politika klimatskih promena“, odnosno „pravo klimatskih promena.“ Prema odredbama Okvirne konvencije UN o promeni klime pod pojmom „promena klime“ podrazumeva se „promena klime koja je direktno ili indirektno uslovljena ljudskim aktivnostima koje izazivaju promene u sastavu globalne atmosfere, i koja je superponirana na prirodna kolebanja klime, osmotrena tokom uporedivih vremenskih perioda.“ (član 1. tačka 2). Za jednu definiciju pojma „pravo klimatskih promena“ videti: T. Townshend, et al. (eds). *A Review of Climate Change Legislation in 33 Countries*, Globe International. Chippenham, 2013. 25. [http://cdkn.org/wp-content/uploads/2013/01/3rd\\_GLOBE\\_Report-1.pdf](http://cdkn.org/wp-content/uploads/2013/01/3rd_GLOBE_Report-1.pdf), 19.02.2013. Pojavu i razvoj prava klimatskih promena J. C. Dernbach i S. Kakade povezuju naročito sa pravom životne sredine, energetskim pravom, poslovnim pravom i međunarodnim pravom. V. J. C. Dernbach, S. Kakade, *Climate Change Law: An Introduction*, *Energy Law Journal*, 1/2008, Widener University, School of Law, 2.

<sup>5</sup> Neki autori probleme u dostizanju dogovora o budućim aktivnostima označavaju kao „tragediju zajedništva“ na globalnom nivou. K. Harrison, L. M. Sundstrom, *The Comparative Politics of Climate Change*, *Global Environmental Politics*, 7:4, November 2007., 1-18.

oko postizanja dogovora o učešću svih u njegovom rešavanju.<sup>6</sup> U vezi sa ovim je i pitanje definisanja različitih (specifičnih) materijalnih činilaca koji se pojavljuju kao uzroci i/ili manifestacija klimatskih promena, a koji determinišu (ili mogu da determinišu) karakteristike politike i propisa u oblasti klimatskih promena, odnosno položaj i interese pojedinih država u vezi sa klimatskim promenama. U detaljnijoj komparativnoj analizi bi morali biti uzeti u obzir materijalni činioci (npr. nivo ekonomske razvijenosti, specifičnosti privredne strukture od značaja za klimatske promene, učešće u ukupnim emisijama gasova sa efektom staklene bašte, itd), kako bi normativne razlike i sličnosti bile stavljene u realan kontekst. Naravno, pitanje karaktera ovih veza može biti predmet posebnog istraživanja. Materijalni činioci uslovljavaju i širi konceptijskih pristup, a širina konceptijskog pristupa problemu klimatskih promena determinišu i metodologiju komparacije, pri čemu se u literaturi pitanje klimatskih promena stavlja, najčešće, u kontekst globalizacije,<sup>7</sup> odnosa Sever – Jug,<sup>8</sup> održivog razvoja,<sup>9</sup> ljudskih prava,<sup>10</sup> naučno-tehnološkog razvoja, itd. Jedan od činilaca koji određuje dimenzije moguće analize je i pitanje daljeg razvoja međunarodnog prava klimatskih promena,<sup>11</sup> kao i pitanje stanja, otvorenih pitanja i perspektiva razvoja prava Evropske unije u oblasti klimatskih promena.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> V. D. Todić, D. Dimitrijević, Klimatske promene i Ujedinjene nacije, *Pravni život*, br. 12/2012, 259-276.

<sup>7</sup> U detaljnijoj komparativnoj analizi ne bi trebalo ignorisati, na primer, ni mogući odgovor na pitanje da li globalizacijski procesi (bez obzira kako ih konkretnije definisali) utiču na približavanje pravnih sistema. Za neke naznake V. R. A. Kagan, Globalization and legal change: The "Americanization" of European law?, *Regulation & Governance*, br. 1/2007, 99–120 doi:10.1111/j.1748-5991.2007.00009.x.

<sup>8</sup> V. na primer, P. Chatterton, D. Featherstone, P. Routledge, Articulating Climate Justice in Copenhagen: Antagonism, the Commons, and Solidarity, *Antipode*, Vol. 45 No. 3/2013, 602–620 doi: 10.1111/j.1467-8330.2012.01025.x.

<sup>9</sup> V. N. Grist, Positioning climate change in sustainable development discourse, *Journal of International Development*, No. 6/2008, 783–803, DOI: 10.1002/jid.1496.

<sup>10</sup> V. E. Cameron, M. Limon, Restoring the Climate by Realizing Rights: The Role of the International Human Rights System, *Review of European Community & International Environmental Law*, No. 3/2012, 204-219.

<sup>11</sup> Neki autori dovode u pitanje mogućnosti daljeg razvoja međunarodnog prava klimatskih promena imajući u vidu probleme u vezi sa nastavkom pregovora o budućim obavezama država. V. R. Moncel, H. van Asselt, All Hands on Deck! Mobilizing Climate Change Action beyond the UNFCCC, *Review of European Community & International Environmental Law*, No. 3/2012, 163-176. Za ocenu rezultata Kopenhaskog samita V. A. Cavoški, Samit u Kopenhagenu – uspeh ili razočarenje, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 31-32/2010, 134-139.

<sup>12</sup> V. D. Todić, Propisi Evropske unije u oblasti klimatskih promena i neka otvorena pitanja, u Lilić, S., (pr) *Pravni i ekonomski izazovi klimatskih promena*, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, 2011. 85-109. D. Todić, Klimatske promene, u Kronja, J., (ur) *Vodič kroz Strategiju EU 2020*, Evropski pokret u Srbiji, 2011., 64-80.

Nekoliko razloga može biti navedeno u prilog potrebe da se komparativno sagledaju osnovni elementi politike i propisa četiri države u regionu Jugoistočne Evrope (Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska i Srbija).<sup>13</sup> Najširi okvir iz koga proističe ovakva potreba određen je složenošću problema klimatskih promena i neophodnošću sagledavanja mogućnosti da se na izazove u ovoj oblasti daju odgovori u skladu sa specifičnostima pojedinih regiona. Pri tom bi takve mogućnosti trebalo sagledavati imajući u vidu zajedničke i specifične regionalne karakteristike stanja u ove četiri države. Nivo privredne razvijenosti, tranzicione okolnosti, zajedničke i specifične karakteristike privredne strukture, geografski položaj i postojeće karakteristike klime, nivo razvijenosti institucionalnih kapaciteta javne uprave u oblasti životne sredine i klimatskih promena, stanje svesti i specifičnosti kulturološkog modela od značaja za odnos prema životnoj sredini i razumevanju problema klimatskih promena, stanje pravnog sistema, itd. neki su od opštih elemenata koji determinišu stanje i mogućnosti nacionalnih politika sve četiri države. U sve četiri države je registrovan porast prosečne temperature i očekuju se dalji rast i promene u režimu padavina. Razlike u emisijama gasova sa efektom staklene bašte (GHG) nisu bez značaja i trebalo bi ih sagledavati u kontekstu razlika u nivou ekonomske razvijenosti, sličnosti i razlika u privrednoj strukturi država regiona. Prema podacima Okvirne konvencije UN o promeni klime najveće ukupne emisije, bez uključivanja podataka koji se odnose na korišćenje zemljišta, promenu namene zemljišta i šumarstvo (LULUCF), odnosno korišćenje zemljišta i šumarstvo (LUCF) 1990. godine je imala Srbija sa nešto više od 80 Mg ekvivalent CO<sub>2</sub>, zatim sledi BiH nešto preko 34 Mg, Hrvatska nešto manje od 32 Mg i Crna Gora sa nešto više od 5 Mg.<sup>14</sup> Međutim, procene GHG emisija *per capita* pokazuju da u 2009. godini najveće emisije imala Bosna i Hercegovina sa 8, zatim slede Srbija sa 6,3, Hrvatska 4,9 i Crna Gora 4,8.<sup>15</sup> Ipak, treba imati u vidu da je udeo svih analiziranih država u ukupnim svetskim GHG emisijama relativno skroman i, prema podacima UNDP (za 2004. godinu), kreće se od 0,1/ (za Bosnu i Hercegovinu i Hrvatsku) do 0,2% za Srbiju i Crnu Goru.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Naravno, izrada jedne takve analize predstavlja znatno ambiciozniji poduhvat i pretpostavlja znatno više prostora. U ovom radu se ukazuje samo na osnovne elemente od značaja za razumevanje okvira i determinanti politike u oblasti klimatskih promena. Ovdje se ostavlja po strani i pitanje analize stanja na teritoriji Kosova i Metohije (prema Rezoluciji Saveta bezbednosti UN br. 1244).

<sup>14</sup> Za šire videti: <http://unfccc.int/di/DetailedByParty/Event.do?event=go>. 2.4.2013.

<sup>15</sup> <http://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC/countries>. 25.3.2013.

<sup>16</sup> <http://hdr.undp.org/en/statistics/data/climatechange/map/co2share/>. 24.3.2013.

Sve četiri analizirane države su dugi vremenski period bile u okviru istog državnog i pravnog sistema sa sličnim političko-pravnim nasleđem. Takođe, sve države imaju isti strateški cilj koji se definiše kao članstvo u Evropskoj uniji, pri čemu postoje razlike u dostignutom nivou napretka na putu ka ostvarenju ovog cilja.

Imajući sve prethodno u vidu, analiza najznačajnijih strateških dokumenata, izveštaja i propisa ove četiri države bi trebalo da učini uočljivijim međusobne sličnosti i razlike i ukaže na moguće uzroke postojećeg stanja i eventualne perspektive njihovog rešavanja.

## **2. Nacionalna politika i propisi pojedinih država: kriterijumi komparacije**

### **2.1. Članstvo u međunarodnim ugovorima u oblasti klimatskih promena i životne sredine**

Članstvo država regiona u međunarodnim ugovorima u oblasti klimatskih promena i životne sredine u celini, izgleda relativno ujednačeno iako analiza dinamike ratifikacije međunarodnih ugovora pokazuje razlike.<sup>17</sup> Događaji na prostoru bivše Jugoslavije i dinamika reformi u pojedinim državama uticali su i na odnos država prema pojedinim međunarodnim ugovorima. SR Jugoslavija (R.Srbija i R.Crna Gora) su dugo bile izložene međunarodnim sankcijama što je imalo direktan uticaja i na članstvo u pojedinim međunarodnim ugovorima.<sup>18</sup> Za našu analizu se najznačajnijom može smatrati činjenica da su sve četiri države istovremeno članice Okvirne konvencije UN o promeni klime i Kjoto protokola,<sup>19</sup> kao i Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača (1985) i Montrealskog protokola o supstancama koje oštećuju

---

<sup>17</sup> Za osnovne informacije o članstvu u međunarodnim ugovorima videti: D. Todić, V. Vukasović, M. Ignjatić, A. Čavoški, *Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine u funkciji evropskih integracija i region jugoistočne Evrope*, Evropski pokret Srbija, Beograd: Evropski pokret u Srbiji, 2011.

<sup>18</sup> V. V. Vukasović, D. Todić, *Environmental Law in Serbia*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2012. 63-68.

<sup>19</sup> Okvirna konvencija o promeni klime stupila na snagu za: Hrvatsku od 1996. godine, Bosnu i Hercegovinu od 2000. godine, Srbiju od 2001. godine i Crnu Goru od 2007. godine. Kjoto protokol ratifikovan od strane Hrvatske 2007. godine isto kao i od strane Bosne i Hercegovine, Srbije i Crne Gore. [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/status\\_of\\_ratification/items/2613.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php). 12.4.2013.

ozonski omotač sa svim amandmanima (4).<sup>20</sup> Poseban značaj za oblast klimatskih promena ima članstvo sve četiri države u Ugovoru o osnivanju Energetske zajednice („Sl. glasnik RS“, br. 62/06) iz nekoliko razloga (značaj energetskeg sektora za oblast klimatskih promena, odredbe u Sporazumu koje upućuju na propise EU u oblasti životne sredine i klime, itd).<sup>21</sup>

## 2.2. Status u Okvirnoj konvenciji UN o promeni klime i izveštavanje

Najznačajnija razlika koja proističe iz članstva u Okvirnoj konvenciji tiče se statusa pojedinih država pri čemu se jedino Hrvatska nalazi u kategoriji „Aneks I“, a sve ostale su u kategoriji „non Aneks I“. U pogledu izveštavanja u skladu sa Okvirnom konvencijom UN o promeni klime razlike između stanja u analiziranim državama su, u osnovi, razlike koje proističu iz statusa država u ovom međunarodnom ugovoru. Hrvatska je svoju Petu nacionalnu komunikaciju podnela Sekretarijatu Okvirne konvencije 2010. godine, dok su sve ostale države kao države u statusu „non-Aneks I“ podnale svoj prvi izveštaj 2010. godine.<sup>22</sup>

## 2. 3. Postojanje i razvijenost propisa u oblasti klimatskih promena

### 2.3.1. Ustavne odredbe o klimatskim promenama

Ni jedna od četiri analizirane države nema u svojim ustavnim dokumentima eksplicitne odredbe koje se odnose na klimatske promene. Međutim, za ovu analizu može biti relevantna činjenica da sve države u svojim ustavnim dokumentima imaju odredbe o životnoj sredini.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> [http://ozone.unep.org/new\\_site/en/treaty\\_ratification\\_status.php](http://ozone.unep.org/new_site/en/treaty_ratification_status.php). 12.4.2013.

<sup>21</sup> Pored četiri države koje su obuhvaćene ovom analizom, članstvo u Sporazumu obuhvata i Albaniju, Makedoniju, Moldaviju, Ukrajinu i Kosovo (u skladu sa Rezolucijom Saveta bezbednosti UN 1244). [http://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC\\_HOME/ENERGY\\_COMMUNITY/Who\\_are\\_we](http://www.energy-community.org/portal/page/portal/ENC_HOME/ENERGY_COMMUNITY/Who_are_we). 12.4.2013.

<sup>22</sup> Za izveštaj Hrvatske videti: [http://unfccc.int/resource/docs/natc/hrv\\_nc5.pdf](http://unfccc.int/resource/docs/natc/hrv_nc5.pdf). Izveštaje ostalih država videti na: [http://unfccc.int/national\\_reports/non-annex\\_i\\_natcom/items/2979.php](http://unfccc.int/national_reports/non-annex_i_natcom/items/2979.php). 8.3.2013.

<sup>23</sup> Ovo, naročito, zbog izuzetno široke definicije pojma „životna sredina“ koje sadrže propisi sve četiri države i kojim je, na različite načine, obuhvaćena i „klima“, „klimatske promene“, itd. V. D. Todić, *Odredbe o zaštiti životne sredine u Ustavu SR Jugoslavije i ustavima drugih država*, *Strani pravni život*, Beograd, Institut za uporedno pravo, br. 1-3/2000, 55-80.

Naravno, pri tom bi u detaljnijoj analizi trebalo imati u vidu i razlike u političkom sistemu i ustavnoj strukturi država, a naročito pitanje nadležnosti za obavljanje poslova u oblasti životne sredine, odnosno klimatskih promena.<sup>24</sup>

### **2.3.2. Postojanje posebnih zakona koji se odnose na oblast klimatskih promena, sadržaj i dostupnost propisa koji se odnose na klimatske promene**

Ni jedna država nema poseban zakon koji za svoj predmet uređivanja ima oblast klimatskih promena, već su pojedina pitanja u oblasti klimatskih promena regulisana čitavim setom normi različitog karaktera.<sup>25</sup> U svim analiziranim državama elektronska dostupnost propisa koji se odnose na oblast klimatskih promena i način kako su ovi propisi grupisani nisu isti.

Interesantno je da na sajtu Bosne i Hercegovine koji je posvećen klimatskim promenama<sup>26</sup> nema posebno izdvojenih propisa u oblasti klimatskih promena, isto kao ni na sajtu Federalnog ministarstva okoliša i turizma,<sup>27</sup> odnosno sajtu Ministarstva za prostorno uređenje, građevinarstvo i ekologiju Republike Srpske.<sup>28</sup> Sajt nadležnog ministarstva u Crnoj Gori, kao i sajt Agencije za zaštitu životne sredine Crne Gore, ne sadrže posebno izdvojene propise koji se odnose na oblast klimatskih

---

<sup>24</sup> Sagledavanje institucionalnih aspekata aktivnosti u oblasti klimatskih promena predstavlja posebno pitanje i prevazilazi okvir ove analize.

<sup>25</sup> Ovde bi, naravno, trebalo imati u vidu da nema puno država u svetu koje imaju posebne zakone kojima se uređuju različita pitanja u oblasti klimatskih promena. Smatra se da je među državama koje imaju najznačajniju ulogu u savremenoj međunarodnoj politici klimatskih promena Japan prvi doneo poseban zakon koji se odnosi na klimatske promene (Zakon o unapređenju mera borbe protiv globalnog zagrevanja, 1998). Kasnije su određene strateške dokumente i propise donele i Kina, Južna Afrika, Ujedinjeno Kraljevstvo, Meksiko, itd. Ovakav razvoj situacije prema nekim autorima znači da zastoj i teškoće u pregovorima u Kopenhagenu (2009) nisu uticale na smanjenje aktivnosti država na nacionalnom nivou zbog procena da su potrebe za preduzimanjem različitih aktivnosti na smanjenju emisija i adaptaciji na klimatske promene u „direktnom nacionalnom interesu“. V. T. Townshend, *et al.* (Eds). *GLOBE Climate Change Legislation Study*, Globe International, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2011. 5. [http://www.lwec.org.uk/sites/default/files/GLOBE-CLIMATE-LEGISLATION-STUDY\[1\].pdf](http://www.lwec.org.uk/sites/default/files/GLOBE-CLIMATE-LEGISLATION-STUDY[1].pdf). 12.4.2013.

<sup>26</sup> V. <http://www.unfccc.ba/ba/unfccc/cdm>. 22.5.2013.

<sup>27</sup> V. [http://www.fmoit.gov.ba/ba/news\\_cat/6/dna](http://www.fmoit.gov.ba/ba/news_cat/6/dna). 12.4.2013.

<sup>28</sup> V. <http://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mgr/PAO/Pages/Splash.aspx>. 12.4.2013.

promena.<sup>29</sup> U Prvom nacionalnom izveštaju o klimatskim promenama propisi od značaja za oblast klimatskih promena se spominju na nekoliko mesta, iako se stanje u oblasti „politike i propisa“ najdetaljnije obrazlaže u Petom delu koji se odnosi na „Politike, mjere i procjene smanjenja emisija gasova sa efektom staklene bašte“, i to pojedinačno za sve relevantne sektore (energetiku, industrijske procece, poljoprivredu, promenu korišćenja zemljišta i šumarstvo, otpad, mehanizam čistog razvoja).<sup>30</sup> Sajt nadležnog ministarstva Vlade Republike Srbije i Agencije za zaštitu životne sredine ne identifikuju posebnu grupu propisa koji se odnose na oblast klimatskih promena. Zakoni i podzakonski akti su razvrstani prema „sektorima“, tj. organizacionim jedinicima u okviru Ministarstva energetike, razvoja i zaštite životne sredine.<sup>31</sup> Ako je suditi prema činjenici da su Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije UN o promeni klime i Kjoto protokol stavljeni u Sektor za energetska efikasnost i obnovljive izvore energije<sup>32</sup>, onda bi se verovatno moglo zaključiti da se klimatske promene prevashodno razumeju u ovom kontekstu. Međutim, na ovoj adresi nema ostalih propisa koji se odnose (ili bi mogli da se odnose) na oblast klimatskih promena.

Najjasnije definisanu i usvojenju listu propisa u oblasti klimatskih promena ima nadležno ministarstvo Republike Hrvatske. Lista propisa Republike Hrvatske u oblasti klimatskih promena jasno je identifikovana i obuhvata pored Zakona o zaštiti zraka (N.N. 130/11) i 8 uredbi, 4 pravilnika, 3 odluke, 1 plan i 1 program.<sup>33</sup>

### 2.3.3. Klimatske promene u osnovnim zakonima u oblasti životne sredine

U sve četiri države postoji poseban zakon kojim se reguliše oblast životne sredine i koji sadrži određene odredbe koje su na različite načine relevantne za oblast klimatskih promena. Relevantnost odredbi osnovnog zakona proističe iz njegovog sistemskog karaktera, tj. iz činjenice da se

<sup>29</sup> V. <http://www.mrt.gov.me/rubrike/zakonska-regulativa>; <http://www.epa.org.me/index.php/dokumenti/regulativa>. 22.5.2013.

<sup>30</sup> Prvi nacionalni izveštaj Crne Gore o klimatskim promjenama prema Okvirnoj konvenciji Ujedinjenih nacija o klimatskim promjenama, Ministarstvo uređenja prostora i zaštite životne sredine, Podgorica, 2010, 105-142.

<sup>31</sup> V. <http://www.merz.gov.rs/cir/dokumenti/zakoni>. <http://www.sepa.gov.rs/index.php?menu=203&id=210&akcija=showXlinked&search=0&page=0>, 2.5.2013.

<sup>32</sup> V. <http://www.merz.gov.rs/cir/dokumenti-list/6/127>, 12.4.2013.

<sup>33</sup> V. <http://klima.mzoip.hr/default.aspx?id=6>. 12.4.2013.

ovim zakonom oblast životne sredine nastoji regulisati na integrisan način, kako unutar različitih pitanja od značaja za oblasti životne sredine, tako i prema drugim sektorima privrede i društva koji mogu biti od značaja za oblast životne sredine. Otuda se, kroz analizu ovih odredbi, mogu, do izvesne mere, sagledati mesto i značaj koji se pitanjima klimatskih promena pridaje u sistemu u celini. Međutim, odredbe koje se eksplicitno odnose na klimatske promene stavljene su u različit kontekst.<sup>34</sup>

- A) „Klima“ se spominje u tri člana Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srpske (*Sl. glasnik RS*, br. 71/12) i to u kontekstu definisanja pojma „procena uticaja na životnu sredinu“ (član 14 i član 60) i zaštite vazduha (član 18). Na sličan način se prema pitanju klimatskih promena odnosi i Zakon o zaštiti okoliša Federacije Bosne i Hercegovine (*Sl. novine Federacije BiH*, br. 33/03, 36/09) (član 4. i 53); Zakon o zaštiti životne sredine Brčko distrikta (*Sl. glasnik Brčko DC*, br. 24/04) (član 15. i 4).
- B) Crnogorski Zakon o zaštiti životne sredine (*Sl. list CG*, br. 48/08, 40/10, 40/11) klimatske promene spominje u nekoliko odredbi (član 3, cilj zaštite životne sredine; član 6, definicija pojma „životna sredina“; član 54. i 55, „nacionalni planovi za posebne oblasti životne sredine“; član 56, Nacionalni plan borbe protiv dezertifikacije (član 56).
- C) U hrvatskom Zakonu o zaštiti okoliša (*Narodne novine*, br. 110/07) klimatske promene se spominju na nekoliko mesta (član 3, pojašnjenje pojmova; član 6, ciljevi zaštite okoliša; , 22, zaštita vazduha; 36, Savjet za održivi razvitak i zaštitu okoliša; i 69, procena uticaja zahvata na okoliš).
- D) Kada je u pitanju Republika Srbija Zakon o zaštiti životne sredine (*Sl. glasnik RS*, br. 135/04, 36/09) sadrži dve odredbe u kojima se eksplicitno spominju „klimatska obeležja“, odnosno „klimatske promene“ i to član 24. (zaštita vazduha) i član 93. (korišćenje sredstava Fonda)<sup>35</sup>. Inače, Zakon sadrži više odredbi koje se odnose na zaštitu vazduha (član 3, 10, 24, 39, 40, 61v, 93, 111, t.10, 27, član 116, t.8) iako je zaštita vazduha predmet regulisanja posebnog zakona koji se klimatskim promenama bavi nešto detaljnije.

---

<sup>34</sup> To, naravno, ne mora samo po sebi da znači i odgovorajući odnos prema problemu klimatskih promena već može da bude i indikator razlika u samoj strukturi i metodologiji propisa, odnosno da bude posledica različitih institucionalnih rešenja, organizacije vlasti, različite pravne tehnike i drugih okolnosti, što zaslužuje posebnu analizu.

<sup>35</sup> Koji je u međuvremenu ukinut posebnim zakonom.

### 2.3.4. Postojanje posebnih propisa kojim se reguliše oblast racionalnog korišćenja energije i obnovljivih izvora energije<sup>36</sup>

Republika Srpska je Zakon o obnovljivim izvorima energije i efikasnoj kogeneraciji usvojila 2013. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 39/13). Studija o mogućnostima razvoja biomase u Republici Srpskoj sačinjena je 2009. godine.<sup>37</sup> Strateški plan i program razvoja energetskog sektora Federacije BiH usvojen je 2007. godine,<sup>38</sup> a ranije je donet Zakon o električnoj energiji (*Sl. novine FBiH*, br. 41/02, 24/05, 38/05), koji kao svoje ciljeve definiše, između ostalog, i ciljeve koji se odnose na energetske efikasnost i obnovljive izvore energije (član 2). Korišćenje i proizvodnja biogoriva regulisani su Uredbom o korišćenju obnovljivih izvora energije i kogeneracije (*Sl. novine FBiH*, br. 36/10, 11/11, 88/11).

Strategiju energetske efikasnosti Vlada Crne Gore je donela 2006. godine, a nakon toga je usvojen i Prvi Akcioni plan energetske efikasnosti za period 2010-2012. godina. Pored Zakona o energetici (*Sl. list CG*, br. 28/10)<sup>39</sup> posebnim zakonom je regulisana oblast energetske efikasnosti (Zakon o energetske efikasnosti, *Sl. list CG*, br. 29/10).<sup>40</sup>

Hrvatska je Zakon o učinkovitom korišćenju energije u neposrednoj potrošnji donela 2008. godine (*NN*, br. 152/08), a neka podzakonska akta su doneta i ranije: Pravilnik o korišćenju obnovljivih izvora energije i kogeneracije (*NN*, br. 66/07), Pravilnik o sticanju statusa povlašćenog proizvođača električne energije (*NN*, br. 66/07), Uredba o

<sup>36</sup> U detaljnijoj analizi bi moglo biti posebno interesantno sagledavanje stanja zakonodavstva u oblasti energetike u celini, budući da različite odredbe drugih propisa mogu, takođe, biti relevantne za oblast klimatskih promena. Pri tom se polazi od procena da je energetika privredna grana koja najviše doprinosi emisiji gasova sa efektom staklene bašte.

<sup>37</sup> V. <http://www.vladars.net/sr-sp-cyrl/vlada/ministarstva/mper/Documents/biomass%20aer%20-%20final%20report%20rev-fin-05-10-09.pdf>, 22.5.2013.

<sup>38</sup> V. <http://www.fmeri.gov.ba/strateski-plan-i-program-razvoja-energetskog-sektora-federacije-bih.aspx>, 12.4.2013.

<sup>39</sup> Na osnovu člana 17. Zakona o energetici donosi se Program razvoja i korišćenja obnovljivih izvora energije, za period od deset godina.

<sup>40</sup> Na osnovu ovog zakona doneti su i odgovarajući podzakonski akti: Odluka o utvrđivanju indikativnog cilja poboljšanja energetske efikasnosti, Uputstvo za utvrđivanje metodologije za izračunavanje indikativnog cilja poboljšanja energetske efikasnosti, Pravilnik o sadržaju izvještaja o sprovođenju plana poboljšanja energetske efikasnosti kod jedinica lokalne samouprave, Pravilnik o informacionom sistemu potrošnje energije i načinu dostavljanja podataka o godišnjoj potrošnji energije, Pravilnik o graničnoj vrijednosti potrošnje energije za određivanje velikog potrošača, sadržaju plana za poboljšanje energetske efikasnosti i izvještaja o sprovođenju plana, Uputstvo o merama energetske efikasnosti i smernicama za njihovo sprovođenje.

minimalnom udelu električne energije proizvedene iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije čija se proizvodnja podstiče (NN, br. 33/07), Uredba o naknadama za podsticanje proizvodnje električne energije iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije (NN, br. 33/07), Tarifni sistem za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora energije i kogeneracije (NN, br. 33/07). Ovome treba dodati i Pravilnik o energetske sertifikaciji zgrada 2010 (NN, br. 36/10), a Pravilnik o utvrđivanju zahteva za ekološki dizajn proizvoda koji koriste energije 2009. (NN, br. 97/09).

U Srbiji je Zakon o efikasnom korišćenju energije donet 2013. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 23/13), a godinu dana ranije Uredba o merama podsticaja za proizvodnju električne energije korišćenjem obnovljivih izvora energije i kombinovanom proizvodnjom električne i toplotne energije (*Sl. glasnik RS*, br. 99/12).<sup>41</sup> Početkom 2013. godine usvojene su Uredba o merama podsticaja za povlašćene proizvođače električne energije, Uredba o postupku i uslovima za sticanje statusa povlašćenog proizvođača električne energije, Uredba o načinu obračuna i raspodeli naknade za podsticaj povlašćenih proizvođača električne energije i Uredba o visini posebne naknade za podsticaj u 2013. godini.

## 2.4. Usaglašenost nacionalnih propisa sa propisima EU

U procenama za BiH za 2012. godinu konstatuje da u „zemlji ne postoji državna strategija za klimatske promjene. Klimatska pitanja su u sve većoj mjeri zastupljena u energetske politici. Potrebni su značajni naponi da se pitanje klimatskih promjena u potpunosti ugradi u sektorske politike i strategije.“ Osim toga, procenjuje se da se država „nalazi na samom početku kada je riječ o usvajanju *acquis*-a u oblasti klimatskih promjena“, a postoji, pored problema u koordinaciji nadležnih subjekata i problema administrativne i finansijske prirode i „velika potreba za povećanjem informisanosti na svim nivoima i promovisanjem saradnje svih zainteresovanih strana.“<sup>42</sup>

Slične su procene i kada je u pitanju stanje u Crnoj Gori. Procenjuje se da je ona „ostvarila mali napredak u razvoju opšte politike“ i da je neophodno, između ostalog, i „značajno jačanje svijesti na svim

---

<sup>41</sup> Prestala da važi 31.12.2012. godine, a u pripremi su novi podzakonski akti.

<sup>42</sup> V. Izveštaj o napretku Bosne i Hercegovine u 2012. (Radni dokument Komisije) prilog uz Saopštenje Komisije Evropskom parlamentu i Vijeću, Strategija proširenja i ključni izazovi 2012.-2013. (CQM(2012) 600}, Brisel, 10.10.2012., 47.

nivoima.<sup>43</sup> Kada je u pitanju legislativa, procenjuje se da je ona „u ranoj fazi usklađivanja.“<sup>44</sup>

Kada je u pitanju Hrvatska, porcenjuje se da je „potrebno hitno poduzeti korake kako bi se bilo u mogućnosti primjenjivati pravnu stečevinu do dana pristupanja. Potrebno je ojačati administrativnu sposobnost, osobito u dijelovima koji se odnose na klimatske promjene, kontrolu industrijskog onečišćenja i upravljanje rizikom, zaštitu prirode i kemikalije.“<sup>45</sup>

Procenjujući stanje u Republici Srbiji Evropska komisija konstatuje da „u oblasti klimatskih promena nije ostvaren napredak u razvoju opšte politike; ostaje da se razvije sveobuhvatna klimatska strategija. Pitanja klimatskih promena su u velikoj meri integrisana u politiku energetike, ali neophodni su veliki naponi kako bi se klimatske promene u potpunosti integrisale u sektorske politike i strategije.“ U pogledu usaglašavanja sa pravnim tekovinama EU o klimi procenjuje se da je ostvaren „ograničeni napredak“<sup>46</sup>

### 3. Zaključak

Moglo bi se zaključiti da, kada su u pitanju države koje su obuhvaćene analizom, postoji izvesna ujednačenost, ali i razlike u stanju nacionalnih politika i regulative u oblasti klimatskih promena. Sve

<sup>43</sup> V. Izveštaj o napretku Crne Gore za 2011. (Radni dokument Komisije) koji prati Saopštenje Komisije Evropskom parlamentu i Savjetu, Strategija proširenja i glavni izazovi 2011.-2012. (CQM(2011) 666), Evropska komisija, Brisel, 12.10.2011, 66.

<sup>44</sup> *Ibid*, 66.

<sup>45</sup> V. Priopćenje komisije Evropskom Parlamentu i Vijeću o glavnim nalazima Sveobuhvatnog izvješća o praćenju pripremljenosti Hrvatske za članstvo u EU-u, COM(2012) 601, Evropska komisija, Bruxelles, 10. listopada 2012. str. 16. Dakle, u slučaju Hrvatske naglasak je na sprovođenju propisa što proizilazi iz specifičnog položaja Hrvatske koji je najvidljiviji u činjenici da je ova država već zaključila Ugovor o pristupanju EU (NN, dodatak Međunarodni ugovori, br.2/2012. 6). U detaljnijoj analizi bi moglo biti interesanto sagledavanje prelaznih rokova koje je ova država ugovorila sa EU, budući da se jedan deo njih odnosi upravo na oblast životne sredine. Na oblast klimatskih promena se odnosi i poseban „Protokol o određenim aranžmanima u vezi s mogućim jednkrotnim prijenosom jedinica dodijeljene kvote izdanih na temelju Kyotskog protokola uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih naroda o promjeni klime Republici Hrvatskoj te o pripadajućoj nadoknadi“ koji je pridodat kao prilog uz „Akt o uvjetima pristupanja Republike Hrvatske i prilagodabama ugovora o Europskoj uniji, Ugovora o funkcioniranju Europske unije i Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju.“ NN, dodatak Međunarodni ugovori, br.2/2012. 72-81.

<sup>46</sup> V.Izveštaj o napretku Srbije za 2012. godinu koji prati Saopštenje Komisije upućeno Evropskom parlamentu i Savetu, Strategija proširenja i ključni izazovi za 2012–2013. godinu (Radni dokument osoblja Komisije), Evropska komisija, Brisel 10.10.2012. 82.

četiri države su članice najznačajnijih međunarodnih ugovora u oblasti klimatskih promena. Hrvatska se izdvaja po svom statusu (Aneks I) i značajno je napredovala u pogledu izveštavanja o sprovođenju Okvirne konvencije UN o promeni klime. U slučaju Hrvatske obezbeđena je i jasnija prepoznatljivost i elektronska dostupnost propisa u oblasti klimatskih promena. Ni jedna država u svom ustavu ne spominje klimatske promene, ali u svim ustavima su sadržane odredbe o životnoj sredini. Ni jedna država nema poseban zakon kojim se regulišu oblast klimatskih promena, a pitanja povezana sa energetsom efikasnosti i obnovljivim izvorima energije izgledaju relativno ujednačno regulisana. Procenjuje se da je usaglašenost nacionalnih propisa sa propisima EU u osnovi na inicijalnom nivou u sve tri države, osim Hrvatske. Ako se imaju u vidu prethodne napomene, moglo bi se reći da su razlike skoro isključivo određene dinamikom odvijanja procesa evropskih integracija. Perspektive članstva Republike Hrvatske u EU učinile se da se, sudeći po kriterijumima koji su analizirani, politika i pravo Hrvatske izdvajaju po svojoj prepoznatljivosti i drugim karakteristikama.

**Prof. Dragoljub Todić Ph.D**

Full Professor

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

**COMPARATIVE POLITICS AND CLIMATE CHANGE  
LAW:  
BOSNIA AND HERZEGOVINA,  
MONTENEGRO, CROATIA AND SERBIA  
(BASIC ELEMENTS)**

Summary

The paper highlights certain open methodological issues relevant to the analysis of the comparative politics and climate change law. The second part of the paper focuses on the basic elements of the law and

politics of the climate change in Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Croatia and Serbia. For the basis of the analysis several criteria have been taken: membership in the international treaties, status in the UN Framework Convention on Climate Change and reporting, the existence and development of the climate change legislation (the constitutional provision, content and availability of regulations, climate change in the framework environmental law), the existence of the specific regulations governing the rational use of the energy and renewable energy sources, as well as the level of compliance of the national legislation with EU regulations. Having identified some differences in the state of national regulative on climate change (primarily between Croatia and other countries) the paper expounds the thesis that the key factor that determines the status of national policies and regulations (of the states under this analysis) is the process of the European integration. In conclusion of the analysis it is estimated that the progress in this process is directly correlated with the level of the development of national legislation and implementation of international obligations.

**Keywords:** Climate change, comparative climate change law, regulations of Bosnia and Herzegovina, regulations of Montenegro, regulations of Croatia, regulations of Serbia, the harmonization of the national legislation with EU regulations

## VOLONTIRANJE U EVROPSKOJ UNIJI

### *Apstrakt*

*U tekstu autor, nastoji da predstavi međunarodne standarde o volontiranju. Pored međunarodnih standarda u radu se ukazuje na postojeće različite sisteme u državama članicama Evropske unije, kao i razlozima koji su do toga doveli. Srbija je donela Zakon o volontiranju 2010. godine, ali organizacije civilnog društva imaju primedbe na pojedine odredbe i rešenja iz zakona. Iz tog razloga, autor se osvrnuo na iznete primedbe civilnog sektora i ukazao na uporednopravna rešenja i način na koji su navedena pitanja rešena u drugim državama. Rad može da posluži kao polazna tačka diskusije o potrebi izmene važećeg Zakona o volontiranju.*

**Ključne reči:** volontiranje, organizator volontiranja, volonter, međunarodni standardi.

\*

\* \*

Istorijski okvir volontiranja u Evropi značajno se razlikuje od države do države. Dok pojedine države članice EU imaju dugu tradiciju volontiranja i dobro razvijen volonterski sektor (Irska, Holandija, Velika Britanija), u drugim državama volonterski sektor je još uvek u nastajanju ili slabo razvijen (Bugarska, Grčka, Litvanija, Letonija, Rumunija). Volontiranje je pod snažnim uticajem istorije, politike i kulture zajednice i države.

Volontiranje, bilo da je priznato kao takvo, imalo je u Evropi svoje mesto tokom istorije. Volontiranje se javlja u oblicima brige o starijim

<sup>1</sup> Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: maticmarina77@yahoo.com

susedima, pomoći u lokalnim školama, podršci lokalnim porodicama koje su u finansijskim problemima i slično. U državama, kao što je Francuska, volontiranje je duboko ukorenjeno u srednjem veku sa postojanjem esnafa i gildi kao posredničkih tela. Slično, u Švedskoj postoji duga tradicija volontiranja i aktivnog građanstva još od XVII veka. Organizovanje volontirskih aktivnosti preko crkve kako bi se pomoglo lokalnoj zajednici ima dugu tradiciju u većini evropskih država. Do XIX veka, volontiranje u Italiji karakterišu religiozne institucije posvećene dobrotvornim aktivnostima u oblasti socijalne zaštite i zdravstva.

Prema Studiji o volontiranju u Evropskoj uniji<sup>2</sup> koja je pripremljena za Generalni direktorat za obrazovanje i kulturu, države sa višim nivoom ekonomskog razvoja i produktivnošću rada, kao i one sa demokratskom političkom i institucionalnom tradicijom imaju dobro razvijeno civilno društvo i veliki broj neprofitnih organizacija. Dok većina bivših komunističkih država u EU imaju nizak nivo volonterskog učešća i slab volonterskih sektor. Čak i u državama kao što je Mađarska, koja je imala dugu tradiciju volonterskih udruženja, komunistički režim je zaustavio razvoj volonterskog sektora. Većina volonterskih udruženja je bila zabranjena, a ona koja su preostala su nacionalizovana i stavljena pod kontrolu države. U vreme komunističkog režima, osnovane su socijalne organizacije koje su finansirane iz državnog budžeta i radile su blisko sa Komunističkom partijom.

Većina bivših komunističkih država doživela je vrhunac građanske mobilizacije i učešća građanskog društva u javnom životu krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina XX veka, kada su građanski protesti doveli do pada komunističkog režima. Komunističko nasleđe takođe objašnjava i nizak nivo učešća građana u organizacijama koje se bave socijalnim pitanjima, jer većina ljudi u postkomunističkim država smatra da odgovornost za rešavanje socijalnih problema pripada državi a ne građanima.

U Srbiji, Zakon o volontiranju usvojen je 26. maja 2010,<sup>3</sup> a počeo je sa primenom od decembra 2010. godine.

*Donošenje Zakona o volontiranju važno je kako bi se pravno uredili odnosi između volontera ili volonterki, organizatora i korisnika volontiranja, ali i kako bi se osiguralo društveno okruženje povoljno za razvoj volontiranja i sprečile moguće zloupotrebe.*

<sup>2</sup> Study on Volunteering in the European Union, Final Report, GHK, London, 2010. [http://ec.europa.eu/citizenship/pdf/doc1018\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/citizenship/pdf/doc1018_en.pdf), 27.01.2014.

<sup>3</sup> Zakon o volontiranju, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2010.

Iako je konsultativni proces pratio pripremu radnog teksta srpskog Zakona o volontiranju, ipak su iznete određene opšta ocene o Zakonu, koje ukazuju na izazove u njegovoj primeni: Zakon više tretira volontiranje kao radnopravni (javnopravni) institut, pre nego dobrovoljnu, privatnu inicijativu građana i pravnih lica; Zakon nameće nesrazmerne transakcione troškove za organizatora volontiranja i kao takav predstavlja prepreku razvoju volonterstva; prekomerna regulisanost volonterskog odnosa koji je u svojoj prirodi dobrovoljna aktivnost.

Predstavljenje međunarodnih standarda u oblasti volotiranja i pojedina uporedna iskustva mogu pružiti odgovor na kritike iznete u javnosti.

## 1. Međunarodni standardi

Najčešće korišćena definicija pojma „volontiranje“ na nivou EU odnosi se na sve oblike dobrovoljnih aktivnosti, bez obzira da li su formalne ili neformalne. Osoba sprovodi aktivnosti na osnovu slobodne volje, sopstvenog izbora i motivacije i bez namere da stekne finansijsku dobit.

Evropski volonterski centar volontiranje definiše kao aktivnost koja „može da se javi u različitim okolnostima bilo da su neformalne, kao pomoć u susedstvu, ili fomralne u strukturama neprofitnih organizacija. Priroda volontiranja može da varira od određenog broja sati do punog radnog vremena i od jednog dana do više godina prakse u nekoliko različitih oblasti. Princip dobre prakse je da se obezbedi da formalni volonteri imaju odgovarajuće osiguranje od nesreće, zdravstveno osiguranje, kao i za štetu prouzrokovanu trećim licima, da im se ogranižuje odgovarajuća obuka i upravljanje, kao i naknada troškova koje su imali kao volonteri“.<sup>4</sup>

Dve značajne međunarodne organizacije, Ujedinjene nacije i Savet Evrope, posebno su aktivne u pružanju podrške i promovisanju volontiranja, naročito od kraja 90-tih godina XX veka.

Jedan od glavnih aktera koji imaju ključnu ulogu u promociji volontiranja na međunarodnom nivou je program Volonteri Ujedinjenih nacija (UNV). UNV je organizacija koja promoviše volontiranje za podršku mira i razvoja u svetu. Volontiranje doprinosi i strategiji

---

<sup>4</sup>[http://www.cev.be/67-legal\\_status\\_of\\_volunteers\\_country\\_reports-EN.html](http://www.cev.be/67-legal_status_of_volunteers_country_reports-EN.html), 08.10.2013.

smanjenja siromaštva, održivog razvoja, zdravlja, prevenciji i upravljanju vanrednim situacijama, socijalnoj integraciji, kao i borbi protiv socijalne isključenosti i diskriminacije. Volontiranje doprinosi u velikoj mjeri ostvarenju Milenijumskih ciljeva razvoja.

Prema UNV, volontiranje se zasniva na pet ključnih načela<sup>5</sup>:

- Volontiranje je stvar ličnog izbora;
- Predstavlja legitiman način na koji građani mogu da učestvuju u aktivnostima zajednice;
- Omogućava pojedincima i grupama da se bave humanitarnim, ekološkim i socijalnim pitanjima;
- Neplaćen posao, koji ne zamenjuje plaćeni posao; i
- Ne zamenjuje plaćene radnike i ne predstavlja opasnost za bezbednost posla plaćenim radnicima.

Međunarodna organizacija rada objavila je 2011. godine Priručnik o merenju volontiranja.<sup>6</sup> Cilj Priručnika je da omogući uporedno poređenje nacionalnih podataka o volontiranju kao značajnom obliku rada koji sve više dobija na značaju, ali je vrlo često izostavljen iz nacionalnih statističkih podataka.

U međunarodnom kontekstu, jedan od značajnih izvora „mekih“ međunarodnih standarda, je Univerzalna deklaracija o volontiranju, koju je usvojio Odbor direktora Međunarodne asocijacije za volonterske aktivnosti, u januaru 2001. godine. Ostala značajna dokumenta koja sadrže standarde i preporuke za volontiranje mogu se podeliti prema organizacijama koje su ih usvojile:

### **Ujedinjene Nacije**

Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 56/38 (2001)<sup>7</sup> preporučuje državama stvaranje “podsticajnih fiskalnih, zakonskih i drugih okvira, uključujući one koji se odnose na organizacije koje se bave

<sup>5</sup> *Seminar on the Promotion of Local and International Youth Volunteering for Peace Building and Conflict Resolution in Europe Sarajevo*, European Volunteer Centre (CEV), Bosnia and Herzegovina, Final Report, 2008.

<sup>6</sup> ILO publishes the ‘Manual on the Measurement of Volunteering’

<sup>7</sup> Resolution adopted by the General Assembly, 56/38 Recommendations on support for volunteering, 10.01.2002, A/RES/56/38, <http://www.worldvolunteerweb.org/fileadmin/docdb/pdf/2007/N0147881.pdf>, 27.01.2014.

volontiranjem” kroz uvođenje podsticajnog zakonodavstva, poreskih olakšica i subvencija i olakšavanje stvaranja partnerskih odnosa u vezi sa volontiranjem u civilnom društvu.

Deklaracija o volontiranju za održivu budućnost, Volonteri Ujedinjenih nacija, od 17. septembra 2011.<sup>8</sup>

Program Volonteri Ujedinjenih nacija (UNV), osnovala je Generalna skupština 1970. godine Rezolucijom 26/59. Mandat UNV je do sada proširivan više puta rezolucijama Generalne skupštine 31/131 iz 1976. godine, 56/38 iz 2001. godine i kasnijim dokumentima koji su se odnosili na Međunarodni dan volontiranja u 2001. godini.

Inicijalna uloga UNV bila je da regrutuje, raspodeli i upravlja uslugama kvalifikovanih volontera, koji su pružali profesionalnu podršku UN agencijama u različitim programima i državama. Rezolucijom Generalne skupštine 31/131 proširen je mandat UNV za promovisanje uloge mladih u razvoju.

### Savet Evrope

Preporuka Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1948 iz 2010. godine<sup>9</sup> o promovisanju volontiranja u Evropi, kojom se preporučuje Savetu ministara da pozove države članice da potpišu i ratifikuju Evropsku konvenciju o promovisanju transnacionalnog i dugotrajnog volontiranja mladih, da promovišu i informišu o volontiranju, da usvoje proaktivnu politiku volontiranja.

Rezolucija Parlamentarne skupštine Saveta Evrope br. 1778 iz 2010. godine, kojom se države članice pozivaju da preduzmu energične mere radi promovisanja volontiranja (uvesti sistem zvaničnog priznanja znanja i veština koji se neformalno stiču kroz volontiranje, uspostaviti sistem socijalne zaštite za dugoročno volontiranje, priznati uticaj volontiranja na lokalni razvoj, itd).<sup>10</sup>

Preporuka Parlamentarne skupštine Saveta Evrope 1496 iz 2001. godine „Poboljšanje položaja i uloge volontera u društvu“ prepoznaje

<sup>8</sup>United Nations Volunteers acclamation of *Declaration on Volunteering for a sustainable future*, 17 September 2011.

<sup>9</sup><http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1948.htm>, 27.01.2014.

<sup>10</sup><http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1778.htm>, 27.01.2014

ulogu i vrednost volontiranja, traži utvrđivanje i ukidanje svih prepreka koje mogu sprečiti osobu u volonterskim aktivnostima i usvajanje i promovisanje političkih i zakonodavnih rešenja koja će podsticati volontiranje.<sup>11</sup>

Savet Evrope doneo je 2000. godine Evropsku konvenciju o promovisanju transnacionalnog i dugotrajnog volontiranja mladih (ETS br. 175), kojom se dodatno podstiče transnacionalno volontiranje osoba od 18. do 25. godine života.<sup>12</sup>

Preporukom Saveta ministara Saveta Evrope državama članicama br. R (94) 4 iz 1994. godine preporučuje se državama da definišu volontiranje na nacionalnom nivou, naglašavajući njegove obrazovne aspekte i značaj za društvo.

### Evropska unija

Na Međuvladinoj konferenciji 1997. godine usvojena je Deklaracija 38 o volontiranju.<sup>13</sup>

Preporuka Evropskog parlamenta i Saveta od 10. jula 2001. godine o mobilnosti unutar Zajednice za studente, pripravnike, volontere, predavače i trenere.<sup>14</sup>

Evropski parlament je u martu 2008. godine, usvojio izveštaj o Ulozi volontiranja i doprinosu ekonomskoj i socijalnoj koheziji.<sup>15</sup>

Odluka Saveta o Evropskoj godini volontiranja (2011) doneta je 3. juna 2009.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup><http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc01/EDOC9274.htm>, 27.01.2014

<sup>12</sup> Convention on the promotion of transnational long-term voluntary service for young people, Strasbourg, 11.05.2000, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/175.htm>, 27.01.2014.

<sup>13</sup> Declaration 38 on voluntary service activities, <http://eurlex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>, 27.01.2014.

<sup>14</sup> Recommendation of the European Parliament and of the Council of 10 July 2001 on mobility within the Community for students, persons undergoing training, volunteers, teachers and trainers (2001/613/EC).

<sup>15</sup> European Parliament resolution of 22 April 2008 on the role of volunteering in contributing to economic and social cohesion (2007/2149(INI)) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:259E:0009:0013:EN:PDF>, 27.01.2014.

<sup>16</sup> Brussels, 3.6.2009 COM(2009) 254 final 2009/0072 (CNS) Proposal for a COUNCIL DECISION on the European Year of Volunteering (2011)

Varšavska deklaracija o održivosti volonterskih aktivnosti i aktivnom građanstvu (DESAVAC), od 1. decembra 2011.<sup>17</sup>

Značaj volontiranja je već dugo priznat u Evropskoj uniji. Međutim, postoji nedostatak sistematskog i strukturisanog pristupa EU prema volontiranju.

Kada je reč o volontiranju, svaka država EU ima različite pojmove, definicije i tradicije. Volontiranje se definiše kao svaki oblik dobrovoljnih aktivnosti, bez obzira da li je formalno ili neformalno. Volonteri postupaju po sopstvenoj volji, u skladu sa svojim izborima i motivacijama i ne traže finansijsku dobit. Volontiranje se često sprovodi uz podršku neprofitne organizacije ili na osnovu inicijative lokalne zajednice.

Volontiranje doprinosi primeni Strategije rasta Evropa 2020,<sup>18</sup> posebno ostvarivanju stope zaposlenosti od 75% koja je postavljena kao cilj koji bi trebalo da bude dostignut do 2020. Volontiranje omogućava da volonteri steknu nove veštine i da se prilagode promenama na tržištu rada. Studija Džon Hopkins Univerziteta pokazala je da volonterski sektor može da doprinese i do 5% bruto domaćem proizvodu.<sup>19</sup>

Imajući na umu proces evropskih integracija Srbije, kao i harmonizaciju domaćeg zakonodavstva sa pravom EU, ukratko će biti predstavljeni izazovi sa kojima se Evropska unija suočava u oblasti volontiranja, kao i preporuke za njihovo prevazilaženje. Predstavljanje izazova sa kojima se suočava EU u ovoj oblasti kao i preporuke za njihovo prevazilaženje mogu biti značajne smernice Srbiji u procesu reformi i evropskih integracija.

*Izazovi sa kojima se susreće volonterski sektor u EU:*

**Nedostatak jasnog pravnog okvira** – Skoro jedna petina država članica EU nema jasan pravni okvir i pravila za volontere i volontiranje. Nedostatak jasnog pravnog okvira i pravila smatra se ključnim izazovom za razvoj volontiranja. Sa druge strane povećanje zakonskog/administrativnog opterećenja može da onemogući volontiranje akumuliranjem pravila i zakona koja se primenjuju na volontiranje. Relevantni učesnici zato naglašavaju rizike prekomerne regulacije sektora. Zakonske prepreke

<sup>17</sup> [http://ec.europa.eu/citizenship/pdf/eyv2011follow-up\\_01122011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/citizenship/pdf/eyv2011follow-up_01122011_en.pdf), 27.01.2014.

<sup>18</sup> Communication from the Commission. Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM (2010) 2020 final of 3 March 2010.

<sup>19</sup> *Measuring Civil Society and Volunteering*, Johns Hopkins University, 2007  
[http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/10/UNHB\\_GlobalAssemblyMeeting\\_2007.pdf](http://ccss.jhu.edu/wp-content/uploads/downloads/2011/10/UNHB_GlobalAssemblyMeeting_2007.pdf), 27.01.2014.

koje ograničavaju volontiranje (npr. ograničenje broja sati volonterskog rada koje nezaposlene osoba ili prevremeno penzionisano lice može da obavlja) može predstavljati ograničenje regrutovanja među određenim grupama. Nedavni zahtevi u pojedinim državama članicama da se za volontere u sportu vrše dodatne provere ili da moraju da imaju određene kvalifikacije i licence za rad sa mladim ljudima, predstavljaju dodatno opterećenje i za individualne volontere i za sportske organizacije.

**Nedostatak nacionalne strategije za promovisanje volonterskih aktivnosti** – Nacionalne strategije o volontiranju trebalo bi da budu osmišljene tako da pokriju sledeće aspekte: trening, odmor, socijalno osiguranje, pravo na ostvarivanje nadoknada za nezaposlene kad su u pitanju prekogranične volonterske aktivnosti, smeštaj i nadoknadu troškova koji su nastali za volontera.

**Finansijska ograničenja** – Volontiranje, iako je bez nagrade za volontera, proizvodi određene troškove. Organizacije koje su fokusirane na volonterski rad često se suočavaju sa nedostatkom održivog finansiranja, a konkurencija za dostupna sredstva je velika.

**Nedostatak ponude i tražnje** – Rastući trend profesionalizacije sektora volontiranja proizvodi određenu neusklađenost između potreba volonterskih organizacija i težnji novih volontera. Volonteri su na raspolaganju za kratkoročne projekte, a organizacijama su potrebne osobe koje se mogu dugoročno obavezati.

**Nedostatak priznavanja** – Veštine koje se stiču kroz volonterske aktivnosti nisu uvek dovoljno priznate.

**Poreske prepreke** – Države članice primenjuju različite poreske tretmane za volonterske nadoknade i naknadu troškova koje su volonteri imali u toku volontiranja. Shodno tome volonteri mogu naići na poreske prepreke prilikom volontiranja preko granice.

**Nedovoljni podaci** – Bolje uporedivi podaci o volontiranju u državama članicama mogu da pomognu utvrđivanju najbolje prakse i unapređenje politike volontiranja.

Preporuke EU kako da se navedeni izazovi prevaziđu:

- Unapređenje pravnog i političkog okvira za podršku volontiranja;
- Merenje ekonomske vrednosti volotiranja;
- Umrežavanje za promovisanje volontiranja: podsticanje istraživanja i razmene dobre prakse;
- Podstaći priznanje iskustva stečenog volontiranjem;
- Prilagođavanje/poboljšanje zakonskog okvira.

U državama u kojima ne postoji pravni okvir za volontiranje i u kojima je slaba tradicija ili kultura volontiranja, donošenje zakona može podržati razvoj volntiranja. Uspostavljanje pravnog okvira za volonterski rad (kako bi se rešila neizvesnost u pogledu troškova volontera, uslova rada i osiguranja) može da predstavlja znatne mogućnosti za razvoj volonterskog sektora. Zakon bi trebalo da obezbedi da volontiranje bude zaštićeno i promovisano, sa jedne strane, a sa druge strane da zakonski uslovi ne obeshrabruju volontiranje. Potrebno je da se u saradnji sa volonterskim orgnizacijama jasno utvrdi svrha donošenja zakona i ciljevi koji se politikom volontiranja žele ostvariti.

U državama u kojima postoji dugogodišnja tradicija, do sada je bilo veoma važno da se volonterske organizacijene regulišu i svaki pokušaj da se zakonom formalizuje volontiranje uvek je bio odbacivan. Izbegavanje prekomerne regulacije postala je glavna zabrinutost volonterskog sektora.

Uspostavljanje volonterske infrastrukture, kao što primer dobre prakse u Nemačkoj pokazuje kako osnjivanje efikasne, dobro planirane infrastrukture može značajno da unapredi okruženje za volontiranje. Takve mreže i platforme se sada osnivaju u državama gde navedena infrastruktura ne postoji, posebno u novim državama članicama EU. U ovim državama osnivaju se volonterski centri za pružanje informacija, obuke i koordinacije za korisnike volontera.

Glavni elementi koncepta volontiranja u zakonima i propisima država članica EU opisuju se kao aktivnosti koje:

- Pojedinac vrši na osnovu slobodne volje;
- Nastaju u okviru neprofitnih i nevladinih organizacija;
- Nemaju profesionalni karakter;
- Neplaćene su;
- Sprovode se za dobrobit zajednice ili trećeg lica.

## 2. Uporednopravna rešenja

Ukoliko se imaju na umu preporuke EU za države članice proizlazi da je dobra praksa usvajanje normativnog okvira, tj. donošenje Zakona kojim bi se na jednom mestu regulisala sva pitanja važna za volontiranje. U skladu sa tom preporukom najbolje rešenje za Srbiju bilo bi da se unapredi postojeći zakonski okvir i da se stvori konsezus oko neophodnih izmena i dopuna važećeg zakona, pa tek nakon njegovog testiranja u praksi da se eventualno odluči za donošenje novog zakona, ukoliko se amandmani pokažu nedovoljnim za promovisanje volontiranja. Takođe, neophodno je imati na umu da izmena zakonskog okvira nije dovoljan uslov za unapređenje volontiranja, već je neophodno u skladu sa preporukama EU unaprediti i infrastrukturu (osnivanje volonterskih centara kao u Nemačkoj) i promovisati volontiranje, uvođenjem priznavanja veština i znanja koje su stečene volonterskim radom.

Srpskim Zakonom o volontiranju nametnute su značajne administrativne obaveze organizatorima volontiranja: evidencija o volontiranju (i o kratkoročnom i o dugoročnom), evidencija organizatora volontiranja (podnošenje prijave o organizovanju volontiranja), izveštaj o volontiranju koji nadležnom ministarstvu podnosi organizator volontiranja do 31. marta za prethodnu godinu, osiguranje volontera za slučaj povrede i profesionalnog oboljenja tokom volontiranja, obezbeđenja sredstva za obavljanje volonterskih usluga i aktivnosti. Međutim, kada se analiziraju uporednopravna rešenja u državama u kojima je oblast volontiranja regulisana zakonom, može se primetiti da se nameće približno isti nivo obaveza organizatorima volontiranja.

Mađarska je 2005. godine usvojila Zakon o volonterskim aktivnostima od javnog značaja<sup>20</sup> kojim su predviđene slične obaveze vođenja evidencija za organizatore volontiranja kao i u srpskom Zakonu o volontiranju. Međutim, mađarski zakon je predvideo ove obaveze kako bi organizacije ostvarile određene poreske olakšice. Ovakvo rešenje je nastalo kao posledica činjenice da u Mađarskoj pre donošenja Zakona iz 2005. godine volonteri nisu imali formalna prava, a organizacije koje su organizovale volontiranje sa punim radnim vremenom smatrane su „poslodavcima“ i morale su da plaćaju porez za volontere. I pored toga prepoznato je da obaveza registracije i vođenja evidencije može predstavljati teret, posebno za manje organizacije. U tom cilju planirano je praćenje efekata primene zakona i analiza potrebe za izmenama i dopunama kako bi se zakonski okvir unapredio.

<sup>20</sup> Act LXXXVIII. of 2005 on Public Interest Volunteer Activities.

Mađarski Zakon iz 2005. godine o volontiranju dozvoljava da svaka organizacija radi sa volonterima i priznaje da postoje i drugi oblici volontiranja, samo nevladine organizacije koje rade u javnom interesu moraju da se registruju u skladu sa zakonom kao organizatori volontiranja i ukoliko žele da ostvare pogodnosti predviđene zakonom.<sup>21</sup> Svako udruženje ili fondacija mogu da se prijave za status organizacije koja radi u javnom interesu, međutim, procedura i zahtevi mogu biti teret za manje organizacije, koje će zbog toga ostati izvan Zakona o volontiranju, kao i njihovi volonteri.

U Luksemburgu se Zakonom o volontiranju omladine iz 1999. godine takođe, predviđa obaveza da neprofitne organizacije dobiju akreditaciju od Ministarstva omladine. Dužina volontiranja ograničena je na period od 6 do 12 meseci i može biti skraćena ili produžena samo uz odobrenje ministra. Drugi oblici volontiranja nisu regulisani propisima.

U Danskoj se takođe kritikuje povećanje administrativnog tereta za organizatore volontiranja. Tako je Ministarstvo kulture donelo odredbe kojima se predviđa uvođenje standardizovane forme za izveštavanje o volonterima, podignut je prag za porez na dodatu vrednost, itd. Uvedena je i obaveza proveravanja nekažnjivosti, što predstavlja dodatni teret za udruženja. Način na koji se oblast volontiranja reguliše u Danskoj pokazuje da ne postoji razumevanje prema načinu na koji organizatori volontiranja rade. Ovakav pristup će sigurno odbiti ljude da se u većoj meri uključe. Deo kritike postojećeg pravca i politike regulisanja volontiranja ukazuje da se koristi „malj kako bi se razbio orah, a sve u interesu javne bezbednosti“.

U Hrvatskoj se takođe nameće administrativni teret organizatorima volontiranja. Kada se volontira s osetljivim grupama, volonterka ili volonter mora priložiti potvrdu o nekažnjavanju i neizricanju mera bezbednosti, kao i potvrde o tome vodi li se protiv volonterke ili volontera krivični postupak, prekršajni postupak ili su im izricane prekršajne sankcije propisane Zakonom o zaštiti od nasilja u porodici. Iako je, kao i u Srbiji namera zakonodavca bila da se dodatno zaštite osetljive grupe korisnika volontiranja, tek treba da se vidi kako će ova odredba funkcionisati u praksi. Ostaje nejasno na koji način će organizator volontiranja pribaviti tražene dokumente, kada im to drugi važeći propisi ne dopuštaju i da li će

---

<sup>21</sup> Zakon predviđa obavezu registracije samo za određeni tip organizacija, koje koriste javna sredstva/fodove. Organizacije koje žele da budu organizatori volontiranja, a ne koriste naknade, ne moraju da se registruju. Registracija je preduslov za korišćenje poreskih olakšica, koje su predviđene Zakonom o volontiranju, a ne za sve organizatore volontiranja.

taj postupak usporiti i otežati proces uključivanja volonterki i volontera u aktivnosti.

Organizator volontiranja u Hrvatskoj, slično, kao i u srpskom Zakonu obavezan je da volonterku ili volontera osigura od nesreće kod volontiranja u uslovima opasnim po život i zdravlje ili kada je tako ugovoreno. Organizatori volontiranja odgovorni su kad volonteri, izvršavajući njihova uputstva, izazovu neku štetu. Organizator volontiranja koji je nadoknadio štetu korisniku volontiranja ili trećoj osobi ima pravo da traži obeštećenje od volonterke i/ili volontera, ako se dokaže da su volonterka ili volonter štetu prouzrokovali namerno ili iz krajnje nepažnje.

Tokom volontiranja volonterka ili volonter neminovno imaju i neke troškove, kao što su troškovi nabavke materijala za volontiranje, troškovi vlastite prehrane, puta i slično. Hrvatskim zakonom je predviđeno da im te troškove organizatori volontiranja moraju nadoknaditi samo ako su to prethodno ugovorili.

Da bi se pristupilo izmeni Zakona o volontiranju, neophodno je analizirati dosadašnji uticaj Zakona na volonterski sektor u Srbiji. Nakon prikupjenih empirijskih podataka i identifikovanih slabih tačaka, može se pristupiti izmenama Zakona. Uprednopravna iskustva i prakse iz država Evropske unije, mogu predstavljati dobar pokazatelj u kom pravcu je nophodno razvijati zakonski okvir, ali i koje su sve mere potrebne za podsticaj volontiranju.

**Marina Matić, LL.M**

Research associate  
Institute of Comparative Law

## **VOLUNTEERING IN EUROPEAN UNION**

### Summary

In this paper, in an attempt to develop an overview, the author strives to present international standards on volunteering. Beside international standards, different systems in EU member states were presented as well as reasons for their different development. Law on volunteering was adopted in Serbia in 2010. However, civil society organizations raised objections on specific articles and solutions in the Law. Having that in mind, author referred to the civil sector remarks and pointed comparative legal solutions and models of regulating these issues in other countries. This paper could serve as a starting point of the discussion about the need for amendments to the existing Law on Volunteering.

**Key words:** volunteering, organizers of volunteering, volunteer, international standards.



## PРАВНА ПРИРОДА, ОСНИВАНЈЕ I ТРАЈАНЈЕ ПРАВА ГРАЂЕНЈА U НЕМАЧКОМ I U АУСТРИЈСКОМ ПРАВУ

### *Apstrakt*

*Pravo građenja u nemačkom i austrijskom pravu je posebno stvarno, nasledivo i otuđivo pravo koje ovlašćuje njegovog imaooca da na nepokretnosti na kojoj je ono osnovano, ima građevinu. Ono predstavlja sa jedne strane stvarnopravno opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, a sa druge strane posebno stvarno pravo. Zbog svoje dvostruke pravne prirode isto se upisuje u zemljišnu knjigu opterećene nepokretnosti kao njeno opterećenje, a nakon toga se za njega otvara posebna knjiga odn. list, u koju se unose sve promene koje se odnose na pravo građenja, koje predstavlja nepokretnost u pravnom smislu. Pravo građenja je uglavnom vremenski ograničeno, s tim što u nemačkom pravu nije propisan minimum i maksimum njegovog trajanja, kao što je to slučaj u austrijskom pravu. Nakon isteka ugovorenog roka ili nakon njegovog prestanka na drugi način, nepokretnost na kojoj je bilo osnovano pravo građenja prestaje da bude opterećena tim pravom, a njen vlasnik dobija i građevinu, obično uz plaćanje odgovarajuće naknade za nju.*

***Ključne reči:*** *pravo građenja, stvarnopravno opterećenje nepokretnosti, pravna priroda, osnivanje, trajanje*

---

<sup>1</sup> Delta Generali osiguranje Beograd, mail: vukotic.jasmina@open.telekom.rs

## 1. Uvod

Pravo građenja u Nemačkoj je regulisano u Uredbi o naslednom pravu građenja (*Verordnung über das Erbbaurecht*)<sup>2</sup>, koja uredba ima zakonsku snagu. U § 1 st. 1 pomenute Uredbe je predviđeno da jedna nepokretnost može biti opterećena na taj način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno pripada otuđivo i nasledivo pravo da na ili ispod površine nekog zemljišta odn. nepokretnosti ima građevinu. Iz pomenute odredbe proizilazi da pravo građenja sa jedne strane predstavlja stvarnopravno opterećenje jedne nepokretnosti, a sa druge strane posebno stvarno pravo koje ovlašćuje njegovog imaooca da na toj nepokretnosti ima građevinu. U trenutku osnivanja ovog prava građevina ne mora postojati, te se ovo pravo sastoji u ovlašćenju da se sagradi građevina (*Bauwerk*) na nekom zemljištu. Pored toga, na nepokretnosti opterećenoj pravom građenja može već postojati građevina, koja od momenta osnivanja ovog prava postaje sastavni deo (*Bestandteil*) prava građenja. U oba slučaja (i kada na nepokretnosti već postoji građevina i kada istu tek treba sagraditi) pravo građenja je nerazdvojno povezano sa pravom svojine na građevini koja predstavlja njegov sastavni deo. U austrijskom pravu pravo građenja je regulisano u Zakonu o pravu građenja (*BauRG*) od 1912. godine<sup>3</sup> i u § 1 ovog zakona isto je definisano kao stvarno, otuđivo i nasledivo pravo da se ima građevina na ili ispod površine tuđe nepokretnosti. Do izmena ovog zakona iz 1990. godine, pravo građenja se u Austriji moglo zasnovati samo na nepokretnostima u svojini oblasnih teritorijalnih jedinica, na crkvenim nepokretnostima, nepokretnostima određenih ustanova i drugih udruženja. Od tada pravo građenja se može osnovati na nepokretnosti bilo kog vlasnika. Takođe, kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja se može osnovati kako radi izgradnje neke građevine, tako i na već postojećoj građevini, koja predstavlja nesamostalni sastavni deo prava građenja.

Pravo građenja, kakvo danas postoji u nemačkom i austrijskom pravu razlikuje se od tzv. superficijarnog prava (*le droit de superficie*) kakvo postoji u Francuskoj. Iako Francuski građanski zakonik (*Code Civil - CC*) ne poznaje ovu ustanovu, niti u Francuskoj postoji poseban zakon koji bi je regulisao, ipak shodno članu 553 CC sankcionisano je postojeće stanje i to tako što je određeno da se pretpostavlja da sve građevine, zasadi i sve

<sup>2</sup> *Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.01.1919* (Uredba o naslednom pravu građenja) - *ErbbaurechtVO, Reichsgesetzblatt - RGBl*, I S. 72, ber. S. 122, poslednji put izmenjen kroz Zakon od 8.12.2010, *Bundesgesetzblatt - BGBl*, I S. 1864

<sup>3</sup> *Baurechtsgesetz vom 26. April 1912* (Zakon o pravu građenja) - *BauRG, RGBl*, br. 86/1912, *BGBl*, br. 403/1977, 258/1990, *BGBl I*, br. 111/2010 i 30/2012

što je urađeno na površini ili ispod površine zemljišta pripadaju vlasniku zemljišta, izuzev ako se suprotno ne dokaže. Dakle, CC je dopustio pravno razdvajanje zemljišta od građevine odn. zgrade sagrađene na njegovoj površini, a u praksi je omogućeno da se razdvoji i buduća zgrada od zemljišta na temelju pravnog posla. Od 1964. godine posebnim zakonom je uređena posebna ustanova *bail à construction*, koja predstavlja zakup zemljišta radi izgradnje zgrade i traje do isteka roka na koji je ugovoren, koji ne može biti kraći od 18, niti duži od 99 godina. Zakupac je obavezan izgraditi i održavati zgradu i plaćati za to određenu zakupninu, a može hipotekarno opteretiti zgradu. Osim ove ustanove, u Francuskoj je 1990. godine uvedena i ustanova *bail à rehabilitation*.<sup>4</sup> Ovim ustanovama se nećemo bliže baviti, već ćemo samo istaći razliku između superficijarnog prava u Francuskoj i prava građenja. I kod superficijarnog prava i kod prava građenja građevina i zemljište pripadaju različitim vlasnicima (što znači da je i jednom i drugom ustanovom razbijeno načelo *superficies solo cedit*), ali razlika je u tome što je kod superficijalnog prava građevina predmet posebnog prava svojine, dok je kod prava građenja ona sastavni deo jednog posebnog prava koje se osniva na opterećenoj nepokretnosti - prava građenja, koje kao pravna nepokretnost stupa na mesto prirodne nepokretnosti. Slična ustanova, kao i u francuskom superficijarnom pravu, postoji i u austrijskom pravu - *Superädifikate*, o čemu će biti više reči kasnije u toku rada.

## 2. Pravna priroda

Ustanovljenjem prava građenja nepokretnost, odnosno zemljište na kome je ovo pravo osnovano se odvaja od građevine, odnosno zgrade koja na njemu postoji ili će se tek sagrađiti. Ovim se odstupa od pravila *superficies solo cedit*, koje pravilo potiče još iz rimskog prava i po kome sve što je sagrađeno i što se nalazi na zemljištu predstavlja njegov sastavni deo.<sup>5</sup> Ukoliko na nekom zemljištu postoji pravo građenja, građevina podignuta na ili ispod njegove površine nije sastavni deo zemljišta i ne pripada vlasniku zemljištu, već je posebna svojina (*Sondereigentum*) nosioca prava građenja. Ovo proizilazi iz dvostruke prirode prava

<sup>4</sup> Bliže o superficijarnom pravu u Francuskoj V. P. Simonetti, "Pravo građenja u Republici Hrvatskoj", *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2/2004, 146-147.

<sup>5</sup> Bliže o načelu *superficies solo cedit* (sve što se poseje, zasadi i izgradi na površini zemljišta sastavni je deo zemljišta i pripada vlasniku zemljišta), odstupanjima od ovog načela u rimskom pravu, u srednjem veku, kao i ustanovama koje su prethodile pravu građenja u Nemačkoj i Austriji V. Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka 2001., 203-223, kao i P. Simonetti, "Pravo imati zgradu na tuđem zemljištu (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)", *Pravna riječ- časopis za pravnu teoriju i praksu*, 28/2011, 21-45.

građenja, koje je posebna vrsta prava a samo ono nije stvar, ali je građevina koja je stvar njegov nerazdvojni sastavni deo i ista se ne može nalaziti samostalno u pravnom prometu bez prava građenja. Zbog kompleksne pravne prirode prava građenja, zakonodavac je u § 11 nemačke Uredbe o naslednom pravu građenja odredio da se na ovo pravo shodno primenjuju odgovarajuće odredbe koje se odnose na nepokretnosti, kao i one odredbe o prigovorima koji su vezani za pravo svojine, tj. kao da je ovo pravo nepokretnost. Sa druge strane za nastanak ovog prava, njegovu promenu i prestanak su merodavne odgovarajuće odredbe BGB<sup>6</sup> koje se odnose na prava, a ne odredbe koje se odnose na nepokretnosti jer je u gore pomenutom paragrafu isključena primena paragrafa 925, 927 i 928 BGB-a.<sup>7</sup> Shodno vladajućem opšteprihvaćenom mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji pod odrednicom “sve odredbe koje se odnose na nepokretnosti” iz pomenutog § 11, st. 1 (“*sich auf Grundstücke beziehende Vorschriften*”) se misli ne samo na odredbe BGB-a već i na sve ostale savezne propise i propise pojedinih saveznih država koji se odnose na nepokretnosti.<sup>8</sup> Naravno do odgovarajuće primena propisa koji se odnose na nepokretnosti će doći ukoliko nešto drugo ne proizilazi iz sadržine, smisla i svrhe kako Uredbe o pravu građenja, tako i propisa koji shodno treba da se primene na pravo građenja.

U nemačkom pravu obično pravo građenja predstavlja stvarnopravno opterećenje tuđe nepokretnosti, mada vlasnik može i na svojoj nepokretnosti osnovati pravo građenja (tzv. *Eigentümererbbaurecht*). Dalje, ovo stvarnopravno opterećenje može biti samo u korist određenog lica i u tome je njegoa sličnost sa ličnih službenostima, ali za razliku od njih osnovna odlika prava građenja je njegoa prenosivost i nasledivost, što nije slučaj sa ovim pravima. Takođe, lične službenosti ne mogu biti opterećene hipotekom i drugim pravima, kao što je to slučaj sa pravom građenja. Dalje, ukoliko na nekoj nepokretnosti na kojoj postoji lična službenost postoji zgrada ista nije neodvojivi sastavni deo lične službenosti već pripada vlasniku nepokretnosti, dok ovlašćeno lice može istu upotrebljavati na način koji odgovara sadržini konkretne lične službenosti.

<sup>6</sup> Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Nemački građanski zakonik) - BGB, *RGBl*, S. 195, Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBl*, I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, poslednje izmene od 20. decembra 2012, *BGBl*, I S. 2749

<sup>7</sup> Gore pomenuti paragrafi BGB-a regulišu pravni osnov sticanja i prenosa prava svojine na nepokretnosti tj. *Auflassung* (§ 925), održaj (§ 927) i odricanje vlasnika od svojine (§ 928). Inače, *Auflassung* je stvarnopravna saglasnost koja je usmerena na prenos prava svojine i ista mora biti sačinjena pred nadležnim organom (obično notarom) uz istovremeno prisustvo obe ugovorne strane.

<sup>8</sup> V. M. E. Rinne, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Minhen 2004., 1319.

Kako je sa pravom građenja kao njegov neodvojivi sastavni deo povezana svojina na građevini, odnosno građevina predstavlja bitan sastavni deo prava građenja, to nosilac prava građenja ima ovlašćenje da istu sagradi (ukoliko već nije sagrađena u momentu osnivanja ovog prava), da je koristi, poruši i da sagradi novu na mestu porušene. Stoga nosiocu prava građenja pripada pored prava svojine na građevini i pravo korišćenja neizgrađenog dela nepokretnosti na kome je ustanovljeno pravo građenja, pod uslovom da građevina ostane glavna stvar u privrednom smislu, tj. bitan sastavni deo prava građenja. Ovo znači da je vlasnik nepokretnosti time što je osnovao pravo građenja na svojoj nepokretnosti lišen ne samo svojine na zgradi (koja pripada nosiocu prava građenja), već i faktičkog korišćenja cele nepokretnosti. Zbog ove svoje karakteristike da vlasniku nepokretnosti za vreme postojanja prava građenja pripada samo gola svojina (*nuda proprietas*), ovo stvarno pravo predstavlja najširi oblik opterećenja neke nepokretnosti i kao što je gore rečeno predstavlja nepokretnost u pravnom smislu na koju se primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti.

S obzirom da je bitan sadržinski elemenat prava građenja ovlašćenje da se ima građevina, odnosno zgrada po pravilu na tuđoj nepokretnosti (s tim što vlasnik može osnovati pravo građenja i na svojoj nepokretnosti), ukoliko u ugovoru o osnivanju prava građenja nije sadržana ova odredba ili nije dovoljno jasno određena, onda ne može nastati ovo pravo i njegov upis u zemljišnu knjigu je nedopušten.<sup>9</sup> S obzirom na ovo, postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod građevinom<sup>10</sup> kao bitnim sastavnim elementom prava građenja. Ovaj pojam nije u zakonu definisan. Shodno vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi pod građevinom se podrazumeva nepokretna stvar nastala radom od donetog materijala koja je povezana sa zemljištem odnosno kojoj je osnova zemljište.<sup>11</sup> Za pojam građevine je bitno da postoji čvrsta veza (*feste Verbindung*) između iste i zemljišta.<sup>12</sup> Dalje, ni pitanje određenosti građevine nije u zakonu definisano. Određenost predmeta upisa zahtevaju i propisi koji regulišu upis prava na nepokretnostima u zemljišne knjige, a određenost je potrebna i zbog zadovoljenja principa

<sup>9</sup> V. M. E. Rinne, 1228 i fn. 13-16.

<sup>10</sup> Ovdje je potrebno razlikovati građevinu (*Bauwerk*) i zgradu (*Gebäude*). Pojam zgrade je uži pojam od pojma građevine, tako da je u pojmu građevine sadržan i pojam zgrade. Opređelili smo se da u radu koristimo pojam građevina u smislu *Bauwerk*-a, (osim u slučaju kada i zakonodavac koristi pojam zgrada) zato što pravo građenja sadrži u sebi ovlašćenje imati građevinu ne samo na površini već i ispod površine zemljišta odn. nepokretnosti.

<sup>11</sup> V. M. E. Rinne, 1228 i fn. 17-22.

<sup>12</sup> O pojmu građevine i zgrade, kao i o tome koje se sve građevine mogu smatrati građevinama u smislu zakonske obavezne sadržine i određenosti prava građenja V. Ibid., 1228-1230.

publiciteta javnih registara. Shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji minimum određenosti neke građevine da bi kao bitan sastavni deo bila upisana u zemljišnu knjigu je zadovoljen ukoliko je određen broj građevina koje će se izgraditi na nepokretnosti opterećenoj pravom građenja (na toj nepokretnosti može se izgraditi jedna ili više određenih građevina), kao i njihova približna priroda odnosno njihov tip. Ovom zahtevu bi se udovoljilo kada bi se u pravnom osnovu za nastanak prava građenja (o ovome će biti reči kasnije u toku rada) navelo da se radi o jednoj kući za stanovanje (*ein Wohnhaus*).<sup>13</sup> Dalja određenja građevine su poželjna, ali ne i neophodna. Da bi neka građevina (zgrada shodno zakonskoj definiciji) bila sastavni deo prava građenja ista mora biti pravno samostalna. Ovo otvara pitanje da li deo zgrade može biti sastavni deo prava građenja, kao i pitanje horizontalne i vertikalne podele jedne zgrade.

U st. 3 § 1 ErbbauVO je predviđeno da je nedopušteno ograničavanje prava građenja na deo zgrade posebno na jedan sprat. U slučaju vertikalne podele zgrade shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji dopušteno je osnivanje prava građenja, pod uslovom da je tako nastali deo zgrade samostalan i sposoban da bude predmet posebnog prava svojine. Takva zgrada mora imati najmanje jedan pregradni zid i mora imati svoj poseban ulaz odnosno prilaz.<sup>14</sup> S obzirom da je zakonodavac izričito isključio osnivanje prava građenja na horizontalnom delu zgrade, problem je rešen tako što je uvedeno etažno pravo građenja (tzv. *Wohnungs-/Teilerbbaurecht*<sup>15</sup>) shodno § 30 WEG<sup>16</sup>, pri čemu se ovde ne radi o pravu građenja na delu zgrade već shodno § 3 i § 8 WEG o podeljenom jedinstvenom pravu građenja na celoj zgradi.

Naravno, pravo građenja može obuhvatiti više samostalnih građevina odn. zgrada na jednoj nepokretnosti, dok, shodno vladajućem shvatanju u nemačkoj pravnoj teoriji, ne može postojati više samostalnih prava građenja na jednoj jedinstvenoj nepokretnosti.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> V. Ibid., 1230-1231.

<sup>14</sup> V. Ibid., 1232.

<sup>15</sup> Wohnungerbaurecht se odnosi na stanove, a Teilerbbaurecht na druge zgrade koje ne služe za stanovanje.

<sup>16</sup> Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.03.1951 (nemački zakon o etažnoj svojini i trajnom pravu stanovanja) - WEG, *BGBI*, I S. 173, 209, poslednje izmene od 10.5.2012, *BGBI*, I S. 1084

<sup>17</sup> Oberlandesgericht - OLG Frankfurt DNotZ 1967, 688; K. Haegle, *Streitfragen und Probleme des Erbbaurechts*, Rpfleger 1967, 280; R. Huber, *Zur Beleihung von Erbbaurechten*, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 1952, 690; R. Weber, *Probleme aus dem Erbbaurecht*, MittRhNotK 1965, 548, 564; H. Ingenstau, V. Hustedt, *Kommentar zum Erbbaurecht*, 8. Aufl., 2001, § 10 RdNr. 9 i drugi autori navedeni prema: M. E. Rinne, 1237 fn. 105.

Što se tiče opterećene nepokretnosti, ista može biti opterećena pravom građenja samo kao celina. Ovo znači da pravom građenja ne može biti opterećen idealni deo nepokretnosti, kao i neodređeni deo nepokretnosti u zajedničkoj svojini, ni deo nepokretnosti u etažnoj svojini. Realni deo nepokretnosti ne može biti opterećen pravom građenja, već isti mora prvo biti otpisan i osamostaljen. Pod deobom treba razumeti pravnu deobu nepokretnosti, a ne samo katastarsko-tehničku deobu nepokretnosti.<sup>18</sup> Ovaj slučaj je potrebno razlikovati od slučaja kada se pravo građenja osniva na celoj nepokretnosti, a realno je sadržina ovog prava ograničena na deo iste nepokretnosti.<sup>19</sup> U slučaju deobe nepokretnosti koja je, već opterećena pravom građenja na podeljenim delovima dotadašnje nepokretnosti ostaje pravo građenja, ali pošto se radi o više nepokretnosti nastaje tzv. zajedničko pravo građenja. Zajedničko pravo građenja je dopušteno samo na nepokretnostima koje se graniče jedna sa drugom i ukoliko su iste funkcionalno povezane.<sup>20</sup> Imajući u vidu odredbu GBO-a u nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi je prihvaćeno stanovište da se zajedničko pravo građenja može nastati kao takvo i od početka<sup>21</sup>, te da se može kasnije proširiti na drugu odn. druge nepokretnosti.<sup>22</sup> Naravno, na svim nepokretnostima opterećenim zajedničkim pravom građenja mora se vršiti sadržina prava građenja (pravo imati odn. sazidati građevinu ili istu proširiti). Jedan poseban slučaj zajedničkog prava građenja je tzv. *Heimfall* (kada ugovorne strane shodno § 2 ErbbauVO ugovore obavezu nosioca prava građenja da ovo pravo u slučaju nastupanja određenih pretpostavki (najčešće neplaćanja ugovorene naknade u određenom vremenskom periodu) prenese na vlasnika nepokretnosti<sup>23</sup>. Pored gore navedenog uspostavljanja zajedničkog prava građenja, postavlja se pitanje da li je pravo građenja samo po sebi deljivo pravo ili nije, tj. da li se u slučaju deobe neke nepokretnosti u pravnom smislu može izvršiti i deoba prava građenja. Ovo pitanje nije jednodušno rešeno u teoriji, tako da postoje

<sup>18</sup> O deobi nepokretnosti V. M. Bengel, F. Simmerding – *Grundbuch, Grundstück, Grenze, Handbuch zur Grundbuchordnung unter Berücksichtigung katasterrechtlicher Fragen*, Berlin 2000., 243-247.

<sup>19</sup> V. M.E. Rinne, 1235.

<sup>20</sup> V. § 6a Grundbuchordnung od 24.03.1897. godine (Uredba o zemljišnim knjigama) - GBO, *RGBl.*, S. 139, u novom izdanju od 26.5.1994. godine, *BGBl.*, I 1114, poslednje izmene kroz zakon od 15.12.2011. godine, *BGBl.*, I S. 2714

<sup>21</sup> Der Bundesgerichtshof - BGH, Landgericht - LG Münster 1956, 678; BayObLG MittBayNot 1984, 132; OLG Hamm NJW 1959, 2169; M. Lutter, *Gesamterbbaurecht und Erbbaurechtsteilung*, DNotZ 1960, 87; A. Kehler, *Das Erbbaurecht als Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke*, BWNNotZ 1956, 35; H. Ingenstau, V. Hustedt, RdNr. 39; navedeno prema M. E. Rinne, 1238 fn. 111.

<sup>22</sup> BayObLG MittBayNot 1984, 132 und DNotZ 1985, 375; OLG Hamm NJW 1963, 1112; navedeno prema Ibid., 1238 fn. 112.

<sup>23</sup> V. bliže o *Heimfall*-u: M. E. Rinne, 1238 i 1256-1258.

suprotna shvatanja o tome.<sup>24</sup> Sa gore navedenim u vezi je i pitanje kada se prilikom realizacije prava građenja sagradi zgrada koja prelazi granice nepokretnosti na kojoj postoji pravo građenja (da li tom prilikom nastaje tzv. *Nachbarerbbaurecht* - susedsko pravo građenja). Ovo pitanje je takođe sporno u nemačkoj teoriji i u praksi. Pri davanju odgovora na ovo pitanje potrebno je imati u vidu odredbu st. 3 § 1 ErbbauVO koji reguliše nedopuštenost ograničenja prava građenja na deo zgrade posebno na jedan sprat.<sup>25</sup> M. E. Rinne se zalaže da postojanje *Nachbarerbbaurecht*-a treba odbaciti, jer se njegovo postojanje protivi st. 3 § 1 ErbbauVO i jer princip pravnog jedinstva zgrade kao bitnog sastavnog dela prava građenja treba da ima prednost nad principom jedinstva između nepokretnosti i zgrade, te da bi u slučaju priznavanja postojanja *Nachbarerbbaurecht*-a nastala kolizija između principa pravnog jedinstva na zgradi i zadatka radi koga je i uvedeno pravo građenja u pravni sistem. Nastali praktični problemi mogu se rešiti primenom pravila zajedničkog prava građenja na tako nastale slučajeve.<sup>26</sup>

Gore je bilo reči o deobi nepokretnosti opterećenoj pravom građenja u slučaju da se pravna sadržina prava građenja vrši na svim tako nastalim novim nepokretnostima. U slučaju da se vrši otpis (*Abschreibung*) jednog nesamostalnog dela nepokretnosti (*unselbständigen Teilfläche*) opterećene pravom građenja, a na tom delu se ne vrši pravna sadržina prava građenja, taj deo opterećene nepokretnosti se može otpisati bez tereta (naravno uz podnošenje odgovarajućeg dokaza o tome) i pripisati nekoj drugoj nepokretnosti (*Zuschreibung*), bez saglasnosti nosioca prava građenja.<sup>27</sup> Sa druge strane, ukoliko dođe do spajanja neke nepokretnosti koja nije opterećena pravom građenja i nepokretnosti opterećene pravom građenja (*Vereinigung*) ili do pripisa jednog dela (*unselbständigen Teilfläche*) druge nepokretnosti nepokretnosti koja je opterećena pravom građenja (*Zuschreibung*), onda bi samo prvobitna nepokretnost bila opterećena pravom građenja. Međutim, da bi se izbegle zabune vrši se proširenje prava građenja na neopterećenu nepokretnost, odnosno deo nepokretnosti (pri čemu dolazi do promene sadržine prava građenja - tzv. *Inhaltsänderung*).<sup>28</sup> Takođe je shodno preovlađujućem mišljenju

<sup>24</sup> O različitim shvatanjima oko deobe prava građenja u slučaju deobe opterećene nepokretnosti V. Ibid., 1238-1240. Kod deobe prava građenja potrebno je razlikovati deobu u slučaju da pravo građenja već ima svoju sadržinu, tj. da je već sagrađena građevina i deobu u slučaju da takva sadržina još uvek nije konkretizovana.

<sup>25</sup> Bliže o različitim shvatanjima o ovom pitanju V. Ibid., 1240-1243.

<sup>26</sup> V. Ibid., 1241-1242.

<sup>27</sup> V. § 890 st. 2 BGB-a i § 6 GBO-a

<sup>28</sup> O spajanju nepokretnosti i o pripisu V. M. E. Rinne, 1328.

u nemačkoj pravno teoriji dopušteno spajanje nepokretnosti i prava građenja.<sup>29</sup>

Dalje, pravo građenja u nemačkom pravu može se osnovati na drugom pravu građenja, u kom slučaju se radi o podpravu građenja. Osnivanje ovakvog prava građenja je dopušteno, jer njegova dopuštenost proizilazi iz zakonskih odredaba koje pravo građenja smatraju nepokretnošću u pravnom smislu i određuju da se na pravo građenja primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti (osim određenih izričito isključenih odredaba BGB-a). Međutim, iz prirode prava građenja kao prava da se na nekoj nepokretnosti ima građevina i da pravo imati građevinu predstavlja neophodan elemenat prava građenja da bi ono postojalo neki pravni pisci<sup>30</sup> izvode zaključak da podpravo građenja da bi bilo dozvoljeno mora imati određena ograničenja. Tako se o dozvoljenosti podprava građenja može govoriti, jedino, ako pravu građenja i podpravu građenja pripadaju kao sastavni elementi različite građevine ili bar da im pripada ista građevina u različito vreme. U svakom slučaju podpravo građenja može jedino postojati u granicama prava građenja i deli njegovu sudbinu.

U austrijskom pravu pravo građenja važi kao nepokretna stvar.<sup>31</sup> Građevina sagrađena na pravu građenja predstavlja njegov nesamostalni sastavni deo<sup>32</sup> i takođe predstavlja nepokretnost.<sup>33</sup> Pravo građenja se može osnovati sa jedne strane u cilju izgradnje neke građevine, tj. u momentu njegovog nastanka građevina ne mora postojati, a može se osnovati i ako na opterećenoj nepokretnosti, već postoji građevina, čime se ova građevina odvajava od opterećene nepokretnosti i postaje sastavni deo prava

<sup>29</sup> V. M. Schulte, *Verbindungen von Erbbaurechten und Grundstücken gemäß § 890 BGB*, BWNotZ 1960, 137; H. Ingenstau, V. Hustedt, *Kommentar zum Erbbaurecht*, 8. Aufl., 2001, RdNr. 27, kao i ostalu literaturu navedenu prema: Ibid., 1328 fn.111.

<sup>30</sup> V. W. Schneider, *Das Untererbbaurecht*, DNotZ 1976, 411 i drugi autori navedeni prema: Ibid., 1236 fn. 102.

<sup>31</sup> V. § 6 st. 1 BauRG

<sup>32</sup> F. Bydlinski, *Das Recht der Superädifikate: geltendes Recht und Verbesserungsmöglichkeiten*, Beč, 1982, 6; A. Kletečka, *Das Buarecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, *Bauten auf fremdem Grund*, Beč 2004., 35; navedeno prema: H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I*, Beč, 2006., 435 i fn. 5.

<sup>33</sup> U Austriji pored prava građenja postoji i tzv. *Superädifikate* ili *Überbauten*, koji predstavlja pravo da se ima zgrada na tuđem zemljištu, koja zgrada nije sastavni deo zemljišta na kome je sagrađena već predstavlja predmet jednog posebnog prava svojine. Superedifikat kao i pravo građenja predstavlja negacija principa *superficies solo cedit*, ali za razliku od prava građenja gde između opterećene nepokretnosti i zgrade postoji pravo građenja, koje u pravnom smislu predstavlja nepokretnost i čiji je zgrada nesamostalni sastavni deo, kod superedifikata zgrada predstavlja predmet posebnog prava svojine i ista se smatra pokretnom stvari. Inače, u praksi zbog poreskih razloga (manje dažbine) raste značaj superedifikata u odnosu na pravo građenja.

građenja.<sup>34 35</sup> Imalac prava građenja ima na građevini prava vlasnika, a na opterećenoj nepokretnosti ima prava plodouživaoca, a shodno § 6 st. 2 BauRG. Dopušteno je da se pravo građenja proši na delove opterećene nepokretnosti koji nisu neophodni za samu građevinu, ali omogućavaju njeno lakše korišćenje (npr. prilazni put, igralište, bašta). Naprotiv, nedopušteno je osnivanje susedskog prava građenja (*Nachbarbaurecht*), koje bi nastalo ako bi se građevina gradila prekoračenjem granice opterećene nepokretnosti i zahvatanjem nepokretnosti drugog vlasnika.<sup>36</sup> Pravo građenja se ne može ograničiti na fizički (realni) deo zgrade, kao što je npr. sprat, a shodno § 1 st. 3 BauRG. Nasuprot tome, moguće je da se pravo građenja podeli na idealne delove, a samim tim i građevina kao njegov sastavni deo. Tim putem nastaje etažno pravo građenja (*Baurechts-WE*). Na građevini shodno § 6a BauRG nastaje etažna svojina (tzv. *Baurechtswohnungseigentum*). Ovo znači da u ovom slučaju postoji više ovlašćenih lica tj. više nosilaca prava građenja, a njihova svojina na građevini ima oblik etažne svojine, dok umesto opterećene nepokretnosti stupa pravo građenja kao nepokretnost u pravnom smislu (znači da se etažna svojina osniva na građevini koja predstavlja nesamostalni sastavni deo prava građenja).

U definiciji prava građenja u austrijskom pravu izričito je navedeno da je to pravo na tuđoj nepokretnosti, te se postavlja pitanje, da li vlasnik opterećene nepokretnosti može ustanoviti ovo pravo u svoju korist, tj. da li može postojati vlasničko pravo građenja, kao što je to slučaj u nemačkom pravu. Pravna teorija u Austriji smatra da to nije moguće učiniti od početka, mada ima i drugačijih mišljenja.<sup>37 38</sup> Nasuprot tome, vlasničko pravo građenja može nastati naknadno, u slučaju kada

<sup>34</sup> O ovome V. Oberster Gerichtshof - OGH, *Juristische Blätter - JBl* 1994, 250; P. Csoklich, *Baurecht an bestehenden Gebäuden*, *Österreichisches Recht der Wirtschaft - RdW* 1991, 254; A. Kletečka, *Das Baurecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 31; navedeno prema: H. Koziol, R. Welsner, 434 i fn. 4.

<sup>35</sup> Drugačije je kod superedifikata, koji se tretiraju kao pokretne stvari i kod kojih je moguće samo steći posebnu svojину na građevini koja se izgradi na tuđoj nepokretnosti, a ne i na građevini koja je već izgrađena. Ovo zbog toga što između građevine odn. zgrade i opterećene nepokretnosti ne postoji neko pravo čiji bi zgrada bila priraštaj, već je zgrada sposobna da sama za sebe bude predmet posebnog prava svojine (*sonderrechtsfähig*). Superedifikat se originarno stiče prostom izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, a u slučaju daljeg prenosa prava svojine na zgradi potrebno je izvršiti polaganje isprava (ovde se odstupa od pravila da je superedifikat pokretna stvar i nalaže se polaganje isprava u sudu da bi se izvršio prenos, kao da se radi o nepokretnostima koje nisu upisane u zemljišne knjige).

<sup>36</sup> V. M. Binder, *Sachenrecht*, Beč, 2003., 174.

<sup>37</sup> A. Kletečka, *Das Baurecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 28 i ostala literatura navedena prema: H. Koziol, R. Welsner, 435 fn. 11.

<sup>38</sup> V. M. Binder, 175.

se u jednom licu spoje vlasnik opterećene nepokretnosti i nosilac prava građenja.

### 3. Osnivanje (sticanje) prava građenja

Pravo građenja u Nemačkoj nastaje upisom u zemljišne knjige i to upisom u teretni list opterećene nepokretnosti, jer je pravo građenja, pored toga što je posebno stvarno pravo i stvarnopravno opterećenje nepokretnosti, odnosno zemljišta na kome se zasniva. Ovaj upis se vrši na osnovu pravnog osnova za upis, koji je u nemačkom pravu stvarnopravni sporazum (*Einigung*) shodno § 873 BGB-a. Naravno, nakon upisa u teretni list opterećene nepokretnosti za pravo građenja se otvara po službenoj dužnosti poseban list, odnosno posebna knjiga (*Erbbaugrundbuch*) u koju se upisuju sve dalje promene koje se odnose na pravo građenja (npr. opterećenje istog, prenos i sl.). Gore pomenuti stvarnopravni sporazum je materijalnopravno oslobođen posebne forme, ali shodno formalnim propisima koji regulišu upis u zemljišne knjige<sup>39</sup> pravni osnov za upis mora biti sačinjen u obliku koji predviđaju § 20 i § 29 GBO-a. Teorijski ugovorne strane (vlasnik nepokretnosti opterećene pravom građenja i nosilac prava građenja) mogu zaključiti neformalni *Einigung*, ali se upis u zemljišne knjige ne može dozvoliti samo na osnovu takvog sporazuma, već zemljišnoknjižnom organu mora biti priloženo odobrenje za upis shodno § 29 GBO-a. U praksi se stvarnopravni sporazum i odobrenje za upis nalaze u jednoj ispravi, a u istoj ispravi se može naći i obavezujući sporazum, odnosno ugovor. Ovo imajući u vidu specifičnosti nemačkog prava u odnosu na nastanak, prenos i ukidanje stvarnih prava (a pravo građenja je posebno stvarno pravo), gde se vrši razlikovanje između obavezujućeg ugovora (*Schuldrechtliches Grundgeschäft*, uobičajeno pod imenom *Erbbaurechtsvertrag*) kojim se ugovorne strane obavezuju jedna drugoj da će ustanoviti pravo građenja i stvarnopravnog sporazuma (*Einigung*-a) koji se mora odnositi na nastanak prava građenja kao posebnog stvarnog prava i sadržati sve zakonske pretpostavke za nastanak ovog prava predviđene u § 1 ErbbauVO, kao i svu ugovornu sadržinu ovog prava (u odredbama § 2 do § 8, te u § 27 st. 1 i § 32 st. 1 ErbbauVO je predviđeno šta sve još može sadržati ugovor o nastanku prava građenja). O principu određenosti prava građenja bilo je već reči ranije u toku rada.

<sup>39</sup> U Nemačkoj je zemljišno-knjižno pravo regulisano kako u materijalnopravnim odredbama BGB-a, tako i u formalnopravnim propisima, posebno u Uredbi o upisu u zemljišne knjige - GBO.

Na obavezujući ugovor se shodno st. 2 § 11 primenjuju odredbe § 311b st. 1 BGB-a.<sup>40</sup> Ovdje predviđena forma ugovora važi za sve njegove sastavne delove, tako da svi elementi ovog ugovora moraju biti sačinjeni u formi isprave. Ovaj obligacioni o osnivanju prava građenja je sličan kupoprodajnom ugovoru, s tim što umesto kupovne cene po pravilu postoji obaveza plaćanja naknade (*Erbbauszins*) nosioca prava građenja vlasniku nepokretnosti. U ugovoru o osnivanju prava građenja se uređuju odnosi između ugovornih strana i isti odnosi imaju samo obligacioni karakter, osim ako se ne označe izričito kao sadržina prava građenja (tzv. ugovorna sadržina prava građenja).<sup>41</sup> U ovom drugom slučaju mogu se na ove odredbe pozvati svakodobni vlasnik nepokretnosti i svakodobni imalac prava građenja. Šta sve može predstavljati ugovornu sadržinu prava građenja predviđeno je u § 2 ErbbauVO.<sup>42</sup> Ugovornu sadržinu prava građenja nije potrebno iscrpno unositi u obe knjige, u zemljišnoj knjizi koja se odnosi na nepokretnost dovoljno je da se pozove na upis izvršen u zemljišnoj knjizi u koju je upisano gravo građenja kao samostalno pravo, a u ovoj poslednjoj dovoljno je da se izvrši pozivanje na odobrenje za upis, a shodno § 14 st. 3 ErbbauVO.

Shodno iznetom za nastanak prava građenja u nemačkom pravu je shodno odredbama BGB-a potreban upis u zemljišnu knjigu (*Eintragung*) i pravni osnov za upis (*Einigung*). Međutim za upis u zemljišnu knjigu je, shodno odredbama postupka koje propisuje GBO, potrebno i odobrenje za upis (*Bewilligung*), koje je mora biti sačinjeno u odgovarajućoj formi shodno § 20 i § 29 GBO. Naravno da bi upis bio izvršen mora se podneti i odgovarajući zahtev za upis shodno § 19 i § 13 GBO. Obavezujući ugovor o nastanku prava građenja, ukoliko u istom nije sadržan i *Einigung* ne može biti podnet zemljišno-knjižnoj vlasti kao pravni osnov za upis u zemljišnu knjigu.<sup>43</sup> Sa druge strane, shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji ukoliko zemljišnoknjižnoj vlasti bude podnet *Einigung* koji ispunjava sve zahteve forme zajedno sa obavezujućim ugovorom (*Erbbaurechtsvertrag*) koji ne ispunjava uslove forme, ista ne

<sup>40</sup> U § 311b st. 1 BGB-a je predviđeno da ugovor kojim se jedna strana obavezuje da prenese ili stekne svojину na nepokretnosti mora biti sačinjen u formi notarijalne isprave. Ugovor koji nije zaključen u predviđenoj formi biće validan ukoliko uslede *Auflassung* i upis u zemljišnu knjigu.

<sup>41</sup> K. H. Schwab, H. Prütting, *Sachenrecht*, Minhen, 2003., 408.

<sup>42</sup> Tako se npr. vlasnik nepokretnosti i nosilac prava građenja mogu dogovoriti o izgradnji, popravci i održavanju građevine, o osiguranju građevine i njenoj ponovnoj gradnji u slučaju propasti, o snošenju privatnih i javnih dažbina, o tzv. *Heimfall-u*, o obavezivanju nosioca prava građenja da plaća ugovorne kazne, o ugovaranju prečeg prava za nosioca prava građenja u slučaju obnavljanja ovog prava nakon njegovog isteka i o obavezivanju vlasnika nepokretnosti da proda nepokretnost svakodobnom nosiocu prava građenja.

<sup>43</sup> V. M. E. Rinne, 1323 i fn. 46.

može zbog toga odbiti zahtev za upis prava građenja.<sup>44</sup> Kao što je napred rečeno stvarnopravni *Einigung* mora sadržati i zakonsku i ugovornu sadržinu prava građenja. U odnosu na podelu ugovora u nemačkom pravu na obavezujuće i ispunjavajuće ugovore, prilikom osnivanja prava građenja moglo bi se reći da stvarnoprava sadržina (zakonska i ugovorna) prava građenja predstavlja neki treći elemenat koji je bitan i za obavezujući obligacioni ugovor i za stvarnopravni *Einigung* i o kome treba da postoji jedinstvo između ova dva ugovora tj. treba da bude vidljiva jedinstvena sadržina prava građenja i iz jednog i iz drugog ugovora. U tom slučaju u *Einigung*-u se može pozvati na overeni obligacionopravni ugovor tj. ne mora se ponovo u *Einigung*-u ponavljati sadržina prava građenja.<sup>45</sup> Naravno u praksi može da se odstupi od principa jedinstvenosti između obligacionog ugovora i *Einigung*-a i to obično u slučaju, kada obligacioni ugovor sadrži neke odredbe koje su suprotne zakonskoj i dopuštenoj ugovornoj sadržini prava građenja. To bi se moglo desiti npr. kada ugovorne strane u obligacioni ugovor unesu klauzulu o zabrani otuđenja prava građenja, što je suprotno pravnoj prirodi prava građenja kao prava koje se može otuđiti i takvu odredbu ne može da sadrži stvarnopravni sporazum. Nasuprot tome ovakav obligacioni sporazum je dopušten shodno § 137 st. 2 BGB-a, ali nepostupanje po istom može dovesti samo do obaveze naknade štete strane koje je taj sporazum prekršila u slučaju da je pravo građenja otuđeno (dok otuđenje proizvodi pravna dejstva).<sup>46 47</sup>

Kao što je napred rečeno pored osnivanja prava građenja na tuđoj nepokretnosti, vlasnik nepokretnosti može osnovati na svojoj nepokretnosti pravo građenja. U ovom slučaju, pravni osnov za upis prava građenja u zemljišne knjige predstavlja jednostrana izjava (*Erklärung*) vlasnika nepokretnosti.<sup>48</sup>

Pravo građenja se upisuje u zemljišnu knjigu opterećene nepokretnosti na prvom mestu, pre svih drugih opterećenja i njegov rang se ne može menjati. Ovo znači da pravo građenja ne može biti posle

<sup>44</sup> Ibid., 1323 i fn. 47.

<sup>45</sup> V. Ibid., 1323 i fn. 49.

<sup>46</sup> V. Ibid., 1244.

<sup>47</sup> Ovakav obligacioni ugovor ne može biti zaštićen ni kroz *Vormerkung*, jer nije upravljen na proizvođenje neke stvarnopravne promene već ima samo obligaciona dejstva. Inače, *Vormerkung* u nemačkom pravu predstavlja sredstvo obezbeđenja sa stvarnopravnim dejstvom jednog obligacionopravnog zahteva na stvarnopravnu promenu na nepokretnosti ili na zemljišnoknjižnom pravu. *Vormerkung* je akcesoran, služi obezbeđenju obligacionih prava i zavisi od postojanja potraživanja. Raspolaganje koje se njemu protivi, a koje je izvršeno nakon njegovog upisa, ostaje bez dejstva u meri u kojoj bi se njime zahtev osujetio ili okrnjio.

<sup>48</sup> K. H. Schwab, H. Prütting, 408.

neko drugog opterećenja, niti može biti u istom rangu sa nekim drugim opterećenjem. Takvo pravo građenja ne može biti posle ili u istom rangu sa pravom stvarne službenosti. Takođe, *Vormerkung* (stvarnopravno obezbeđenje nekog obligacionopravnog zahteva) ne može biti pre ili u istom rangu sa pravom građenja. Naprotiv, *Vormerkung* kojim se stvarnopravno osigurava potraživanje prava građenja nije identičan sa pravom građenja i na njega se ne odnosi pravilo o obaveznom rangu, tako da isti može biti upisan i posle nekog drugog prava.<sup>49</sup>

Izuzetak od pravila prvog mesta je moguć jedino u slučaju da se u zakonima pojedinih zemalja (federalnih jedinica u Nemačkoj) predvidi odstupanje i ako to ne šteti pravu građenja. Takođe se ne uzimaju u obzir prava za čije dejstvo nije potreban upis u zemljišnu knjigu odn. prava koja nije sposobna za rangiranje (npr. ograničenja raspolaganja vlasnika nepokretnosti, primedbe iz zakona o prinudnom izvršenju i iz drugih zakona).

U austrijskom pravu pravo građenja nastaje upisom u C list opterećene nepokretnosti i shodno § 5 BauRG mora se odnositi na celu nepokretnost, odnosno na celo zemljišnoknjižno telo. Po nekim shvatanjima u pravnoj teoriji, ovu odredbu treba tako razumeti da je dopušteno da se, kao i kod stvarnih službenosti, ograniči vršenje ovog prava na određene delove nepokretnosti.<sup>50</sup> Nakon upisa u teretni list opterećene nepokretnosti za pravo građenja se otvara poseban uložak u koji se upisuje pravo građenja kao posebno zemljišnoknjižno telo. U ovaj poseban uložak prava građenja upisuju se sve promene koje nastaju na ovom pravu, kao što su: otuđenje, opterećenje i sl. Kako pravo građenja predstavlja nepokretnost u pravnom smislu i kako se na njega primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti, to isto pravo može biti opterećeno drugim pravima (hipotekom, službenostima i sl.) kao da se radi o nepokretnosti. Takođe je moguće da se ustanovi simultana (zajednička) hipoteka na pravu građenja i na opterećenoj nepokretnosti.<sup>51</sup> U slučaju podele opterećene nepokretnosti i pravo građenja se deli i za svako novonastalo pravo građenja se otvara poseban uložak.<sup>52</sup>

S obzirom da pravo građenja predstavlja kako opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, tako i posebnu nepokretnost u pravnom smislu, to je za njegov upis u zemljišnu knjigu potrebna tabularna isprava

<sup>49</sup> O ovome, kao i o ostalim pravima koja ometaju propisani prvi rang prava građenja V. M. E. Rinne, 1316.

<sup>50</sup> V. M. Binder, 174 fn. 570.

<sup>51</sup> V. W. Rechberger, L. Bittner, *Grundbuchsrecht*, Beč, 2007., 60.

<sup>52</sup> V. M. Binder, 174.

(isprava koja predstavlja pravni osnov za upis u zemljišnu knjigu i to je obično ugovor)<sup>53</sup>, koja mora ispunjavati sve zakonom predviđene uslove da bi se na osnovu nje izvršio upis. Ova isprava predstavlja pravni osnov za upis, a samo pravo nastaje upisom na osnovu punovažnog pravnog osnova (znači da bi pravo nastalo moraju postojati oba uslova, i pravni osnov i upis). Za razliku od nemačkog prava u austrijskom pravu pravni osnov za upis nije poseban stvarnopravni sporazum već je to obligacioni, odnosno kauzalni ugovor zaključen između vlasnika opterećene nepokretnosti i nosioca prava građenja, koji za svrhu upisa u zemljišnu knjigu mora biti sačinjen u formi tabularne isprave. U BauRG su predviđeni obavezni elementi koje mora da sadrži ugovor o osnivanju prava građenja (*Baurechtsvertrag*), a u cilju da se osigura položaj nosioca prava građenja i da se omogući da se ovo pravo optereti hipotekom radi obezbeđenja kredita.<sup>54</sup> Ovaj ugovor kao privatna isprava mora biti overen da bi predstavljao pravni osnov za uknjižbu u zemljišnu knjigu.<sup>55</sup> Dalje, privatna isprava koja predstavlja osnov za upis mora, pored opštih uslova za svaka ispravu za upis, sadržati i tačno označenje nepokretnosti, kao i odobrenje za upis (*Eintragungsbewilling* odn. *Aufsandungserklärung*).<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Ovde je potrebno razlikovati tabularnu ispravu koja predstavlja pravni osnov upisa i koja mora ispunjavati u zakonu predviđene uslove za upis i samog ugovora, koji za svoju punovažnost ne zahteva posebne uslove tj. može biti i neformalan. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Austrijski građanski zakonik) - ABGB, *JGS*, br. 946/1811, poslednje promene, *BGBI I*, br. 15/2013 u § 883 predviđa da, osim zakonom predviđenih slučajeva, ugovor može biti sačinjen u bilo kojoj formi i da upotrebljena forma nema značaja za obaveznost ugovora. Međutim, shodno § 432 ABGB za svrhu upisa u zemljišnu knjigu mora o ugovoru o sticanju prava svojine biti sačinjena overena isprava u formi predviđenoj za punovažnost pravnog posla ili javna isprava, a u § 433 istog zakonika je predviđeno šta mora da sadrži ova isprava. U praksi se obično ugovor zaključuje u pisanoj formi uz ispunjenje formalnih uslova iz GBG-a (Allgemeines Grundbuchsgesetz (Zakon o zemljišnim knjigama) - GBG, *BGBI*, br. 39/1955, poslednje izmene, *BGBI I*, br. 30/2012), koji važe za ispravu na osnovu koje se može izvršiti upis u zemljišnu knjigu (naravno ukoliko se radi o pravu koje se upisuje u zemljišnu knjigu, što je ovde slučaj).

<sup>54</sup> O mogućnosti ugovaranja odn. o dopuštenosti pojedinih ugovornih klauzula (klauzula o zabrani otuđenja je nenedopuštena, dok su dozvoljene klauzule o ustanovljenju prečeg prava kupovine i o zabrani zasnivanja etažnog prava građenja i etažne svojine) V. M. Binder, 177.

<sup>55</sup> U austrijskom pravu postoje tri vrste upisa u zemljišnu knjgu: uknjižba, predbeležba i zabeležba. Uknjižba može uslediti samo na osnovu javne isprave ili takve privatne isprave na kojoj su potpisi stranaka overeni od strane suda ili notara, te ukoliko zabeleška o overi kod fizičkih lica sadrži i njihov datum rođenja, a kako to predviđa § 31 st. 1 GBG-a.

<sup>56</sup> Odobrenje za upis je izričita izjava onoga čije se pravo ograničava, opterećuje, ukida ili prenosi na drugu osobu da odobrava uknjižbu. O uslovima za uknjižbu, o predbeležbi (gde privatna isprava ne mora biti overena), zabeležbi i uslovima koje moraju ispunjavati isprave da bi se na osnovu njih dozvolio upis videti bliže: W. Rechberger, L. Bittner, 95-111.

Takođe, na pravu građenja može se osnovati novo pravo građenja, pri čemu nastaje podpravo građenja (*Unterbaurecht*).<sup>5758</sup> Suprotno mišljenje zastupaju W. Rechberger i L. Bittner, koji smatraju da ovo nije zakonom predviđeno i da je samim tim nedopušteno, pri čemu se pozivaju na odgovarajuće sudske odluke.<sup>59 60</sup>

Kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja ima prvenstveni rang i njemu ne može prethoditi založno pravo, kao ni drugo opterećenje koje je usmereno na unovčenje opterećene nepokretnosti: To znači da pre osnivanja prava građenja nepokretnost ne sme biti opterećena ili ukoliko je, već, opterećena, pravo građenja mora biti na prvom mestu u teretnom listu.<sup>61</sup> Što se tiče službenosti i drugih opterećenja različitih od založnog prava, odnosno takvih opterećenja koja nisu usmerena na unovčenje opterećene nepokretnosti, odnosno koja se ne protive cilju radi koga je osnovano pravo građenja, ako na opterećenoj nepokretnosti ista već postoje, ona mogu ostati na svom ranijem mestu ukoliko se to ne protivi cilju prava građenja.

#### 4. Trajanje prava građenja

U nemačkoj Uredbi o pravu građenja nije navedeno minimalno i maksimalno trajanje ovog prava. S obzirom na njegovo svojstvo stvarnopravnog opterećenja nepokretnosti, neophodno je da bude zasnovano na određeno vreme, tj. da je u pravnom osnovu za njegov nastanak, kao i u zemljišnoj knjizi naveden datum njegovog prestanka (*Endtermin*).<sup>62</sup> U suprotnom vlasnik nepokretnosti bi imao svojину bez ikakvog dejstva, tj. izgubio bi čak i nadu da će posle izvesnog vremena povratiti punu svojину opterećene nepokretnosti. Međutim, posmatrajući samo zakonske odredbe, moglo bi se reći da je dopušteno i postojanje potpuno neoročenog prava građenja (tzv. *ewiges Erbbaurecht*). Kod neoročenog prava građenja je po shvatanjima pojedinih pravnih pisaca bitno da se u svakom pojedinom slučaju utvrdi da li je pravo svojine

<sup>57</sup> V. OGH in JBl 2002, 311 (Holzner); A. Kletečka, *Das Buarecht - Begriff und Inhalt*, in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 37 i ostala literatura navedena prema: H. Koziol, R. Weiser, 435 fn. 9.

<sup>58</sup> Shvatanje o dopuštenosti podprava građenja zastupa i Martin Binder. V. Martin Binder, 176.

<sup>59</sup> V. W. Rechberger, L. Bittner, 60.

<sup>60</sup> Isto shvatanje nalazimo i kod: I. Gert, *Bürgerliches Recht IV Sachenrecht*, Beč 2008., 239.

<sup>61</sup> V. § 5 st. 2 BauRG

<sup>62</sup> K.. H. Schwab, H. Prütting, 406.

na nepokretnosti postalo iluzorno ili da li je takvo opterećenje suprotno običajima.<sup>63</sup>

I pored teorijske mogućnosti postojanje potpuno neoročenog prava građenja, ipak je uobičajeno u praksi da ono bude oročeno. Oročavanje se može izvršiti na dva načina, bilo tako što se navede tačan datum prestanka ovog prava (što mora da bude vidljivo iz zemljišne knjige ili bar iz odobrenja za upis u istu) ili tako što se navede određeni događaj sa čijim nastupanjem ovo pravo prestaje. Međutim, u ovom drugom slučaju treba voditi računa da se trajanje prava građenja ne vezuje za neki određeni događaj koji bi dovodio u pitanje zakonsku sadržinu ovog prava kao nasledivog i otudivog. Ovo bi trebalo da znači da takav događaj nije npr. momenat smrti nosioca prava građenja.<sup>64</sup>

Sa trajanjem prava građenja povezano je i pitanje mogućnosti ugovaranja istog pod uslovom. U st. 4 § 1 ErbbauVO je izričito određeno da se trajanje prava građenja ne može ograničiti raskidnim uslovom. Što se tiče odložnog uslova zakonodavac ne govori o tome, iz čega bi se moglo zaključiti da je dozvoljeno ugovaranje da nastanak prava građenja zavisi od nekog odložnog uslova, a ovo je u skladu i sa § 158 st. 1 BGB.<sup>65</sup> Sem toga, u st. 4 § 1 ErbbauVO u drugoj rečenici je predviđeno da se vlasnik nepokretnosti ne može pozvati na dogovor sa nosiocem prava građenja, na osnovu koga se nosilac prava građenja obavezuje da će, u slučaju nastupanja određenih pretpostavki, odustati od prava građenja i odobriti njegovo brisanje u zemljišnoj knjizi. U slučaju nastupanja određenih pretpostavki može se samo predvideti samo da se pravo građenja prenese na vlasnika nepokretnosti shodno st. 4 § 2 ErbbauVO (tzv. *Heimfall*), ali ne i obaveza nosioca prava građenja da od ovog prava odustane.

U austrijskom pravu, za razliku od nemačkog prava, pravo građenja mora biti oročeno i ono ne može biti ugovoreno za period kraći od 10 godina, niti za period duži od 100 godina.<sup>66</sup> Nakon isteka ugovorenog roka, pravo građenja može biti produženo, ukoliko se time ne prekoračuje zakonom određen najduži period trajanja ovog prava.<sup>67</sup> Nedopušteno je da se trajanje prava građenja vezuje za trajanje života nosioca prava građenja, jer se to protivi pravnoj prirodi ovog prava kao

<sup>63</sup> V. M. E. Rinne, 1245 i fn. 164.

<sup>64</sup> Međutim, ovo pitanje nije jednodušno rešeno u teoriji i praksi, te različita razmatranja o tome videti kod: M. E. Rinne, 1246.

<sup>65</sup> § 158 st. 1 BGB predviđa da dejstvo pravnog posla koji je zaključen pod odložnim uslovom nastupa kada taj uslov nastupi.

<sup>66</sup> V. § 3 stav 1 BauRG

<sup>67</sup> V. I. Gert, 239.

nasledivog, a takođe ovo bi štetilo interesima lica koja na pravu građenja imaju neko pravo (npr. hipoteku).<sup>68</sup>

Takođe, isto kao i u nemačkom pravu, u austrijskom pravu pravo građenja ne može biti ugovoreno pod raskidnim uslovom,<sup>69</sup> odnosno ovakve odredbe su nedopuštene i protive se samom upisu ovog prava.<sup>70</sup> Izuzetak je kašnjenje u plaćanju naknade (*Bauzins*) za najmanje 2 uzastopne godine, u kom slučaju je raskidni uslov sa dejstvom shodno § 4 st. 2 BauRG.<sup>71</sup> Ostali razlozi za otkaz ugovora o građenju, koji bi vodili prestanku prava građenja, mogu biti ugovoreni među strankama, ali ne mogu shodno shvatanjima u pravnoj teoriji biti upisani u zemljišnu knjigu, jer se postojanje pretpostavki za otkaz ugovora ne može u toku zemljišnoknjižnog postupka dokazati.<sup>72</sup> M. Binder, naprotiv smatra da ne treba unapred odbiti sve klauzule o otkazu ugovora kao nekompatibilne prirodi i pretpostavkama na kojima je zasnovano pravo građenja, već da ih treba posmatrati u odnosu na § 879 ABGB<sup>73</sup>. Slično mišljenje ovaj autor ima i u odnosu na prethodno raskidanje ugovora iz važnih razloga.<sup>74</sup>

## 5. Zaključak

Kao što je prikazano pravo građenja u Nemačkoj i u Austriji ima dvostruku pravnu prirodu. Sa jedne strane, to je stvarnopravno opterećenje nepokretnosti na kojoj se osniva, a sa druge strane, posebno stvarno pravo koje njegovom imaoću daje ovlašćenje da na opterećenoj nepokretnosti ima građevinu, koja predstavlja njegov bitan sastavni deo. Pravo građenja probija princip *superficies solo cedit*, tj. razdvaja zemljište i građevinu sagrađenu na tom zemljištu, ali sa druge strane samo ono predstavlja nepokretnost u pravnom smislu i na njega se primenjuju odredbe koje se odnose na nepokretnosti, što znači da ovo pravo zamenjuje zemljište, te građevina, iako je pravno odvojena od zemljišta na kome je sagrađena, nije predmet posebnog prava svojine (kao što je to slučaj sa *le droit de*

<sup>68</sup> V. W. Rechberger, L. Bittner, 59.

<sup>69</sup> V. § 4 BauRG

<sup>70</sup> V. W. Rechberger, L. Bittner, 59.

<sup>71</sup> V. I. Gert, 239.

<sup>72</sup> V. OGH SZ 66/73 = NZ 1993, 287 mit Anm Hofmeister; NZ 2005, 88; P. Oberhammer in A. Kletečka, W. Rechberger, R. Zitta, 80; M. Schaffgotsch, *Grundeigentum und Baurecht*, Beč 1998., 122; navedeno prema: I. Gert, 239.

<sup>73</sup> Pomenuti paragraf se odnosi na ništavost ugovora koji su zaključeni uprkos zakonskoj zabrani ili usled ovrede običaja i navodi posebno koji su to ugovori ništavi.

<sup>74</sup> O ovome V. M. Binder, 179-180.

*superficie* u francuskom pravu i sa *Superädifikate* u austrijskom pravu), već predstavlja sastavni deo prava građenja i od njega se ne može odvojiti. Prema tome, građevina je pravom građenja pravno odvojena od prirodnog zemljišta na kome je sagrađena, ali je istovremeno spojena sa pravom građenja, dakle sa jednim pravom, koje za ove svrhe predstavlja nepokretnost u pravnom smislu. Nakon isteka vremena na koje je pravo građenja osnovano ili nakon njegovog prestanka na drugi način, vlasnik nepokretnosti stiže u svojину građevinu koja je bila sastavni deo prava građenja, po pravilu uz plaćanje odgovarajuće naknade za nju.

**Jasmina Vukotic, Ph.D.**

Delta Generali Insurance Belgrade

## LEGAL NATURE, FOUNDATION AND DURATION OF THE BUILDING LEASE IN GERMAN AND AUSTRIAN LAW

### Summary

The building lease in German and Austrian law is special real estate right, which could be inherited and it is an alienable right which entitles its holder to the property of the building. It represents on one hand a burden on property on which is founded, on the other hand it is special real estate right. Because of its dual nature it is first registered in the land register of encumbered real estate as its burden, and then opens for him a separate book or sheet, in which subsequently will be entered all changes relating to the building lease, which is the real property in the legal sense. The building lease is generally time-limited, except that German law does not prescribe the minimum and maximum of its duration, as it is the case in Austrian law. After the expiration of the term for which it is contracted or after its termination otherwise, the real estate on which it was founded ceases to be burdened by such law and the owner receives the building, usually by paying the appropriate fee for her.

**Keywords:** building lease, burden on property, legal nature, foundation, duration.



## ZATVORSKI SISTEM RUSIJE

### *Apstrakt*

*U radu je dat prikaz organizacije i način funkcionisanja zatvorsko sistema Rusije, sa posebnim osvrtom na status i tretman zatvorenika. Organizacija, nadležnost, broj zatvora i sadržaj aktivnosti u njima je specifičan u odnosu na evropske zatvorske sisteme jer se zasnivao na koncepciji pokajanja i patnje. Reforme su započete suštinskim promenama u normativi, organizaciji i nadležnostima nad izvršenjem krivičnih sankcija. Zatvorski sistem Rusije je decenijama funkcionisao u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova, što je imalo za posledicu uspostavljanje stroge hijerarhije kako u formalnom sistemu tako i u osuđeničkoj zajednici. Prelaskom nadležnosti u okviru Ministarstva pravde nastale su suštinske promene o oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Paralelno sa stvaranjem humanijih i profesionalnijih uslova i odnosa prema zatvorenicima, posvećuje se posebna pažnja modernizaciji korekcionih metoda i sredstava u radu sa zatvorenicima. Sve više pažnje se posvećuje pravu zatvorenika na rad, njegovom izboru vrste poslova u skladu sa mogućnostima zatvora i adekvatnoj nadoknadi za obavljen posao. Broj zatvorenika, početkom 2013. godine, iznosio je 874.161 zatvorenika, odnosno 615 zatvorenika na 100.000 građana i Rusija zauzima drugo mesto, odmah iza SAD, po broju zatvorenika u odnosu na broj stanovnika.*

**Ključne reči:** *zatvorski sistem Rusije, resocijalizacija, tretman, organizacija zatvorskog sistema, kategorizacija zatvora.*

---

<sup>1</sup> Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, mail: zoranstevanovic\_iksi@yahoo.com

## 1. Uvod

Ruski zatvorski sistem je, u zavisnosti od društvenih okolnosti, često menjan u cilju pronalaženja najadekvatnijeg sistema postupanja sa osuđenim licima radi njihove resocijalizacije i reintegracije u društvo. U zavisnosti od ciljeva i svrhe kažnjavanja određivani su i ciljevi zatvorskog sistema. U ranoj fazi zatvori su, u osnovi, imali za cilj ostvarivanje profita od rada zatvorenika i na taj način bi se obezbedila kompenzacija za zlo koje su zatvorenici počinili vršeći krivična dela. Na osnovu takvih postavki, zatvori u Rusiji su se razlikovali od zatvora u zapadnim-kapitalističkim civilizacijama, i oni su bili velike kolonije za korektivni rad. One su imale složenu infrastrukturu koja je obuhvatala sve što je bilo nužno za boravak ljudi tokom dugog vremenskog perioda: smeštajne kapacitete, kantine, uslove za rekreaciju, kupatila, vešernice i sl. Ove radne kolonije su bile smeštene, uglavnom, na udaljenim mestima, sa teškim klimatskim uslovima, a glavni poslovi su bili vezani za rudarstvo i seču šuma. Ovi aranžmani nisu uzimali u obzir prava i interese osuđenika i njihovih porodica i prijatelja. Režim izdržavanja kazne je bio takav da kod zatvorenika izazove teškoće i patnje. Zbog svega toga zdravlje zatvorenika je brzo i ozbiljno narušavano, porodične veze su se kidale, zbog čega su stavovi mnogih zatvorenika postajali veoma negativni i oni su se stapali u zatvorsku subkulturu. Istovremeno su izgubili mnoge socijalne veštine koje su bile neophodne za život na slobodi.

Raspad socijalističkog sistema značio je i nestanak nekih ideoloških i ekonomskih uslova koji su bili u osnovi starog kaznenog sistema, pa je, kao rezultat toga, došlo i do raspada samog kaznenog sistema. Bile su potrebne njegove korenite promene i reforma. Ipak, još uvek su prilično snažne i uticajne neke konzervativne snage. Zbog toga se o reformi u ovom stupnju može govoriti uslovno, jer se termin reforma često zamenjuje u drugim frazama, kao što su unapređivanje, reorganizacija i sl.<sup>2</sup>

Uprkos tome, ono što u stvari predstavlja prvu reformu ruskog kaznenog sistema započeto je ranih devedesetih godina XX veka. Tako su 1992. godine uvedene značajne novine u kaznenu legislativu, koja je u to vreme bila poznata kao legislativa za korektivni rad. Cilj tih novina je bio da se režim za lišene slobode učini humanijim, a zatvorenicima su omogućena i neka prava. Neposredno posle toga, usvojen je savezni

---

<sup>2</sup> Y. Kalinin, *The Russian penal system: past, present and future*, King's college, International Centre for prisons Studies, University of London 2002.,3-31.

zakon, koji je bio od najvećeg značaja za kaznene ustanove, koji je i danas na snazi, a to je Zakon o ustanovama i agencijama koje su odgovorne za zatvorske kazne. Ovim zakonom definisani su ciljevi, zadaci, principi i glavne smernice za rad korektivnih kolonija, zatvora, pritvorskih jedinica, kao i celokupnog sistema ustanova i agencija koje imaju administrativnu ulogu. Njihov uticaj je značajno ojačan kada je u pitanju organizacija ekonomskih aktivnosti zatvorenika. Takođe, 1995. donet je akt o Reorganizaciji kaznenog sistema Ministarstva unutrašnjih poslova Rusije.

Preduslov za reformu kaznenog sistema bio je prijem Rusije u Savet Evrope, 1996. godine. Usvajanjem saveznog Zakona o pristupanju Ruske federacije Savetu Evrope, 23. februara 1996., ubrzan je početak zakonodavne i sudske reforme. Zemlja je preuzela niz obaveza, a jedna od njih je bila i dovođenje nacionalnog zakonodavstva na liniju opšte prihvaćenih međunarodnih normi i standarda. U vezi sa tim, Rusija je ratifikovala brojne Evropske konvencije: o prevenciji torture i nehumanog ili ponižavajućeg postupanja prema osuđenima; Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda; Evropska konvencija o deportaciji; Evropska konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u vezi sa kriminalom, Konvencija o pranju novca, otkrivanju, hvatanju i konfiskaciji prihoda ostvarenih putem kriminalnih aktivnosti; Konvencija o pravnoj pomoći i pravnim odnosima u vezi sa građanskim, porodičnim i kriminalističkim pravom itd. Jedan od najvažnijih fokusa reforme u pravnoj sferi jeste sudska i pravna reforma koja ima za cilj uspostavljanje prioriteta ljudskih prava, primena ustavnih principa i donošenje ruskog zakona koji je u ravni opšte prihvaćenih normi međunarodnog prava. Kao rezultat tih težnji bila je transformacija svih ustanova i agencija za administraciju u procesu kažnjavanja prestupnika iz delokruga rada Ministarstva unutrašnjih poslova u nadležnost Ministarstva pravde Ruske federacije.

## **2. Nadležnost i organizacija zatvorskog sistema**

Zatvorski sistem Rusije je decenijama funkcionisao u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova, što je imalo za posledicu uspostavljanje stroge hijerarhije kako u formalnom sistemu tako i u osuđeničkoj zajednici. Hijerarhija, zvanja, činovi, način komunikacija i sl. uticali su na izgradnju jednog krutog i rigidnog sistema koji je funkcionisao posebno, van osuđeničke zajednice, izolovano, a to je imalo za posledicu otuđenje i samoizolaciju osuđenika. Suštinskih i kvalitetnih kontakata između zatvorske administracije i osuđeničke zajednice nije bilo, pa se, samim tim,

nije moglo govoriti ni o kvalitetnom menjanju ličnosti i vidova ponašanja lica lišenih slobode. Ministarstvo pravde 31. avgusta 1998. preuzima nadležnost nad zatvorskim sistemom i započinje jedan nov period u funkcionisanju sistema. Doneto je niz dekreta koji su omogućili početak reforme ustanova i agencija kaznenog sistema. Na tom putu bilo je mnogo izazova. U to vreme, kazneni sistem je bio suočen sa mnogim teškoćama. Mnogi objekti, instalacije, tehnička oprema stražara, uključujući i naoružanje i sredstva komunikacije bili su zastareli, zapušteni čitav niz godina. Situaciju je pogoršavao hronični nedostatak novca. Tokom niza godina, kaznenom sistemu je bilo dodeljivan budžet kojim se moglo pokriti samo 60% stvarnih potreba tog sistema.

Unutrašnja organizacija zatvora je sve do 1998. godine funkcionisala po vojno-policijskom modelu, sa jako krutim formalnim pravilima i sa strogom disciplinom i u administraciji i u osuđeničkoj zajednici. Prelaskom u nadležnosti ministarstva nadležnog za pravosuđe stvoreni su uslovi za prihvatanje načela organizacije i funkcionisanje savremenih zatvorskih sistema. U tom prelaznom periodu ruski zatvorski sistem se suočio sa problemima nedostatka edukovanih kadrova koji mogu na savremen i profesionalan način da rade sa osuđenim licima, neadekvatnom zatvorskom arhitekturom, lošim materijalnim i radnim uslovima, neadekvatnim propisima i sl.

U skladu sa preporukama Građanskog foruma koji je održan u Moskvi u novembru 2001. u centralnim i regionalnim agencijama kaznenog sistema obrazovane su službe koje će da obezbede opservaciju ljudskih prava zatvorenika u zatvorima i kolonijama. Zaposleni dobijaju šira ovlašćenja, veću samostalnost u svojim aktivnostima, a odgovaraju samo regionalnom načelniku. Takođe, dobijaju veći stepen nezavisnosti i u interakcijama sa državnim telima, pravnim sistemom, tužilaštvom, komesarima za ljudska prava u regionu i Ruskoj Federaciji, sa organizacijama koje podržavaju prava zatvorenika i sl. Unutar ustanova kaznenog sistema započeto je sa stvaranjem neophodnih uslova kako bi zatvorenici bilo omogućeno da ostvare svoja prava i upute raznim telima svoje sugestije, zahteve i žalbe. Svoja prava će lakše zaštititi i ostvariti zahvaljujući efikasnijoj javnoj kontroli nad aktivnostima kaznenih ustanova i tela. Zakonom o javnoj kontroli osigurana su ljudska prava i zaštita poštovanja poverljivosti pisama, a nevladin sektor pruža značajnu podršku tim aktivnostima.

Kategorizacija zavoda u Rusiji se zasniva na kategoriji zatvorenika, težini učinjenog krivičnog dela, društvenoj opasnosti dela, uzrastu,

radnim sposobnostima osuđenika, zdravstvenom stanju osuđenika i dr. Tako u zatvorskom sistemu postoje sledeće vrste i tipovi ustanova:

- a) prijemni centri za lica koja se upućuju na izdržavanje kazne;
- b) zatvori;
- c) popravno–radne kolonije u koje spadaju: poljoprivredne kolonije, fabričko-zavodske, kolonije za masovne radove i kolonije za disciplinske prestupe;
- d) ustanove medicinskog karaktera (instituti za psihijatrijske ekspertize, kolonije za tuberkulozne i kolonije za druge bolesnike);
- e) ustanove za maloletnike (škole industrijskog i poljoprivrednog tipa) i
- f) izolacija za zatvorenike koji su pod istragom <sup>3</sup>

Prema stepenu obezbeđenja i vrsti režima popravne radne kolonije se dele na popravne kolonije opšteg režima, pojačanog režima, strogog režima i popravno-radne kolonije sa posebnim režimom. U koji tip režima treba biti upućen osuđenik odlučuje sud na osnovu težine učinjenog dela, povrata i ispoljenog ponašanja. Sud ima jako značajnu ulogu i on odlučuje, pored ostalog, o upućivanju u određeni tip i vrstu zatvora, odnosno, kolonije, o premeštanju iz jednog u drugi zavod u toku izdržavanja kazne i slično.<sup>4</sup>

U Ruskom zatvorskom sistemu ima 967 ustanova sa ukupnim kapacitetom od 934.878 mesta. Početkom 2013. godine, broj zatvorenika iznosio je 874.161 odnosno 615 zatvorenika na 100.000 građana. Rusija zauzima drugo mesto, odmah iza SAD, po broju zatvorenika u odnosu na broj stanovnika. Poslednjih godina broj zatvorenika se nešto smanjuje jer su u kazneni sistem uvedene alternativne- vanzatvorske sankcije, koje se primenjuju u sve većem obimu. U 164 institucije se vrše istražne radnje (pritvor), sa kapacitetom od 152.945 mesta, a pojedini istražni centri su jako veliki i sa velikim kapacitetima i do 3.500 mesta (Butyka u Moskvi-3.500, Kreyt u San Petersburgu-3.300 mesta i sl.). U sistemu postoje 13 zatvora sa posebnim merama sigurnosti, ukupnog kapaciteta od 14.870 mesta. Korekzione radne kolonije postoje u dva oblika i to: (1) korekzione radne kolonije u kojima se odvija fabrički rad, poljoprivredni rad i drugi vidovi rada u stalnom mestu i (2) korekzione šumske radne kolonije u kojima se osuđenici upošljavaju na poslovima seče šuma i preradu drveta, izradu saobraćajnica i drugih javnih poslova koji se

<sup>3</sup> *Ibid.*, 3-31.

<sup>4</sup> D. Davidović *et al.*, *Kategorizacija kazneno-popravnih domova i klasifikacija osuđenih lica u Jugoslaviji*, Institut za kriminološka i kriminalistička istraživanja, Beograd 1970., 49-56.

obavljaju u različitim mestima-po potrebi. U sistemu ukupno ima 516 korekcionih radnih kolonija sa kapacitetom od 610.440 mesta i 215 korekcionih šumskih kolonija sa 122.529 mesta. Takođe, u zatvorskom sistemu Rusije ima i 59 Vaspitnih radnih kolonija kapaciteta od 34.090.<sup>5</sup>

Funkcionisanje ustanova i njihov rad nije bio dovoljno dobro organizovan i nije bilo dovoljno podrške ni od strane federalne ni od strane lokalnih vlasti. Ustanove su bile prenatrpane, a zatvorenici lišeni osnovnih potreba i prava-nije bilo dovoljno hrane, odeće, obuće, lekova i dr. Situacija je bila posebno teška u pritvorima, gde su osumnjičeni čekali suđenja, dok su se obavljale preliminarne i sudske istrage. Dovoljno je reći da su u nekim od ovih ustanova zatvorenici imali na raspolaganju samo po 1 m<sup>2</sup> prostora, iako je propisano 4 m<sup>2</sup>. Infektivne bolesti su se brzo širile, uključujući i HIV/AIDS. Kazneni sistem, nije bio sposoban da izađe na kraj sa zadacima koje je imao, a sa druge strane stvorena je jako negativna slika o zatvorima u javnosti. U takvoj situaciji započete su značajne reforme u zatvorskom sistemu, prevashodno u normativnoj delatnosti a istovremeno znatno je poboljšan odnos i uslovi za zatvorenike. Odnosi između vrha Ministarstva pravde i regionalnih i lokalnih vlasti postao je konstruktivan. Neki problemi su počeli da se rešavaju na lokalnom nivou, u kontekstu regionalnih programa. Veća pažnja se poklanja izgradnji i obnovi pritvorskih ustanova kao i stambenim kvartovima za zaposlene, za šta se koriste fondovi iz lokalnih budžeta. Normativni akti usvojeni u nekim regionima uvode dodatna primanja za zaposlene u zatvorima kao i slične oblike socijalne pomoći. Istovremeno, Ministarstvo pravde je započelo rad na donošenju normative koja će biti u skladu sa zahtevima međunarodnih evropskih standarda. Najvažniji rezultat toga ogleđa se u saveznom zakonu koji je usvojen 2001. godine, kojim se uvode suštinske promene u krivičnoj, kaznenoj i izvršnoj oblasti koje se tiče procedura u krivičnim procesima. Ovim zakonom treba da se postigne značajna liberalizacija i promena fokusa kriminalističke politike, pre svega u odnosu na osobe koje su počinile manje lakše prestupe ili one koji imaju srednju težinu. Ovim zakonom se takođe redukuje broj lišavanja slobode. Ova mera je namenjena prevashodno licima koja su učinila teška ili delimično teška krivična dela. Za one koji su počinili krivična dela srednje težine ili manje prestupe, zatvaranje se primenjuje samo u posebnim slučajevima. Istovremeno se u većoj meri otvara mogućnost za primenu drugih mera – kaucije, jemstvo, poveravanje nadzoru rođaka, stražara ili nekih drugih osoba od poverenja. Danas se u većoj meri za ovu vrstu prestupnika primenjuje njihovo upućivanje u kolonije, koje u Rusiji predstavljaju prototip otvorenog tipa

<sup>5</sup> R. Walmsley, *Prisons systems in central and eastern Europe*, Progress, problems and the international standards, Helsinki 1996., 121-128.

zatvora koji postoji u zemljama zapadne Evrope. Promenjen je i proširen osnov za primenu raznih formi ranijeg otpusta iz zatvora.

Zakonskim reformama stvoreni su uslovi za otvaranje regionalnih korektivnih ustanova, sa različitim režimima, uključujući i izolaciju, čime su omogućili osuđenima da kaznu mogu da izdržavaju u mestu koje je blizu njegovog stalnog prebivališta. To omogućava češće posete rodbine i pomaže zatvorenima da održe za njih korisne socijalne kontakte. Planirano je da se u sledećih 5 godina obezbedi dodatnih 46 000 mesta u pritvorskim ustanovama, 215 000 metara kvadratnih stambenih površina za zaposlene u kaznenom sistemu i da omogući otvaranje radnih mesta za 40 000 osuđenih zatvorenika. U pogledu materijalnog položaja zatvorskog sistema, u poslednjih nekoliko godina budžetska sredstva za kazneni sistem uvećana su 4 puta.<sup>6</sup> Prema procenama stručnjaka za značajnije intervencije u poboljšanju standarda zatvorenika neophodno je uložiti desetak milijardi dolara.

Uprkos problemima sa kojima se zatvorski sistem u Rusiji suočava danas, usvojene su mere za poboljšanje socijalnog položaja zaposlenih. Od 1. jula 2002. plate su već duplirane, a planiran je njihov dalji rast. Dosta se čini i na planu poboljšanja zdravstvene brige o zaposlenima u kaznenom sistemu. Posebna mreža zdravstveni centara otvorena je specijalno za njih, kao i 15 centara za dijagnozu i lečenje i 3 sanatorijuma. U mnogim regionima se otvaraju centri za odmor za porodice zaposlenih, a čine se koraci i ka rešavanju stambenih problema. Ove godine treba da se izgradi oko 40 000 m<sup>2</sup> stambenog prostora.

### 3. Tretman zatvorenika

Prelaskom zatvorskog sistema u nadležnost Ministarstva pravde i donošenjem seta propisa kojima se ova oblast reguliše, značajno su proširena prava osumnjičenih, optuženih i osuđenih osoba. Prisustvo branilaca je obavezno u svim slučajevima, sem ukoliko osumnjičeni ili optuženi odbijaju njihove usluge. I prava branilaca su značajno proširena. Uloga suda je znatno proširena i samo sud može da dozvoli da se osoba zadrži u pritvoru duže od 48 sati, radi prismotre, potrage i zaplene prepiske i sl. Promenile su se i okolnosti pod kojima optuženi može da ostane u pritvoru. Ova mera se koristi samo ukoliko nije moguće da se primeni neka manje rigidna mera i ukoliko sud donese takvu odluku. Sve češće se kao alternativa koristi kućni pritvor kao mera ograničavanja

<sup>6</sup> Y Kalinin, 3-31.

slobode. Međunarodnoj saradnji se poklanja velika pažnja, što treba da omogući bliskije veze ruskog pravnog sistema sa pravnim sistemima drugih zemalja. Sve gore navedene i opisane mere dovele su do toga da je broj osoba smeštenih u korektivne ustanove smanjen za 70 000, a broj onih koji su smešteni u zatvore čekajući suđenje za 135 000. Omogućeno je dodatnih 2500 mesta u pritvorima, duplo veći životni prostor za svakog zatvorenika (prosečno 3,5 m<sup>2</sup>). U 33 regiona Ruske federacije, broj lica koja su u zatvoru zbog istražnih radnji ili suđenja ne prelazi utvrđene granice. Ako se ovaj trend nastavi, za nekoliko godina njihov broj će se na nivou cele Rusije smanjiti za 114 000. Tokom prve godine reforme zatvorskog sistema, broj osuđenih zatvorenika koji kaznu izdržavaju u korektivnim ustanovama otvorenog tipa povećao se skoro 9 puta, sa 4 000 na 35 000. Povećan je i broj osoba koje su uslovno ranije puštene iz zatvora, kao i onih kojima je zatvorska kazna zamenjena blažom kaznom. Prema podacima iz 2001., broj uslovno oslobođenih bio je 101 000, a amnestirano je oko 25 000 pripadnika manjinskih grupa i žena. Sve ove promene u kaznenoj politici nisu imale negativan uticaj na nivo kriminaliteta u zemlji.

Tendencija je i dalje na humanizaciji uslova i postupanja sa zatvorenicima i stvaranje uslova za uspešnu integraciju nakon izlaska sa izdržavanja kazne zatvora. Takođe u pripremi su i propisi o definisanju kriterija za upućivanje u ustanove sa stožijim režimom (korektivne kolonije sa specijalnim režimom), kao i ublažavanja uslova pod kojim zatvorenici izdržavaju kazne. Uvedena je praksa praćenje zatvorenika kada su oni van ustanova, zatim zdravstvene brige o zatvorenicima, projektovanje zgrada, obuku zaposlenih, penzije. Psihološka služba je narasla na preko 2000 zaposlenih. Tela zadužena za inspekciju službi i drugih pravnih mera za kažnjavanje kriminalaca, koje ne uključuju izolaciju osuđene osobe od društva sada su deo opšteg kaznenog sistema. Kazneni sistem je postao otvoren za oči javnosti. Velike promene su se desile i na planu odnosa sa medijima. Svake godine objavljuju se hiljade članaka o aktivnostima kaznenog sistema, uključujući i one o problemima. Tako se privlači pažnja javnosti, tela koja se bave pravnom i izvršnom vlašću ubrzavaju donošenje odluka koje su važne za reformu sistema.

Paralelno sa stvaranjem humanijih i profesionalnijih uslova i odnosa prema zatvorenicima, posvećuje se posebna pažnja modernizaciji korekcionih metoda i sredstava u radu sa zatvorenicima. Sve više pažnje se posvećuje pravu zatvorenika na rad, njegovom izboru vrste poslova u skladu sa mogućnostima zatvora i adekvatnoj nadoknadi za obavljen posao. Uloga rada zatvorenika koja je u ranijem periodu bila u funkciji ekonomske dobiti, postepeno poprima druge vrednosti adekvatno

savremenim tendencijama u tretiranju osuđeničkog rada. Rad postaje sredstvo u funkciji njegove ličnosti i ostvarenja korekcije ponašanja. Veoma važan problem u zatvorskom sistemu Rusije jeste obezbeđivanje posla za zatvorenike. Uprkos nekim pozitivnim trendovima, još nije došlo do značajnijeg pomaka u otvaranju mogućnosti za upošljavanje zatvorenika. Od 752000 osuđenih na kazne zatvora, njih 86 000 su bez zaposlenja ili imaju samo nepotpuno radno vreme. Za mnoge zatvorenike koji ne dobijaju materijalnu pomoć porodice, jedini izvor novca dok su u zatvoru jesu njihovi lični prihodi. Ako ne rade, lišeni su mogućnosti da zarade za dodatni obrok, da se pretplate na novine, telefoniraju i sl. Postavlja se pitanje da li ostvarivanje prava i zaštita interesa zatvorenika zavisi od toga da li određena korektivna ustanova može da im obezbedi ostvarenje prava na rad. Glavni problem predstavlja činjenica da još nije adekvatno pravno definisan status proizvodnih kapaciteta u zatvorskim ustanovama. Jasno je zatvorska preduzeća treba da imaju poseban ekonomski status i da ne treba da budu tretirana kao obična preduzeća. Preduzeća u okviru zatvorskog sistema nisu u mogućnosti da upotrebe u potpunosti kvalifikovano osoblje, jer su u obavezi da najpre obezbede posao osuđenima na zatvorske kazne. Dalje, ovim preduzećima je ograničen izbor aktivnosti pošto funkcionišu u specifičnom okruženju i obavezna su da se prilagode određenim teritorijalnim i drugim ekonomskim uslovima. Treće, to nisu komercijalna preduzeća, pošto im zakon zabranjuje da koriste rad zatvorenika za sticanje profita. Danas, ruski propisi ne daje ni jednu olakšicu ovim preduzećima, već ih tretira kao ostala, što znači da su ona u obavezi da plaćaju 30 vrsta različitih poreza za savezni budžet i za regionalne budžete. Takođe mogu da bankrotiraju itd. Dakle, prinuđena su da delaju po tržišnim zakonima. Njihova konkurentnost je mala, zato se u penološkim krugovima sve češće pokreću neke promene u odgovarajućim zakonima kako bi se definisao pravni status preduzeća koja funkcionišu u okviru kaznenog sistema.

Velika pažnja se poklanja i obrazovnom i socijalnom radu sa zatvorenicima. Prema aktu koji je nedavno ratifikovan, forsiraju se nove vrste odnosa između zaposlenih i zatvorenika, a uloga nastavnika, psihologa i socijalnih radnika unutar službi je sve dominantniji. U ruskim korektivnim ustanovama zatvorenicima je data mogućnost da ostvare svoje pravo na opšte osnovno i stručno obrazovanje. Omogućeno je učenje na daljinu i dopisni kursevi; trenutno, zatvorenicima iz 28 regiona dostupno je školovanje u ukupno 24 ustanove za srednje i više obrazovanje koje treba da im obezbedi kvalifikacije koje su u skladu sa zahtevima tržišta rada. To će nesumnjivo olakšati njihovu adaptaciju na normalan život posle izlaska na slobodu i smanjiti mogućnost da ponove krivično delo.

U Rusiji se zatvorenicima garantuje pravo na slobodu svesti i verskog rada. U kaznenim ustanovama su 326 crkvi i 677 soba za molitvu. U 40 ruskih regiona ima ukupno 166 grupa za versko obrazovanje zatvorenika. Posebnu važnost ima obuka zaposlenih za rad u skladu sa novim principima. Za kratko vreme je Ministarstvo pravde moralo da organizuje obuku i istraživačku bazu. U okviru kaznenog sistema Ministarstva pravde ustanovljeno je 6 institucija za visoko obrazovanje, specijalizovana srednja škola i dva pravna koledža, kao i više od 80 centara za obuku i istraživački institut. U 2001. godini je osnovana Akademija za pravo i menadžment. Povećan je i broj kurseva iz oblasti prava i psihologije. Svi nastavni programi uključuju kurseve iz opservacije ljudskih prava u zatvorskim ustanovama. Zaposleni su prepoznali da jedino humani kazneni sistem može da dovede do pozitivnih promena u ponašanju pojedinaca koji su skrenuli sa ispravnog puta.

Medicinski tretman predstavlja poseban problem za zatvorenike koji su lišeni slobode, kao i za osobe koje su osumnjičene i optužene i nalaze se u pritvoru. Najveću brigu izaziva mogućnost izbijanja zaraznih bolesti. Još uvek je veoma veliki broj obolelih od tuberkuloze, skoro 98 400, skoro 1 na 10 zatvorenika. Raste i broj zatvorenih sa HIV/AIDS dijagnozom. Trenutno je u zatvorima više od 36 000 zatvorenika koji su HIV pozitivni, što predstavlja približno 20% od svih registrovanih slučajeva u Rusiji. Povećava se i broj narkomana, kako se njihov broj povećava u ruskom društvu. Više od 130 000 zatvorenika su registrovani narkomana. Najveći broj njih upućuje se na obavezno lečenje. Poslednjih godina se broj lica koje sud upućuje na obavezno lečenje zavisnosti povećava. U 1998. takvih zatvorenika je bilo 15 000; 2001. više od 31 000, u 2002. - preko 45 000, 2003. bilo je 58 000, a 2004. preko 70. 000 zatvorenika, 2010 preko 90 000. Situacija, iz godine u godinu, postaje sve alarmantnija i zahteva ozbiljne mere na nivou države. Nezavisno od ovih koje sud obavezuje na lečenje, identifikuju se i zavisnici po dolasku u zatvor. Njihov broj je takođe u porastu: dok je 1998. identifikovano oko 30 000 takvih zatvorenika, njihov broj je 2001. bio 47 000, u i 2002. oko 55 000, 2003. oko 70 000, a u 2004 preko 90. 000 zatvorenika, 2010 blizu 150 000 zatvorenika. Tako nagli porast zavisnih zatvorenika predstavlja ozbiljan i bezbedonosni i svaki drugi problem u kontroli zatvorenika i njihovom prevaspitanju.

Ministarstvo pravde je, u protekle 3 godine, obezbedilo novih 3 500 kreveta za lečenje tuberkuloznih bolesnika, a izgrađene su 4 specijalizovane medicinske ustanove za njih, od kojih je svaka mogla da primi oko 3000 ljudi. Otvorena je i centralna bakteriološka laboratorija kao i inter-regionalne i regionalne laboratorije za dijagnostikovanje

rezistentnih oblika tuberkuloze. U svakoj zatvorskoj ustanovi otvoreno je odeljenja za zatvorenike-narkomane, u kojima su zaposleni psihijatri-specijalisti za narkomaniju, i psiholozi.<sup>7</sup>

U zatvorskim ustanovama se primenjuje specijalni federalni program za borbu protiv tuberkuloze, koji košta 2 100 miliona rubalja za lekove i opremu. Rezolucija Vlade Ruske Federacije<sup>8</sup>. Od 23. januara 2002. ratifikovala je još jedan federalni program nazvan Multidisciplinarnе mere za borbu protiv zloupotrebe droga i ilegalne trgovine narkoticima. Specifično za ovaj program je to što će finansijski biti podržan iz saveznog budžeta za mere i aktivnosti usmerene na jačanje svesti o opasnostima koje nosi upotreba psihoaktivnih supstanci koje nisu propisane od strane zdravstvenih radnika, kao i za opremu laboratorija za otkrivanje tragova droge koje su koristili zatvorenici i za lekove neophodne za lečenje.

Međunarodna pomoć je takođe značajna. Lekari saraduju sa stručnjacima Svetske zdravstvene organizacije, Njujorškim Institutom za zaštitu zdravlja itd. Tokom poslednje dve godine zatvorske ustanove su dobile lekove, opremu i druge vrste pomoći u vrednosti od preko 40 miliona rubalja. Rezultat toga je stabilizovanje situacije sa tuberkulozom i njeno poboljšanje. Stopa infekcije je pala za 13%, a stopa smrtnosti među zatvorenicima je opala za 22,4%. U preventivni rad kada je u pitanju HIV/AIDS uključilo se oko 30 ruskih nevladinih organizacija, kao i neke inostrane organizacije<sup>9</sup>.

#### 4. Zaključak

Razvoj kaznenog sistema u Rusiji kreće se u pravcu transformacije u centre za socijalnu rehabilitaciju, u kojima predstavnici službi socijalne zaštite, zdravstva i obrazovanja blisko saraduju. Posebna pažnja se poklanja radu sa zatvorenicima po nastavnim metodama, uspostavljanju odnosa koji se baziraju na poverenju između zaposlenih i zatvorenika i rešavanja socijalnih pitanja. Snažni pritisci na ličnost postaju deo prošlosti. U pogledu vrste i tipova zavoda intenzivno se vrši priprema za izgradnjom novih, modernih zatvora koji će ispunjavati savremene arhitektonske i prostorne uslove za rad sa zatvorenicima. Pretrpanost

---

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Federalni program se primenjivao u periodu od 1998-2004. godine, a trenutno je u primeni novi petogodišnji program.

<sup>9</sup> Z. Stevanović, *Zatvorski sistemi u svetu*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2012, 184.

zatvora velikim brojem zatvorenika otežava ispunjenje najosnovnijih uslova za rad sa osuđenima, pa iz tih razloga planira se izgradnja na desetine novih ustanova kako bi se rasteretili postojeći kapaciteti.

U pogledu strukture zatvorenika tendencija je dolaska sve većeg broja narkomana, alkoholičara, obolelih od HIV-a, tuberkuloze, izvršilaca veoma teških i brutalnih nasilnika, što zahteva sasvim nov pristup u procesu korekcije ponašanja. U zatvorima u Rusiji je oko ¼ osuđenika u potrebi pružanja neke od medicinskih usluga. Za takve osuđenike svakako da nije mesto u zatvorima opšteg tipa i sa postojećim uslovima. Sve to zahteva korenite promene i u smeštajnim uslovima, a pre svega u načinu postupanja sa takvom kategorijom zatvorenika. Svesni stanja u kome se zatvori nalaze, ministarstvo nadležno za pravosuđe posvećuje posebnu pažnju jačanju i edukaciji kadrova za rad sa osuđenim licima.

**Zoran Stevanović, PhD**

Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade

## **RUSSIAN PENITENTIARY SYSTEM**

### Summary

The article outlines organisation and functioning of prison system in Russia specifically focusing on status and treatment of inmates. In comparison to the European penitentiary system, Russian organisation, jurisdiction, number of prisons and prison-activities have specific features stemming from the concept of remorse and suffering that govern the penal system respectively. However, the process of reforming such system has been initiated and substantial changes have already been introduced related to legal provisions, organisation and jurisdictions in execution of criminal sanctions. For decades, Russian prison system has been functioning as a part of Ministry of the Interior, with a rigid formal hierarchy reflected on detainee communities alike. With a of jurisdiction transition to the Ministry of Justice, constitutive changes have been created. Simultaneously with creation of more humane approach to inmates and advancing professional conditions relevant for serving

---

prison sentence, correction methods and all related to sentence serving has underwent vital transformation. The right of inmates to work, the right to choose type of work as available in concrete correction unit and adequate labour compensation stand as the core of efforts to advance the system. At the beginning of 2013, there were 874,161 inmates in Russian correctional institutions what makes average of 615 prisoners to each 100,000 inhabitants and places Russia at the second place on the list of countries created upon this ratio, immediately after the United States of America.

**Key words:** Russian penitentiary system, resocialisation, treatment, organisation of prison system, prison categorisation.



## ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ИНТЕРНЕТ ИГАРА НА СРЕЋУ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

### Апстракт

*Идејни творци Европске уније као наднационалне творевине нису ни сањали колики ће проблем та творевина имати у наизглед тривијалном регулисању области какве су интернет игре на срећу. Данас се око ове теме воде жестоке правне расправе у свим европским институцијама, посебно у Европском парламенту, али решење око јединствене регулације још увек није на видiku. Заправо, без обзира што члан 56. Уговора о функционисању Европске уније наглашава да у пружању услуга не сме да се ограничава слобода лицу које је држављанин неке од земаља чланица Европске уније са пословним седиштем у некој другој држави чланици<sup>2</sup>, у пракси се, бар у овој делатности, та одредба никако не примењује. На делу је огроман отпор великог дела земаља чланица Европске уније да се у сегменту интернет игара на срећу тржиште ЕУ обједини и примат се даје националним законодавствима. Такво понашање неретко доводи до бројних спорова пред европским судовима које покрећу компаније које се баве приређивањем интернет игара на срећу против држава које не желе да примењују одредбе о јединственом тржишту. Да би се избегле овакве ситуације, пред Европским парламентом вођене су бројне расправе, али осим “Зеленог папира” и касније донете резолуције Европског парламента о играма на срећу преко средстава електронске комуникације на интерном тржишту, те недавно донетог саопштења Европске комисије о заједничком*

<sup>1</sup> Докторант на Правном факултету универзитета „Унион“ и председник Скупштине Државне лутрије Србије. mail: djuka79@yahoo.com

<sup>2</sup> Уговор о функционисању Европске уније, чл.56

оквиру за интернет игре на срећу, значајније помаке нисмо имали. Но, и ови акти заслужују да се анализирају, с тим што се мора нагласити да је “Зелени папир” платформа Европске комисије на основу које се планира да изради јединствено законодавство на нивоу целе Европске уније у овој области. Такође, није згорег поменути да је на нивоу организације “Европска лутрија” донета Резолуција о регулаторним принципима Европске Лутрије којима се гарантује трајна будућност за лутрије у Европској унији у оквиру које се такође регулишу питања приређивања интернет лутријских игара на срећу.

**Кључне речи:** *игре на срећу, Интернет, Европска лутрија, заједнички оквир.*

## 1. Слобода тржишта или државни монопол?

Од ове суштинске дилеме кренуо је и “Зелени извештај” који представља основу за евентуално целовито усклађивање законских аката који би регулисали јединствено тржиште Европске уније по питању интернет игара на срећу. Уговор о функционисању Европске уније не дозвољава могућност државног монопола у пружању услуга. С обзиром да се игре на срећу сматрају услужном делатношћу, самим тим одредбе овог Уговора односе се и на њих што би у пракси значило да ниједна држава чланица Европске уније не би смела да лимитира било ког приређивача игара на срећу који своје приређивање обавља преко интернета а регистрован је у било којој земљи чланици Европске уније. Ипак, досадашња пракса је показала да већина земаља чланица Европске уније једноставно не примењује ово правило бар када су у питању интернет игре на срећу. Због тога је «Зеленим папиром» било предвиђено да Европска комисија прикупи све релевантне податке о законима и подзаконским актима сваке државе појединачно, да изврши низ консултација, отворених столова и осталих дебата са стручним лицима из ове области и да на основу свих релевантних чињеница проба да донесе јединствени законски оквир<sup>3</sup>. Европска комисија је још 2008. године утврдила да је интернет коцкање у експанзији и да је већ те године годишњи приход био 6,16 милијарди евра, што је чинило 7,5% укупног прихода од коцкарског тржишта<sup>4</sup>. Четири године касније у свом саопштењу

<sup>3</sup> «Зелени извештај о интернет коцкању на домаћем тржишту», Европска комисија-Брисел, 2011, 1

<sup>4</sup> *Ibid*, 3.

Европском парламенту, Европском савету, економском и социјалном комитету и Комитету региона, Европска комисија констатује да је онлајн коцкање као услужна делатност у брзом развоју са стопом раста од скоро 15 % годишње и да се 2015. године може очекивати да приходи од онлајн коцкања буду чак 13 милијарди евра<sup>5</sup>. Вероватно у овим подацима лежи највећи разлог због кога државе у Европској унији не желе да се одрекну државног монопола у приређивању интернет игара на срећу. Мора се нагласити и чињеница да је поводом ове тематике и Европски парламент новембра 2011. године донео Резолуцију о играма на срећу преко средстава електронске комуникације. Резолуција је допуњавана наредне 2012. године. Суштина овог обавезујућег акта била је делимично давање националним законодавствима у овој области, али уз јасно наглашени став да се игре на срећу не могу у потпуности ограничити на национално законодавство, посебно ако се ради о играма на срећу које се приређују путем средстава електронске комуникације<sup>6</sup>. Наиме, поменута Резолуција стала је на становиште Европског суда правде према коме је ”интернет само канал преко кога се нуде игре на срећу са софистицираном технологијом која се може употребити за заштиту потрошача и одржавање јавног реда и мира, мада он не утиче на дискреционо право земаља чланица да одреде сопствени приступ правном регулисању игара на срећу преко средстава електронске комуникације и оне могу још увек да ограниче или забране пружање извесних услуга потрошачима”<sup>7</sup>. Управо на ову последњу реченицу која установљава да се земље чланице могу определити да забране или ограниче «извесне услуге» потрошачима неретко се позивају национална законодавства и националне судске праксе, али суштина је у томе да се интернет не може у потпуности ограничити. С тим у вези, Резолуција Европског парламента је увела термин “активна супсидијарност” и он је предвиђен тачком 7. У тој тачки се наводи: “Наглашава се да свако правно регулисање сектора игара на срећу подлеже и мора се заснивати на начелу супсидијарности с обзиром на различите традиције и културе земаља чланица, а то се мора разумети као “активна супсидијарност” и да за собом повлачи сарадњу између националних администрација;

<sup>5</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 3

<sup>6</sup> Резолуција Европског парламента од 15. новембра 2011. године о играма на срећу преко средстава електронске комуникације на интерном тржишту (2011/2084(ИНИ)), 4

<sup>7</sup> *Ibid*, 5, тач.6.

сматра се међутим да ово начело подразумева усаглашеност са правилима интерног тржишта у оној мери у којој се она могу применити у складу са одлукама Европског суда правде која се односе на игре на срећу»<sup>8</sup>. Резолуција одбацује било какав европски законодавни акт којим се регулише комплетно тржиште игара на срећу, међутим, у тачки 9. заузима становиште да би у неким областима могла да постоји јасна додата вредност од координираног европског приступа поред националне правне регулативе с обзиром на прекограничну природу услуга игара на срећу преко средстава електронске комуникације<sup>9</sup>. Тачком 12. поменуте Резолуције наглашава се да су игре на срећу преко средстава електронске комуникације посебна врста привредне делатности на коју се не могу у потпуности применити правила интерног тржишта<sup>10</sup>. Кључне тачке које дефинишу како да се државе чланице опходе према овој области су тачке 13. и 14. У тачки 13. се истиче “да би пружаоци услуга игара на срећу преко средстава електронске комуникације требало да у свим случајевима поштују националне законе земаља у којима се ове игре приређују, а да би, са друге стране, Земље чланице требало да задрже право да одреде мере које ће се односити на нелегалне игре на срећу преко средстава електронске комуникације да би примениле национално законодавство и нелегалним пружаоцима услуга онемогућиле приступ тржишту»<sup>11</sup>. Из овог се јасно види да се приређивачима интернет игара на срећу свакако пружа могућност да игре преко интернета приређују у целој Европској унији, али да они морају да поштују национално законодавство сваке земље чланице у погледу категоризације које су игре дозвољене, а које нису и уопште њених националних прописа из области игара на срећу. Суштински, ниједна земља чланица Европске уније не би смела да забрани приређивачу да организује игре на срећу преко интернета, али може да га ограничи у играма које дозвољава да приређује приватни приређивач. И то се најбоље огледа у тачки 14.: «Сматра се да се начело узајамног признавања дозвола за рад у сектору игара на срећу не примењује, али ипак, поштујући начела интерног тржишта, инсистира се да Земље чланице које отворе сектор игара на срећу путем средстава

<sup>8</sup> *Ibid*, 5, тач.7.

<sup>9</sup> Резолуција Европског парламента од 15.новембра 2011.године о играма на срећу преко средстава електронске комуникације на интерном тржишту (2011/2084(ИНИ)), 5, тач.9

<sup>10</sup> *Ibid*, 6, тач.12

<sup>11</sup> *Ibid*, 6, тач.13

електронске комуникације за конкуренцију, за све или за извесне игре нса срећу преко средстава електронске комуникације, морају обезбедити транспарентност и омогућити конкуренцију без дискриминације»<sup>12</sup>. С тим у вези у наставку поменуте тачке 14. резолуције додаје се да би земље чланице требало да уведу модел давања дозвола за рад који омогућава приређивачима да испуне услове које је одредила земља чланица домаћин за подношење захтева за дозволу, те да се поступци подношења захтева за дозволу за рад не компликују, односно да се смање административне баријере тако што би се избегло непотребно понављање захтева и контрола у другим земљама чланицама. Отуда се предлаже што ближа сарадња националних регулаторних тела у сектору игара на срећу како би се провере да ли одређени приређивач има дозволу за рад у некој од земаља чланица извеле што брже. Иначе, Резолуције Европског парламента је посветила читав одељак на који начин би могла да се одвија што боља сарадња између националних регулаторних тела. Та сарадња не подразумева само сарадњу у смислу провере да ли је неки приређивач добио у некој од земаља чланица дозволу за рад, већ се сарадња подразумева и у области заштите потрошача, заштите малолетника, заштите од сајбер криминала, сарадња по питању друштвене одговорности. Посебно поглавље Резолуције односи се на заштиту интегритета спорта од намештених утакмица и с тим у вези Европска комисија је позвана да поштујући ову Резолуцију донесе одређена правила која би важила на нивоу Европске уније. Резолуције Европског парламента чак нас и наводи на пут да се о јединственој правној регулативи за интернет игре на срећу мора размишљати, јер без обзира што чак и она налаже да се приређивачима не сме ускратити право да конкуришу за добијање дозволе за рад у земљама чланицама, у пракси многе земље чланице то право ускраћују. За сада јединствених правила нема, али је поменуто саопштење Европске комисије која иначе има задатак да ради на доношењу јединствене правне регулативе очигледно добар показатељ да се ипак иде ка правцу јединственог регулисања интернет игара на срећу на нивоу Европске уније. Да је то тако, говори нам и недавно донета Уредба Европског Парламента и Савета о ромингу у јавним и покретним комуникацијским мрежама у Европској унији, којом се практично укида наплата роминга и налаже се формирање

---

<sup>12</sup> *Ibid*, 6, тач.14

јединствене европске тарифе по којој ће мобилни оператери морати да наплаћују своје услуге на територији комплетне Европске уније<sup>13</sup>. Самим тим се у потпуности либерализује и коришћење интернета преко мобилних телефона и таблета на територији целе Европске уније, што је додатни подстицај да би требало ићи и ка доношењу јединствене правне регулативе за тржиште интернет игара на срећу.

## 2. Пет области

Разматрајући «Зелени извештај» и уважавајући Резолуцију Европског парламента, Европска комисија је у свом саопштењу одредила пет кључних области око којих би требало да се постигне консензус на нивоу Европске уније око јединственог регулисања тржишта интернет игара на срећу<sup>14</sup>. То су:

1. Усаглашеност националних регулаторних оквира са законодавством ЕУ,
2. Побољшање административне сарадње и делотворност спровођења,
3. Заштита потрошача и грађана, малолетника и рањивих група,
4. Спречавање преваре и прања новца,

За сваку од ових области Саопштење Европске комисије дало је пресек актуелног стања и понудило конкретна решења која би требало да буду основ за будућу јединствену регулацију. У уводном делу саопштења изражено је мораће земаља чланица да своја национална законодавства ускладе са законодавством ЕУ, тако да су земље чланице практично приморане да у будуће сарађују на доношењу јединствене регулативе. Такође, на крају уводног излагања задато је као обавеза да се током 2012. године оснује експертска група која ће се бавити проналажењем најбољих решења за регулисање тржишта игара на срећу. Та група је састављена од експерата за ову област из свих земаља чланица Европске уније и она је заправо предворје, односно припрема, за доношење нацрта и

<sup>13</sup> Уредба Европског Парламента и Савета о ромингу у јавним и покретним комуникацијским мрежама у Унији (бр.531/2012), Службени лист Европске уније, 13.јун.2012.

<sup>14</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 3

свих других иницијатива које долазе од стране Европске комисије<sup>15</sup>.

### 3. Усаглашеност националних регулаторних оквира са законодавством ЕУ

Саопштење Европске комисије по питању ове тематике наглашава да регулаторни системи земаља чланица ЕУ морају да поштују законе ЕУ. Европска комисија се приликом давања предлога решења руководила одлукама Европског суда правде који је потврдио да понуда и коришћење услуга прекограничног коцкања представља привредну активност која спада у оквир основних слобода садржаних у Уговору о функционисању ЕУ. Из тога следи, како се у тексту саопштења наводи, да национални прописи који забрањују нуђење услуга коцкања за које је добијена дозвола у другој држави чланици, ограничавају слободу својих грађана да добију онлајн услуге које се нуде у другој држави чланици, као и да ограничавају слободе приређивача услуга регистрованих у другој држави чланици да пружи услуге коцкања<sup>16</sup>. Европска комисија ипак није отишла толико далеко да у потпуности дерогира национална законодавства, па је дала препоруку да државе чланице могу ограничити прекогранично пружање свих или појединих врста онлајн услуга коцкања базирано на циљевима јавног интереса који теже да заштите, а који су везани за коцкање<sup>17</sup>. Овде се свакако може појавити велики проблем приликом израде евентуалне коначне верзије закона којом ће се регулисати јединствено тржиште интернет игара на срећу, јер термин «јавни интерес» је за сваку државу чланицу другачије третиран. Оно што је јавни интерес нпр. у Шпанији, не значи да је и јавни интерес у Немачкој. Отуда, за очекивати је да ће се баш због овако широког тумачења термина «јавни интерес» још дуго ломити копља док се не дође до коначне верзије јединственог закона за целу ЕУ. Схватајући да ће то усаглашавање «јавног интереса» за све државе чланице ЕУ ићи веома тешко, Европска комисија је дала у даљем тексту појашњење да ће све државе чланице морати да покажу да су циљеви од јавног интереса које су слободно изабрали да очувају доведени у питање на конзистентан и систематичан начин и не смеју да предузму,

<sup>15</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 4

<sup>16</sup> *Ibid*, 5

<sup>17</sup> *Ibid*, 5

подстичу или толеришу мере које би ишле против постизања циљева које је Европска комисија поставила у саопштењу<sup>18</sup>. Оцену да ли је држава чланица то учинила на систематски и конзистентан начин даје Европска комисија и она може да додатно пружи и оцену да ли национална законодавства поштују одлуку Европског суда правде и препоруке из «Зеленог извештаја», те да ли можда нека држава има дискриминаторске законе према приређивачима. Европска комисија је додатно себи доделила, узимајући у обзир текуће поступке пред Европским судом правде, да ће предузимати кораке за спровођење релевантних одредаба Уговора о функционисању Европске уније за било који национални закон који није у складу са правом ЕУ<sup>19</sup>. Из ових ставова јасно се закључује да је Европска комисија стала на чврсто становиште да се донесе јединствена европска регулатива за интернет игре на срећу.

#### **4. Побољшање контроле, административне сарадње и ефикасног извршења**

Ову област Европска комисија је поделила на три додатне подобласти:

- 4.1. Успостављање одговарајућих провера и контроле у државама чланицама,
- 4.2. Промовисање прекограничне административне сарадње,
- 4.3. Обезбеђивање ефикасне примене на националном нивоу.

Обзиром да ова област захвата проверавање личних података, Европска комисија је у старту исказала да се мора обезбедити усклађеност са правним тековинама ЕУ о заштити података<sup>20</sup>. У даљем тексту се појашњава да то подразумева јасно дефинисање конкретних циљева обраде података како би се обезбедио квалитет података и минимизирао њихов квантитет. Овим је заправо стављено до знања да Европска комисија не жели гломазну и компликовану бирократску процедуру приликом прикупљања података који су важни за област игара на срећу, већ да жели ефикаснији рад са

<sup>18</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 6

<sup>19</sup> *Ibid*, 6

<sup>20</sup> *Ibid*, 7

подацима, односно, усредсређивање на само оне податке који су од суштинске важности за тржиште игара на срећу. Рецимо, ако се захтевају лични подаци неког физичког лица, сигурно је битно да они садрже име и презиме, годину рођења, матични број и број текућег рачуна у банци, јер без ових података немогуће је идентификовати корисника и немогуће је да приступи играма које су понуђене на неком од сајтова. Наравно, сви ови подаци које корисник пружа морају да буду строго заштићени. Али, сигурно је небитно да корисник пружа податке о свом брачном статусу, да ли има деце или нема, на која места воли да излази и томе слично, јер ти подаци су потпуно небитни за интернет коцкање.

#### **4.1. Успостављање одговарајућих провера и контроле у државама чланицама**

Саопштење Европске комисије препоручује да би свака држава чланица Европске уније морала да успостави и адекватно опреми систем регулаторне власти, што подразумева да би национална регулаторна тела требало да имају довољно овлашћења и знања да се носе са регулаторним изазовима на тржишту интернет игара на срећу које брзо расте и брзо се унапређује, највише у технолошком погледу<sup>21</sup>. Европска комисија констатује да национални регулаторни органи немају пуну и ефикасну моћ да контролишу такво тржиште које је у великом прогресу, те да је неопходна њихова сарадња са релевантним представницима власти на регионалном и националном нивоу како би испунили услове за сарадњу са регулаторним телима у другим државама чланицама.

#### **4.2. Промовисање прекограничне административне сарадње**

Циљ промовисања прекограничне административне сарадње, како се наводи у саопштењу Европске комисије, би требало усмерити ка смањењу непотребних административних оптерећења, посебно оних који се односе на лиценцирање и надзор приређивача. Важну улогу у том послу би требало да игра сертификација и

---

<sup>21</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 7

стандардизација софтвера за онлајн играње<sup>22</sup>. Ова намера Европске комисије бар за сада делује као немогућа, јер тешко је поверовати да би све државе чланице Европске уније имале тај капацитет да испрате са технолошког аспекта овакву врсту стандардизације. Отуда је реално очекивати да ће овај процес, уколико се покрене, трајати дуги низ година и нема дилеме да ће се због великих финансијских издвајања за сваку државу чланицу одуговлачити. Ако се узме у обзир постојање веома јаког црног тржишта, посебно у слабије економски развијеним земљама чланицама, па ако се још дода и коруптивни фактор, јасно је да ћемо још дуго година чекати на свеобухватну стандардизацију. Чак и да се декретом наметне, питање је колико ће се ефикасно у пракси примењивати. Уважавајући ове податке, Европска комисија је предвидела спорије стандардизовање, која као прву фазу предвиђа размену информација међу државама чланицама, одређене заједничке акције и иницијативе, евентуално формирање одговарајућих стручних тела са ороченим мандатом која имају за циљ усклађивање националних правила са правилима Европске уније у области игара на срећу, итд. Тек када се размене све неопходне информације и подаци, могло би се приступити озбиљнијем послу који би водио ка јединственој европској регулативи, али то је све још увек магловата будућност.

### 4.3. Обезбеђивање ефикасне примене на националном нивоу

Кроз ову подобласт, Европска комисија је суштински уважила проблеме који постоје због отпора да се регулисање тржишта интернет игара на срећу са националног пренесе на јединствено европско законодавство. Наиме, Европска комисија је констатовала да је успешна примена националних закона кључни предуслов за усклађивање са правом ЕУ, те да се без ефикасне примене националних закона никако не могу постићи циљеви јавних интереса држава чланица у вези са играма на срећу<sup>23</sup>. Овде би се могло помислити да је Европска комисија крајње контрадикторна, јер са једне стране налаже израду јединственог законодавства ЕУ по питању интернет игара на срећу, а са друге стране наглашава да без ефикасне примене националних закона не могу да се остваре јавни интереси земаља чланица. Међутим, читајући даље текст, јасно се провлачи теза да је

<sup>22</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 12

<sup>23</sup> *Ibid*, 8

суштински јавни интерес целокупне Европске уније у овој области, заправо јавни интерес сваке државе чланице. Јер, наводи се да је успешна примена националних закона на сузбијању црног тржишта игара на срећу, затим успешне информисаности корисника услуга, промовисање друштвено одговорног пословања, свакако нешто што се подразумева као универзални јавни интерес сваке државе чланице, па самим тим и целокупне Европске уније. С тим у вези, Европска комисија је, ослањајући се на Уредбу о сарадњи у области заштите потрошача која омогућава прекогранично спровођење мера (Уредба Европске комисије бр. 2006/2004 о сарадњи између националних органа надлежних за спровођење закона о заштити потрошача- Уредба о заштити потрошача), предвидела основне мере којима би требало да се руководе све државе чланице ЕУ у области прекограничног пружања услуга игара на срећу. У њима се наглашава да ће Европска комисија:

- координисати административну сарадњу између регулатора који се баве коцкањем и испитати могућности које нуде размену информација/сарадњу између држава чланица а које пружа Уредба о заштити потрошача,
- побољшати размену информација и најбољих пракси о мерама за спровођење и испитати предности и могућа ограничења у спровођењу узвратних мера, као што су блокирање плаћања и блокирање приступа сајтовима на нивоу ЕУ,
- обезбедити појашњење у вези са процедурама за обавештавање и предузимање мера у случају да онлајн посредници пружају услугу хостинга за нелиценциране садржаве у ЕУ,
- развити регулаторни дијалог са трећим земљама (овде се подразумевају државе које нису чланице Европске уније, јер и са њихове територије могу да се приређују интернет игре на срећу, а пошто оне не потпадају под законе Европске уније онда се може створити проблем јер сајтови који долазе са територије тих земаља могу да у свом садржају имају одређену понуду која није дозвољена у Европској унији)<sup>24</sup>.

Европска комисија је додатно позвала државе чланице да:

- успоставе и обезбеде регулаторним властима јасне одговорности и обезбеде сарадњу са другим надлежним органима власти,

<sup>24</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 9

- истраже могућности да информишу потрошаче о лиценцираним понудама како би се потражња преусмерила на легално тржиште.

## 5. Заштита потрошача и грађана

Као и претходну област и ову је Европска комисија поделила на подобласти и то на четири. То су:

- 5.1. Напори да се обезбеди висок ниво заштите широм ЕУ,
- 5.2. Обезбеђивање заштите малолетника,
- 5.3. Јачање одговорног оглашавања,
- 5.4. Спречавање проблема коцкања и зависности од коцкања.

Иначе, најбитније ставке у свету игара на срећу, посебно када је у питању њихова интернет понуда, је развијање друштвене одговорности. Све реномиране компаније које се баве играма на срећу имају своја одељења која се баве овом тематиком и њихова делатност се одвија од сарадње са полицијом, институтима за лечење болести зависности, обуке оператера да препознају зависника од коцкања, итд. Оно што Европска комисија захтева кроз појам друштвене одговорности је одвраћање корисника од нелиценцираних и потенцијално штетних понуда, заштита малолетника од приступа коцкарницама, као заштита других угрожених група и спречавање развоја поремећаја повезаних коцкањем, пре свега болести зависности<sup>25</sup>.

### 5.1. Напори да се обезбеди висок ниво заштите широм ЕУ

Ослањајући се на оквирне податке, Европска комисија је проценила да на подручју комплетне Европске уније постоји око 6,84 милиона корисника услуга интернет игара на срећу<sup>26</sup>. Наравно, ово не може бити потпуно прецизан број, јер црно тржиште је свакако нешто што представља огроман проблем како би подаци о броју корисника били прецизнији, али су претпоставке да број може да буде само већи и да ће свакако из године у годину расти.

<sup>25</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 9

<sup>26</sup> *Ibid*, 9

С обзиром на толики број корисника, веома је важно да свако од њих буде довољно квалитетно информисан да препозна које су игре дозвољене, а које нису. Да би се то спровело у пракси, Европска комисија је препоручила да на свим сајтовима који пружају услуге игара на срећу стоји линк за сајт надлежног регулаторног тела на чијој презентацији се корисник може упознати са законским оквирима који регулишу игре на срећу. Европска комисија се залаже за састављање сета принципа на нивоу целокупне ЕУ који би требало да пруже ефикасну и поуздану регистрацију играча, старосну верификацију и проверу идентитета (нарочито у погледу новчаних трансакција), верификацију чињеница (активност на рачуну, знаке упозорења, информације о СОС линијама), политику непостојања задуживања, заштиту имовине играча, могућности самоограничења (временска и финансијска ограничења, искључење са сајта), као и подршку и ефикасно одговарање на жалбе<sup>27</sup>.

## 5.2. Обезбеђивање заштите малолетника

Обзиром на наводе Европске комисије да на подручју Европске уније 75 % деце узраста од шест до седамнаест година користи интернет, заштита малолетника приликом приређивања интернет игара на срећу је приоритет над приоритетима. Отуда, Европска комисија предвиђа превентивне мере са циљем спречавања малолетника да имају приступ сајтовима са коцкарским садржајем. Европска комисија препоручује да сва национална, па и јединствено европско законодавство, обавезно нагласи да су приређивачи дужни да обезбеде одговарајуће софтвере за старосну верификацију и контролу. На сваком од сајтова мора да стоји ознака да је малолетницима забрањено коришћење било које од коцкарских услуга које сајт пружа. Све ове мере би требало стално развијати и сопунавати како би заштита малолетника била што ефикаснија<sup>28</sup>.

## 5.3. Јачање одговорног оглашавања

Одговорно оглашавање има за циљ да повећа свест код грађана о штетности које могу имати од коцкања. Сви грађани ЕУ морају

<sup>27</sup> *Ibid*, 10

<sup>28</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 10

бити адекватно информисани о изборима који су им доступни, као и о ризицима у вези са коцкањем. Европска комисија је дала себи задатак да припреми Препоруку о одговорном оглашавању коцкања како би се осигурало да лиценцирани приређивачи коцкање оглашавају на друштвено одговоран начин и да пружају кључне информације корисницима. Како би Препорука била делотворнија, Европска комисија ће захтевати од представника индустрије игара на срећу да допринесу садржају поменуте Препоруке и да ураде њен дизајн. Свим државама чланицама биће препоручено да обезбеде адекватне санкције за приређиваче који не буду поштовали Препоруку. Такође, поменута Препорука ће, по замисли Европске комисије, употпунити Директиву о незаконитим трговинским праксама, чиме би се њена обавезност додатно појачала<sup>29</sup>.

#### 5.4. Спречавање проблема коцкања и зависности о коцкању

Још је «Зелени извештај» истакао да између 0,5 и 3 % становништва ЕУ пати од неког типа поремећаја проузрокованих коцкањем<sup>30</sup>. Међутим, ниједна студија до сада није показала обим и разноврсност поменутих поремећаја, те сами закључци тих студија се не могу узимати као потпуно релевантни. Оно што јесте неопходно, а што и сама Европска комисија констатује, је чињеница да се мора радити на бољем разумевању дефиниција које се користе за поремећај, кључних фактора попут потрага за добитком или губитком од игара на срећу, комерцијалних порука и присупачности, затим на бољем разумевању узрочних веза са врстама игара које се пружају, адекватности превентивних мера (знаци упозорења, уздржаност, ограничење на одређене игре) и неопходног типа третмана да би се поремећај лечио. Европска комисија је почела са израдом истраживачког пројекта ALICE RAP који финансира ЕУ и у коме се прикупљају подаци, класификују зависности, одређују кључни фактори и проходност ка зависности, представљају праксе управљања везане за зависности и обезбеђују консолидовани подаци за процену обима овог проблема у ЕУ. На основу прикупљених података Европска комисија ће размотрити потребу за којим ће иницијативама посегнути како би се спречили поремећаји проузроковани коцкањем, укључујући њихову дијагностику и лечење.

<sup>29</sup> *Ibid*, 10

<sup>30</sup> «Зелени извештај о интернет коцкању на домаћем тржишту», Европска комисија-Брисел, 2011, 13

## 6. Спречавање преваре и прање новца

Криминал који се одвија преко интернета једноставно не може заобићи коцкарску индустрију. Још у «Зеленом извештају» констатовано је да легални приређивачи игара на срећу нису склони преварама према својим корисницима нити се преко њихових рачуна “пере” било какав новац<sup>31</sup>. Чак се може рећи да легални приређивачи помажу у спречавању илегалног коцкања и заједнички са властима држава чланица, па и са самом Европском комисијом, раде на проналажењу најбољих решења како би се поменуте криминалне делатности што више сузбиле. Међутим, изузетно велика заступљеност илегалних приређивача је огроман проблем за комплетну Европску унију, јер путем илегалног приређивања игара на срећу чине се бројна кривична дела, од утаје пореза, финансирања криминалних организација, неисплаћивања добитака према играчима, намештања спортских мечева, итд.

Саопштење Европске комисије констатује да су најчешће преваре у онлајн коцкању преваре са кредитиним картицама и крађа банкарских података<sup>32</sup>. С обзиром да се онлајн коцкање може злоупотребити у сврху прања новца добијеног од нелегалних активности, Европска комисија је констатовала да се оваква кривична дела могу подвести под организовани криминал<sup>33</sup>. У даљем тексту Европска комисија ставља акценат на превентивном деловању како би се ова кривична дела у старту спречила и захтева адекватину обуку запослених у правосуђу. Чињеница је да је овај види криминала нешто ново за човечанство и да у целом свету постоји оскудица у обученим кадровима који уско баве овом тематиком. Отуда је заиста неопходно да све земље чланице Европске уније прихвате савет Европске комисије за обуком запослених у правосуђу.

Ову област Европска комисија је поделила на три подобласти:

- 6.1. Проширење мера за спречавање прања новца,
- 6.2. Суочавање са крађом идентитета и другим врстама компјутерског криминала,
- 6.3. Обезбеђивање заштите опреме за коцкање.

<sup>31</sup> *Ibid*, 20

<sup>32</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 12

<sup>33</sup> *Ibid*, 12

Чињеница је да су све ове подобласти врло оскудно обрађене у Саопштењу, што нам довољно говори да је ова тематика још увек велика непознаница за комплетну Европску унију.

### **6.1. Проширење мера за спречавање прања новца**

Једина мера везана за коцкарску индустрију донета од стране Европске комисије је Директива 2005/06/ЕК о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца и финансирања тероризма. Нажалост, та Директива је засигурно увелико застарела јер по питању коцкања третира само казина. Поједине државе чланице ЕУ су самоиницијативно донеле додатне законе којима су побољшали механизме спречавања прања новца у коцкарској индустрији, док су сами легални приређивачи значајно усавршили софтверска достигнућа за верификацију података корисника, израду профила корисника и праћења плаћања, чиме су значајно помогли самим државама.

Европска комисија је дала предлог да се изврши ревизија поменуте Директиве и да се прошири круг контроле на све врсте коцкања, укључујући и интернет коцкање<sup>34</sup>.

### **6.2. Суочавање са крађом идентитета и другим врстама компјутерског криминала**

Најчешћи тип преваре у вези интернет коцкања је крађа идентитета. Европска комисија је дала предлог да се оснује Европски центар за сајбер-криминал преко ког би се свакодневно проналазила решења за спречавање разних врста овог високо софистицираног криминала. Између осталог сајбер криминал у области интернет игара на срећу имао би своје посебно место. Међутим, осим оснивања овог центра, Европска комисија суштински ништа више није предложила до промовисања размене искустава између држава чланица које оне имају у борби против сајбер-криминала. Суштински, може се слободно рећи да је овај проблем крајње штуро поменут у Саопштењу и то нам највише говори колика је оскудица кадрова и знања у решавању овог проблема у Европској унији.

<sup>34</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 12

### **6.3. Обезбеђивање заштите опреме за коцкање**

Европска комисија констатује да све државе чланице које су допустиле приређивање интернет игара на срећу већ имају сопствена правила прописана законима за сертификацију опреме за онлајн коцкање. Та сертификација се врши преко савремених софтвера путем којих се испитује да ли одређени приређивач испуњава задате услове да добије лиценцу како би приређивао интернет игре на срећу. Европска комисија је себи дала задатак да испита које би предности имало евентуално увођење јединствених ЕУ стандарда за сертификацију опреме. Требало би рећи да је ово потпуно бесмислено написано, јер немогуће је унифицирати правила на такав начин с обзиром на крајње неједнаку технолошку развијеност држава чланица Европске уније. Нереално је очекивати да би једна Бугарска могла на исти начин да испуни све технолошке захтеве као што би то рецимо могла да испуни Немачка. Далеко реалније би било да се унифицираност ових захтева сведе на спречавање одређених бирократских процедура у државама чланицама, а што се тиче технолошких могућности очекивања су крајње нереална. Вероватно су тога свесни и у Европској комисији и отуда је ова област у Саопштењу такође веома штуро обрађена.

## **7. Очување интегритета спорта и спречавања намештања утакмица**

Намештање утакмица је огроман проблем са којим се све државе чланице Европске уније деценијама уназад боре. Довољно је подсетити на аферу «Калчополи» у италијанском фудбалском првенству, хапшење некадашњег власника Атлетико Мадрида, Хезуса Хила, или хапшење власника Олимпика из Марсеја, Бернарда Тапија, недавних хапшења челника хрватских клубова и самог савеза, хапшења фудбалских судија у Немачкој, хапшења рукометаша Монпељеа где је приведен и најбољи француски рукометаш Карабатић, итд. Посебан проблем су крајње штеловане утакмице у земљама некадашњег источног блока које су сада приступиле Европској унији. Генерално, проблем намештања утакмица је проблем са којим се светске и континенталне спортске асоцијације константно боре. Тај проблем је своју експанзију доживео моментом експанзије спортских кладионица. Отуда се и јавила потреба да приређивачи спортског клађења заједно са властима у државама

почну са заједничким деловањем на сузбијању ове појаве, а Европска комисија је кроз своје саопштење додатно прокламовала као свој пети циљ у евенталној јединственој законској регулацији тржишта интернет игара на срећу управо борбу за заштиту интегритета спорта и спречавање намештања утакмица. Ову област је Европска комисија поделила на четири подобласти<sup>35</sup>:

- 7.1. Промовисање сарадње између заинтересованих страна,
- 7.2. Развијање мера за спречавање намештања утакмица,
- 7.3. Обезбеђивање ефикасних запрећених мера против намештања утакмица,
- 7.4. Промоција међународне сарадње.

### **7.1. Промовисање сарадње између заинтересованих страна**

Европска комисија се залаже за потписивање што већег броја обавезујућих споразума између самих држава, али и између држава и приређивача, путем којих би се регулисале мере које ће се предузети зарад спречавања намештања утакмица. Поред споразума који би имали снагу законског акта, Европска комисија промовише и сваки други вид сарадње, посебно едукативног карактера, затим размене релевантних информација, координисање акција, итд.

### **7.2. Развијање мера за спречавање намештања утакмица**

Европска комисија констатује да државе чланице примењују различите моделе за спречавање намештања утакмица, али да се до сада ниједан модел није приказао као довољно добар. Циљ Европске комисије је да у сарадњи са заинтересованим странама сачини одређене препоруке о мерама којима би се на најефикаснији начин спречило намештање утакмица и које би се јединствено примењивале на територији целе Европске уније. Наведена су четири корака којима се жели доћи до тих јединствених мера<sup>36</sup>:

#### **7.2.1. Промоција ефикасније размене добрих пракси у спречавању**

<sup>35</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 14

<sup>36</sup> *Ibid*, 14

намештања утакмица повезаних са клађењем, укључујући и иницијативе да се подигне свест и обука лица активних у спорту.

**7.2.2.** Обезбеђивање сигурног извештавања и праћења акција у односу на сумњиве активности од стране спортских органа, приређивача и регулатора, укључујући и прикупљање поузданих података о величини проблема.

**7.2.3.** Увођење минимума одредби о сукобу интереса, као што је забрана клађења за спортисте и спортске званичнике, као и искључење из клађења догађаја на којима се такмиче млади. (Овде није баш најјасније формулисан термин “млади”, нити је објашњен разлог због чега би се имало против да се у понуду за клађење ставе утакмице нпр. младих репрезентација на рецимо Светском првенству у фудбалу за играче до 17 година, прим.аут)

**7.2.4.** Увођење телефонских линија и других механизма извештавања или објављивања неправилности. У том циљу увешће се организоване тематске дебате са стручњацима из области клађења.

Иначе, бројна струковна удружења, па и часописи, који се баве тематиком игара на срећу, увелико су се дала на промовисању борбе против намештања утакмица. На недавном семинару Европске лутријске федерације у Јерусалиму о овој теми се доста говорило, а сама Федерација је формирала тзв. ИРИС пројекат који има за циљ промоцију борбе против намештања утакмица. Унутар тог пројекта окупили су бројне некадашње и садашње спортисте, спортске новинаре из бројних европских спортских редакција и веома често дају своје предлоге кроз дебате које сами организују.

### **7.3. Обезбеђивање ефикасних запрећених мера против намештања утакмица**

Европска комисија констатује да се у свим државама чланицама ЕУ намештање утакмица третира као кривично дело. У Србији је недавно инкриминисано у Кривичном законнику. Међутим, Европска комисија констатује и то да специфична криминализација дела у области спорта није водила увек ка бољем спровођењу мера или смањеном броју сумњивих случајева. С тим у вези, Европска комисија се више залаже за тзв. превентивне мере, односно, да се побољшају законске одредбе које би у самом старту спречиле покушај

намештања утакмица. С обзиром да Савет Европе интезивно ради на изради и усвајању Конвенције о борби против манипулисања и исходима спортских догађаја, Европска комисија је одлучила да се активно укључи у израду те конвенције<sup>37</sup>.

#### 7.4. Промоција међународне сарадње

Европска комисија је одлучила да спроведе пилот пројекат у циљу промовисања сарадње и спречавања намештања утакмица и да интезивира сарадњу са Међународним Олимпијским Комитетом, као и са Саветом Европе, јер су и једна и друга организација увелико креирали мере које су потребне како би се овај проблем решио на глобалном нивоу. Такође, Европска комисија жели да интезивира сарадњу и са државама тзв. трећег света, односно оним земљама које нису чланице Европске уније, како би заједничким напорима дошли до најбољег решења за заштиту интегритета спорта и борбу против намештања утакмица.<sup>38</sup>

### 8. Закључак

Закључак овог рада могао би се свести на чувену пословицу «тако близу, а тако далеко». Декларативно, сви ће се заложити за што бољу правну регулативу, сви су за либерализацију тржишта, нико нема ништа против да се спречи намештање утакмица, али када би требало да се дође до финализације одређених договора, увек се уплету бројни разлози који се одједном појаве и који све то спрече. Наравно, нису они случајни, јер колико год да верујемо у идеално европско законодавство, ипак свака држава чланица Европске уније мало више гледа неки свој интерес. Ту се и враћамо на почетак целе приче, а то је како да на нивоу ЕУ дефинишемо шта је то «јавни интерес», јер нема никакве дилеме да «јавни интерес» свака држава чланица посебно третира у складу са неким својим прокламованим циљевима. Можда и сама Европска комисија греша када у свом Саопштењу прави одређене компромисе како би задовољила сваку државу чланицу? Можда је потребна већа одлучност да се пресече и

<sup>37</sup> Саопштење Европске комисије Европском парламенту, Европском савету, Економском и Социјалном комитету и Комитету региона према свеобухватном оквиру за онлајн коцкање, Европска комисија- Брисел, 2012, 14

<sup>38</sup> *Ibid*, 14

престане са трулим компромисима? Декларације, Препоруке, Савети, Саопштења, све је то у реду, али то нису обавезујући акти, неретко су уопштени и пуни фраза које ништа не значе. Оно што је Европској унији потребно у овој области је дефинитивно већа одлучност да се донесу обавезујућа правила. Борба за јединствена законска правила за интернет игре на срећу траје скоро читаву деценију. Са све већим развојем интернета и ИТ технологије, она је све интезивнија, али још увек недовољна да нам коначно пружи јединствену регулативу. Ипак, у овом случају послужићемо се још једном пословицом «ако га не можеш победити, а ти му се придружи». Интернет је глобална мрежа и немогуће је зауставити његову експанзију. Уколико нека од држава чланица остане на крутим ставовима да не дозволи приређивање интернет игара на срећу, или да евентуално ограничи приређивача из неке друге државе да пусти сајт на њеном интерактивном небу, ризикује развој илегалног тржишта и свакако је на губитку. Отуда су напори за постизањем јединствених законских правила на нивоу целе Европске уније, колико год да се то не допада влада у многим државама чланицама, ипак једино логично решење. Неопходно је да се што пре сачине, а колико ће се то брзо догодити, нажалост зависи од флексибилности самих држава чланица.

**Vladimir Đukanović**

Doctoral candidate at the Faculty of Law at “Union” University  
President of the National Lottery of Serbia

**LEGAL REGULATION OF REMOTE GAMBLING IN THE  
EUROPEAN UNION****Summary**

The architects of the European Union as a transnational project never dreamed that a seemingly trivial regulation of online gambling would turn out to be such a significant problem. Today, this topic is the focus of a fierce legal battle in all European institutions, especially

the European Parliament. However, the solution in the form of a comprehensive regulation is not yet in sight. Regardless of the fact that Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) points out that freedom of a Member State citizen established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended shall not be restricted<sup>39</sup>, this provision is practically never applied, at least not in this field of economic activity. There is an enormous resistance on the part of the majority of Member States to unify the EU market in the segment of online gambling and the priority is given to national legislation. Such attitude often results in disputes in front of European courts initiated by companies involved in operation of online gambling against states that refuse to apply the provision on the common market. In order to avoid such situations, many discussions have been held in the European Parliament, but besides the Green Paper and the subsequent Online Gambling Resolution of the European Parliament and, finally, recently passed Communication of the European Commission on the comprehensive framework for online gambling, there have been no significant advances. Nevertheless, such acts do deserve to be analyzed and it must be stressed that the Green Paper is the platform of the European Commission on which a comprehensive legislation on the level of the entire European Union in this field is planned to be built. Also, it should be mentioned that the association of the European Lottery has passed the resolution on its regulatory principles that guarantees the secure future for the lotteries in the European Union, within which the issues of online gambling operation are also regulated.

**Key words:** gambling, Internet, European Lottery, comprehensive framework.

---

<sup>39</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, Art. 56

## ORGANI U ITALIJANSKOM KRIVIČNOM POSTUPKU PREMA MALOLETNICIMA

### *Apstrakt*

*Maloletni izvršioци krivičnih dela predstavljaju posebnu vrstu izvršilaca, obzirom na njihova biopsihološka svojstva. Zbog toga je u vezi sa kažnjavanjem maloletnika u pravnoj teoriji i praksi prihvaćen poseban stav u odnosu na punoletne izvršioce krivičnih dela. Takav pristup izražen je u tzv. zaštitničkom modelu, koji je u većoj ili manjoj meri prisutan u svim savremenim pravnim sistemima. Potreba za drugačijim krivičnopravnim tretmanom maloletnih izvršilaca krivičnih dela javila se veoma rano, ali sistem samostalnih sankcija za maloletnike i posebni sudovi za maloletne izvršioce krivičnih dela uspostavljeni su tek u dvadesetom veku. U italijanskom krivičnom pravu je u velikoj meri izražen zaštitnički model prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela. Maloletničko krivično pravo se, kao segment krivičnog prava navedene zemlje, razvilo tridesetih godina dvadesetog veka, za vreme vladavine fašista u Italiji, a sama ideja o uspostavljanju posebnih sudova nadležnih za suđenje u postupcima koji se vode prema maloletnim licima bila je prisutna i znatno ranije. Za razliku od Republike Srbije, u kojoj maloletnim izvršiocima krivičnih dela sude posebna veća suda opšte naldežnosti, u Italiji je prihvaćen model prema kojem maloletnim izvršiocima krivičnih dela sude posebni sudovi za maloletnike. Navedeni sudovi su nadležni za suđenje u krivičnopravnim, građanskopravnim i upravnim postupcima u kojima je jedan od učesnika maloletno lice. Italijanskim zakonima propisana je obavezna specijalizacija organa koji učestvuju u postpku prema maloletnicima, a takođe je propisana i obaveza učešća nepravosudnih organa.*

<sup>1</sup> Master pravnik, Istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: suputjelena@yahoo.com

**Ključne reči:** malolenici, krivična odgovornost, pravosudni organi, krivični postupka, specijalizovanost organa

## 1. Uvod

Maloletnička delinkvencija predstavlja danas značajan društveni problem u svim zemljama, jer je u stalnom porastu. Razlog tome je što se kao izvršioци pojavljuju mlade osobe, koje će, ako se ne primenene adekvatne mere, u velikom broju nastaviti sa delinkventnim ponašanjem kao odrasle osobe. Drugim rečima, iz populacije maloletnih delinkvenata regrutuju se kasniji punoletni izvršioци. Upravo to daje posebno značenje ne samo maloletničkoj delinkvenciji, nego i merama za njeno sprečavanje.<sup>2</sup>

Pod maloletničkim krivičnim pravom, oslobođenim danas pojma i fikcije rasuđivanja (discernement), podrazumeva se, pre svega, akcija društvenog prevaspitavanja. Ta akcija može u određenim slučajevima biti takođe i retributivna. Ona je istovremeno i kazna i pomoć.<sup>3</sup>

Politika suzbijanja maloletničkog kriminaliteta u savremenim uslovima se sve više orijentiše na razvoj društvene prevencije kao primarnog oblika u borbi protiv kriminaliteta koji vrši ova starosna kategorija. Nauka i praksa podržavaju takva kretanja i nastoje da daju što veći doprinos iznalaženju efikasnijeg kriminalnopolitičkog modela. Na tom planu se nastoji da se koncipiraju svrsishodne mere, pre svega, u okviru posebne i individualne prevencije, kao i da se u realizovanje ovih mera uključi što širi krug društvenih institucija i subjekata.<sup>4</sup>

Ideja za uspostavljanje posebnih sudova za maloletnike javila se početkom devetnaestog veka, a prvi sudovi za maloletnike su uspostavljeni u Americi 1899. godine i Engleskoj Dečijim aktom (Children Act) 1908. godine. U prvoj polovini dvadesetog veka razvijaju se posebna veća za maloletnike i sudovi za maloletnike u mnogim zemljama. Cilj uspostavljanja tih sudova bio je pružanje pomoći, a ne kažnjavanje maloletnika. Nastanak i razvoj posebnih sudova u anglosaksonskom sistemu početkom dvadesetog veka ogledao se kroz uspostavljanje

<sup>2</sup> A. Kurtović, G. Tomašević, *Osnove kaznenog prava i postupka*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2002., 135.

<sup>3</sup> M. Ancel, *Nova društvena odbrana (pokret humanističke krivičnopravne politike)*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1963., 69.

<sup>4</sup> Lj. Radulović, „Kriminalna politika (Politika suzbijanja kriminaliteta)“, Savet projekta „Konstituisanje Srbije kao pravne države“ i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd 1999., 170. i 171.

posebnih sudova, dok su u većini evropskih zemalja osnivana posebna veća u okviru sudova opšte nadležnosti. U Švedskoj, Norveškoj, Škotskoj, Rusiji i još nekim zemljama prihvaćen je sistem tzv. duplog koloseka prema kojem se postupak prema maloletnicima vodi pred sudom, ali je predviđena i mogućnost da se u nekim slučajevima postupak vodi pred posebnim socijalnim odborima i državnim administrativnim organima.<sup>5</sup> U Italiji postoji poseban sud za maloletnike, koji sudi ne samo u krivičnim postupcima koji se vode prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela, već je nadležan i u građanskopravnim i upravnim postupcima u kojima se kao jedan od učesnika pojavljuje maloletno lice.

Uspostavljanje posebnih sudova i veća za maloletnike pri sudovima opšte nadležnosti označilo je početak uvažavanja zaštitničkog modela koji je dominantan danas u maloletničkom krivičnom pravu. Uvođenjem posebnih sudova uspostavljen je i bolji tretman maloletnika u krivičnom postupku i zaštita od negativnih posledica izlaženja pred redovan sud.<sup>6</sup>

## 2. Uspostavljanje posebnih pravosudnih organa za maloletnike

Zaštitnički model koji je prisutan u većini savremenih krivičnopravnih sistema, kada je u pitanju odgovornost maloletnika za krivična dela, polazi od teorije starateljstva. Prema toj teoriji učinilac dela je ličnost neotporna na spoljašnje izazove, pa stoga i povodljiva za činjenje krivičnih dela. Kažnjavanjem on se stavlja pod starateljstvo državnih organa, pravosuđa i organa javne sigurnosti koji imaju zadatak da ga osposobe da se vlada prema pravnim propisima društva i da poštuje norme pravnog poretka i društvene discipline.<sup>7</sup>

Prvi nacrt pravnog akta kojim je bilo propisano specijalizovano sudstvo za maloletnike u Italiji, izrađen je 1908. godine za vreme ministra pravde Vitorija Emanuela Orlanda (Vittorio Emanuel Orlando). Taj nacrt je sadržao odredbu prema kojoj bi sudije za maloletnike bile u obavezi da pre izricanja sankcije maloletniku zbog izvršenog krivičnog dela prouče kako ličnost maloletnog izvršioca, tako i okruženje u kojem odrasta. Bez obzira na navedene ideje koje je sadržao nacrt, on je ostao „mrtvo slovo na papiru“.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Ibid.*, 179.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično/Kazneno pravo Bosne i Hercegovine - Opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2005., 283. i 284.

<sup>8</sup> *Compendio di diritto minore*, Simone, Napoli 2008., 8.

Sledeći iste ideje 1912. godine fomirana je četvoročlana komisija sastavljena od uglednih pravnika i profesora, a čiji su najpoznatiji članovi bili Feri (Ferri) i Stopato (Stoppato). Komisija je sačinila nacrt zakona kojim je bila predviđena obavezna specijalizacija sudije za maloletnike, ali ni taj predlog nije usvojen.<sup>9</sup>

Tokom perioda vladavine fašista u Italiji, 1934. godine donet je Zakonski dekret broj 1404<sup>10</sup>. Navedeni Dekret je prvi italijanski propis koji je sadržao sistematizovane odredbe o maloletničkom krivičnom pravu. Njime je prvi put uspostavljen nezavisan sud za maloletnike, koji je bio sastavljen od dvojice profesionalnih sudija i jednog sudije porotnika koji je po profesiji morao da bude sociolog, biolog, psihijatar, antropolog ili pedagog. Taj sud je sudio maloletnicima kako u krivičnopravnom, tako i u građanskopravnom i upravnom postupku. U početku nadležnost ovog suda nije bila samo odlučivanje u predmetima o delikvenciji maloletnika, već i politička suđenja. Dekret iz 1934. godine, kasnije je izmenjen i dopunjen Zakonskim dekretom iz 1956. godine.<sup>11</sup> Navedenim propisima u Italiji je uspostavljen poseban sud za maloletnike i propisana obavezna specijalizacija organa koji učestvuju u postupku prema maloletnicima.

### 3. Pojam i vrste maloletnika u italijanskom krivičnom pravu

Pozitivistička i sociološka škola su uticale na promene u krivičnopravnom sagledavanju starosnih granica maloletstva, iako su i ranije postojale ideje u vezi sa ublažavanjem strogosti krivičnog prava u odnosu prema maloletnim licima.

Savremeno krivično zakonodavstvo je u skladu sa kriminološkim, socijalno-psihološkim, te u izvesnoj meri antropološkim učenjima o biološkom, psihičkom i socijalnom razvoju ličnosti, težilo postepenom povišenju starosnog limita početka reagovanja službenih aktera krivične procedure koji primenjuju materijalno krivično pravo.<sup>12</sup>

Kriterijumi za određivanje granica krivične odgovornosti koje danas koriste krivična zakonodavstva su različiti. Najčešće je to formalni

<sup>9</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>10</sup> Decreto Lego n. 1404/1934 (Gazzete Ufficiale, 5 settembre 1934., n. 208), <http://www.istitutotribunale.com/site/files/Legge-tribunale-per-i-minorenni-R.d.l.-1404-1934.pdf> 12.02.2014.

<sup>11</sup> *Compendio di diritto minorile*, 11.

<sup>12</sup> M. Škulić, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen*, 2/2010, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo, Beograd 2010., 206.

kriterijum – kalendarski uzrast koji se manifestuje u broju dostignutih godina, kao i dostignuti biopsihološki razvoj i socijalna zrelost. Jedna grupa zakonodavstava predviđa fiksnu donju ili gornju dobnu granicu, tako da su maloletnici ispod te granice krivično neodgovorni, a oni iznad te granice krivično odgovorni. Neka zakonodavstva određuju krivičnu odgovornost maloletnika u zavisnosti od stepena njegove zrelosti (Jemen, Saudijska Arabija).<sup>13</sup> Italija spada u prvu grupu zemalja, koja se opredelila da kriterijum za određivanje granice krivične odgovornosti maloletnika bude njihov kalendarski uzrast.

Prema italijanskom krivičnom pravu starosna granica krivične odgovornosti utvrđuje se u trenutku izvršenja krivičnog dela i određena je u fiksnom iznosu. Krivičnim zakonikom Italije<sup>14</sup> propisano je da nisu krivično odgovorna lica koja u trenutku izvršenja krivičnog dela nisu napunila četrnaest godina, a da su krivično odgovorna (imputabili), ona lica koja su u trenutku izvršenja krivičnog dela napunila četrnaest godina, ali još uvek nisu napunila osamnaest i to pod uslovom da su bila uračunljiva u trenutku izvršenja krivičnog dela, odnosno da su bila sposobna da shvate smisao i značaj svoga dela i da upravljaju svojim postupcima.<sup>15</sup>

Kao što se može zaključiti u italijanskom krivičnom pravu ne postoje dve kategorije krivično odgovornih maloletnica – mlađi i stariji maloletnici. To se odražava i na primenu kazne, tako da se u italijanskom krivičnom pravu kazna zatvora može primeniti kako na starije (maloletnici uzrasta od šesnaest do osamnaest godina) tako i na mlađe maloletnike (maloletnici uzrasta od četrnaest do šesnaest godina). Jedino su lica koja u vreme izvršenja krivičnog dela još uvek nisu navršila četrnaest godina života krivično neodgovorna, tako da se prema njima nijedna krivična sankcija ne može primeniti.

#### 4. Organi u postupku prema maloletnicima

U postupku prema maloletnicima u italijanskom krivičnom pravu, osim pravosudnih, učestvuju i drugi organi. U cilju zaštite ličnosti maloletnika i sprečavanja njegove stigmatizacije u sudskom postupku, kao i ukazivanja pomoći u cilju njegovog prevaspitanja i resocijalizacije

<sup>13</sup> S. Konstantinović Vilić, V. Nikolić Ristanović, M. Kostić, *Kriminologija*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2012., 221.

<sup>14</sup> Codice penale Italiano, <http://www.altalex.com/?idnot=36653>, 12.02.2014.

<sup>15</sup> Čl. 97. i 98.

pristuno je načelo specijalizacije pravosudnih organa. Osim pravosudnih organa u postupku koji se vodi prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela učestvuju i socijalne službe, koje u toku postupka dostavljaju sudu podatke o socijalnim i porodičnim prilikama maloletnika i na taj način pomažu sudu u odabiru adekvatne mere kojom će se uticati na prevaspitanje maloletnika. Nadležnost organa u postupku prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela uređena je Dekretom Predsednika Republike<sup>16</sup>, koji predstavlja dopunu Dekreta iz 1934. i 1956. godine. Osim navedene službe od značaja za prevaspitanje i resocijalizaciju maloletnika, odnosno za realizaciju mera izrečenih u postupku prema maloletnicima, jesu i službe za maloletnike, koja je posebno odeljenje Ministarstva pravde.<sup>17</sup>

#### 4.1. Pravosudni organi u krivičnom postupku prema maloletnicima

Pravosudni organi koji učestvuju u krivičnom postupku prema maloletnicima u Italiji jesu:

1. sud za maloletnike
2. tužilac za maloletnike
3. branilac za maloletnike
4. policija za maloletnike

Zakonskim dekretom broj 1404 iz 1934. godine uspostavljen je samostalan i nezavistan sud, specijalizovan za krivične, građanskopravne i upravne postupke čiji je jedan od učesnika maloletno lice. Tim aktom je propisana obavezna specijalizacija i ostalih lica i organa koji učestvuju u postupcima prema maloletnim licima, pa je čak predviđeno i obavezno učešće stručnjaka iz oblasti psihijatrije, psihologije, pedagogije i socijalne politike.<sup>18</sup>

Prvostepeni sud koji postupa u krivičnom postupku koji se vodi prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela nadležan je za postupanje u svim predmetima u kojima su krivična dela izvršena od strane lica koja su u trenutku izvršenja krivičnog dela navršila četrnaest godina, ali još uvek nisu osamnaest godina života.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Decreto del Presidente della Republica n 448/1988 (Gazzete Ufficiale n.250 del 24. Ottobre 1988)., [http://www.regione.abruzzo.it/procuraminor/docs/legislazione/DPR\\_448\\_88.pdf](http://www.regione.abruzzo.it/procuraminor/docs/legislazione/DPR_448_88.pdf) 12.02.2014.

<sup>17</sup> Čl. 6. Decreto del Presidente della Republica n. 448/1988.

<sup>18</sup> Compendio di diritto minorile, 11.

<sup>19</sup> Čl. 3. Dekreta Predsednika Republike (Decreto del Presidente della Republica n. 448/1988).

Dekretom broj 1404/1934 propisano je da se veće koje sudi maloletnicima sastoji od trojice sudija (jedan je sudija po profesiji koji je ujedno i predsednik veća, a dvojica su sudije porotnici). Sudije porotnici moraju biti lica koja se bave psihologijom, psihijatrijom, socijalnim ili pedagoškim radom. Jedan od sudija porotnika mora biti osoba muškog, a drugi sudija osoba ženskog pola, od minimum trideset pet godina života. Profesionalne sudije za maloletnike koji postupaju u prvom stepenu moraju da poseduju znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih, a istim članom Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela propisana je i obavezna specijalizacija sudova koji sude u postupku prema maloletnicima.<sup>20</sup>

U drugom stepenu prema maloletnicima u skladu sa Dekretom Predsednika Republike 448/1988<sup>21</sup> postupa posebno odeljenje za maloletnike Apelacionog suda. Veće koje odlučuje o pravnim lekovima protiv odluka izrečenih maloletnim licima sastoji se od trojice sudija (jedan je sudija po profesiji, a dvojica su sudije porotnici koji se biraju iz redova psihologa, pedagoga, psihijatarata i socijalnih radnika). Sudije porotnici moraju biti različitog pola, a većem predsedava profesionalni sudija. Raspravno veće koje sudi na glavnom pretresu sastoji se od četvorice članova. Jedan je sudija Apelacionog suda, drugi je sudija prvostepenog suda za maloletnike, a druga dvojica članova su sudije porotnici koji se biraju iz redova psihologa, pedagoga, psihijatarata i socijalnih radnika. Profesionalne sudije koje postupaju pri Apelacionom sudu u postupcima koji se vode prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela moraju da poseduju posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih. U Vrhovnom kasacionom sudu ne postoji specijalizovani sastav veća koje postupa u pravnim stvarima koje se tiču maloletnih lica.

Dekretom (D.P.R. 448/1988) propisana je kako obavezna specijalizacija javnog tužioca koji postupa u prvostepenom postupku prema maloletnicima, tako i obaveza tužioca koji postupa pri specijalnom odeljenju za maloletnike pri Apelacionom sudu. Ta lica takođe moraju da poseduju posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih. Obaveza posedovanja tih znanja je formalnog karaktera, što znači da ova lica moraju posedovati adekvatne sertifikate kojim se to potvrđuje.<sup>22</sup>

Policajci koji postupaju u krivičnom postupku prema maloletnicima takođe moraju da poseduju posebna znanja iz oblasti

<sup>20</sup> Čl. 5, tač. 2. Dekreta Predsednika Republike (Decreto del Presidente della Republica n. 448/1988).

<sup>21</sup> Čl. 27.

<sup>22</sup> Čl. 27.

prava deteta i prestupništva mladih. Policija za maloletnike se po potrebi *ad hoc* obrazuje od strane Republikog javnog tužioca kojem je odgovorna za svoj rad.<sup>23</sup>

Obaveza specijalizacije propisana je i za braniocce koji postupaju po službenoj dužnosti u krivičnom postupku prema maloletnicima. U svim postupcima prema maloletnim licima koji se vode pred sudom za maloletnike neophodno je postupanje advokata koji su stekli posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih. Odabir branioca prevenstveno zavisi od volje maloletnika prema kojem se vodi krivični postupak. U tim slučajevima, kao i u pravu Republike Srbije, maloletnik može da odabere advokata kojeg želi, čak i branioca koji nije stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih.

Maloletnik mora da ima branioca već od prvog saslušanja, a ukoliko nema branioca, tj. ukoliko nije odabrao branioca koji će ga zastupati u konkretnom slučaju, on se postavlja po službenoj dužnosti. Ukoliko se advokat bira sa spiska, vodi se računa o njegovom profesionalnom iskustvu, da nije disciplinski kažnjavan i da poseduje profesionalno iskustvo ne manje od sedam godina u oblasti prava deteta i prestupništva mladih.<sup>24</sup> Isti kriterijumi propisani su i Dekretom broj 115/2002.<sup>25</sup>

#### **4.2. Uloga drugih organa u krivičnom postupku prema maloletnicima**

Osim pravosudnih organa u krivičnom postupku prema maloletnicima učestvuju i drugi organi, kao što su npr. socijalne službe.

U skladu sa odredbama Dekreta broj 272 iz 1989. godine,<sup>26</sup> socijalne službe aktivno pomažu sudu tokom celog krivičnog postupka koji se vodi prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela. Te ustanove na zahtev suda dostavljaju podatke koji su od značaja za upoznavanje sa socijalnim, porodičnim i ličnim prilikama maloletnog lica prema kojem se vodi postupak. Na osnovu tih podataka sud procenjuje kojom će se od postojećih mera na najbolji način uticati na vaspitanje, prevaspitanje

<sup>23</sup> Čl. 5. Dekreta 448/1988.

<sup>24</sup> Čl. 11 D.P.R. 448/1988.

<sup>25</sup> Čl. 81. Dekreta broj 115/2002 (Gazzete Ufficiale n. 139 del 15 giugno 2002), <http://www.altalex.com/index.php?idnot=4777> 12.02.2014.

<sup>26</sup> Čl. 27. Zakonskog dekreta - Decreto legislativo n. 272/1989 (Gazzete Ufficiale n. 182 del 5 agosto 1989), <http://www.altalex.com&index.php?idnot=54035> 12.02.2014.

maloletnika i njegovu resocijalizaciju, pa u zavisnosti od te procene izriče adekvatnu meru. Jedna od najznačajnijih aktivnosti socijalnih službi koje postupaju na lokalnom nivou jeste pružanje pomoći maloletniku nakon izdržane krivične sankcije prilikom njegovog uključivanja u društvenu zajednicu. Navedena obaveza je propisana članom 9. Dekreta broj 448 iz 1988. godine (D.P.R. n. 448/1988).<sup>27</sup>

Zavodi i ustanove za izdržavanje krivičnih sankcija u sastavu su italijanskog Ministarstva pravde. Oni su institucije otvorenog ili poluotvorenog tipa. Za razliku od prava Republike Srbije u kojem je predviđeno da maloletnik izdržava kaznu zatvora u posebnim odeljenjima kazneno-popravnih zavoda za punoletna lica, ove institucije su u Italiji u potpunosti odvojene od ustanova u kojima kazne izdržavaju punoletna lica.<sup>28</sup>

U okviru Ministarstva pravde Republike Italije postoji Sektor za maloletničko pravosuđe. U okviru tog sektora postoje tri odeljenja. Jedno odeljenje je nadležno za nadzor nad zakonitošću postupka suđenja, drugo je nadležno za specijalizaciju učesnika u postupku (njihovu edukaciju) i treće odeljenje je nadležno za krivično materijalno pravo i nadzor nad radom socijalnih službi. Sektor za maloletničko pravosuđe se sastoji od dvanaest teritorijalnih centara u različitim delovima Italije. To su sledeći centri:<sup>29</sup>

1. Centar za prijem maloletnika
2. Zavod za izvršenje sankcija
3. Zajednice

Pre dolaska u zavod za izvršenje krivičnih sankcija maloletnici borave u centru za prijem maloletnika u kojem se upoznaje njihova ličnost u cilju interne klasifikacije. Funkcija boravka maloletnika u tim centrima slična je boravku maloletnika u prijemnom odeljenju kazneno-popravnih zavoda u Republici Srbiji, s tim što je boravak maloletnika u centrima za prijem od značaja kako za eksternu, tako i za internu klasifikaciju. Nakon boravka u ovim centrima maloletnici se upućuju u zavod za izvršenje krivičnih sankcija, gde se na osnovu podataka prikupljenih tokom boravka u centrima za prijem maloletnika raspoređuju u internu vaspitnu grupu. Svaka vaspitna grupa ima svoga vaspitača koji učestvuje u reedukaciji

---

<sup>27</sup> Compendio di diritto minorile, 28.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 26. i 27.

<sup>29</sup> Compendio di diritto minorile, 25.

maloletnika u skladu sa programom sačinjenim kako za grupu, tako i za pojedince koji se nalaze u njoj.<sup>30</sup>

Takvi centri postoje u više italijanskih regiona, a na osnovu posebnog dekreta ministra pravde mogu da se ujedine u jedinstveni servis nadležan za više regiona. Nadležnost ovih centara nije isključivo upućivanje maloletnika u vaspitno-popravnu ustanovu ili zavod za izdržavanje krivičnih sankcija, centri primenjuju i edukativne i vaspitne mere prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela, a imaju i dobru saradnju sa socijalnim službama na lokalnom nivou, naučnim institucijama i drugim službama na lokalnom nivou, naučnim institucijama i drugim službama od značaja za prevaspitanje maloletnika.

Poseban tip ustanova u koje se smeštaju maloletna lica koja su zatečena na mestu izvršenja krivičnog dela ili u pokušaju izvršenja dela jesu centri za prvu pomoć. U tim centrima maloletnici borave do prvog saslušanja, a boravak u tim ustanovama ne može biti duži od dvanaest časova. Centri su organizovani kao institucije zatvorenog tipa. Smisao smeštanja maloletnika u ovim centrima jeste obezbeđenje njihovog prisustva u postupku.<sup>31</sup>

Organizacija i funkcionisanje zavoda za izdržavanje krivičnih sankcija izrečenih maloletnim izvršiocima krivičnih dela propisani su Uredbom o penitencijarnim ustanovama broj 5391/2006 (Ordinamento Penitenziario). Maloletnici kaznu i zavodske sankcije izdržavaju u ustanovama koje su fizički odvojene od ustanova u kojima kaznu izdržavaju punoletna lica. U tim zavodima zaposleni su vaspitači, psiholozi, radnici iz oblasti kulture (slikari, školovani muzičari, glumci), animatori, ali i volonteri, koji pomažu u radu sa maloletnicima. Obezbeđenje u ovim zavodima vrši tzv. zavodska policija, a ustanovom rukovodi direktor zavoda.<sup>32</sup>

Zajednice predstavljaju takođe tip ustanova u koje se upućuju maloletna lica kojima je izrečena mera upućivanja u maloletničku zajednicu (član 22, 36 i 37 Dekreta broj 448/1988). Te zajednice sarađuju sa organizacijama javnog i privatnog sektora, kao i udruženjima koja se bave unapređenjem edukacije i vaspitanja mladih, a koja se nalaze na teritoriji na kojoj je sedište konkretne zajednice.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè editore, Milano 2010., 89.

<sup>31</sup> Compendio di diritto minorile, 27.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 27.

<sup>33</sup> *Ibid.*

Kao što se može zaključiti, u krivičnom postupku prema maloletnicima Republike Italije osim pravosudnih organa učestvuju i socijalne službe, koje u velikoj meri pomažu sudu prilikom izbora adekvatne mere kojom će se uticati na vaspitanje i prevaspitanje maloletnika, a što će omogućiti njegovu efikasnu reintegraciju u socijalnu sredinu nakon odsluženja izrečene sankcije (ukoliko je izrečena sankcija zavodskog karaktera). U Italiji je prihvaćeno kvalitetno rešenje, prema kojem su prostorije u kojima maloletnici izdržavaju kaznu potpuno odvojene. Međutim, takvo rešenje ne zavisi samo od volje zakonodavca, već i od materijalnog bogatstva konkretne zemlje. Tako da je navedeno rešenje, ma koliko ono bilo kvalitetno zbog nedostatka resursa neprihvatljivo za našu zemlju.

## 5. Zaključak

U Italijanskom krivičnom pravu, kada je u pitanju odgovornost maloletnika prevladava zaštitnički model. Krivični zakonik ove zemlje poznaje dve kategorije maloletnih lica. To su lica do četrnaest godina koja su apsolutno krivično neodgovorna i lica starosti od četrnaest do osamnaest godina koja mogu biti krivično odgovorno ukoliko su u trenutku izvršenja krivičnog dela bila svesna svog dela i mogla da upravljaju svojim postupcima. Jedino druga kategorija maloletnika može biti krivično odgovorna i jedino se prema njima mogu primeniti krivične sankcije.

U postupku prema maloletnicima sude posebni sudovi, koji postupaju ne samo u krivičnom postupku u kojem se kao jedna od strana pojavljuje maloletnik, već i u građanskopravnim i upravnim postupcima koji se tiču maloletnih lica. Takvi sudovi su prvi put uspostavljeni pre Drugog svetskog rata za vreme fašističke vlasti u Italiji. Sudije koje sude u ovim sudovima moraju biti specijalizovane, tj. moraju da poseduju posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih. Kao i u pravu Republike Srbije, i u italijanskom krivičnom pravu propisano je da osim profesionalnih sudija u postupku u kojem je maloletnik izvršilac krivičnog dela ili oštećeno lice učestvuju i sudije porotnici koji su po struci psihijatri, psiholozi, pedagozi ili druge profesije koja se bavi edukacijom i vaspitanjem maloletnih lica. Oni moraju da budu osobe različitog pola. Osim sudija za maloletnike, propisana je i obavezna specijalizacija javnog tužioca za maloletnike, branioca za maloletnike i policajaca za maloletnike koji postupaju u konkretnom slučaju. Navedena lica moraju da poseduju sertifikate kojima se dokazuje posedovanje znanja iz oblasti

prava deteta i prestupništva mladih. Edukacija ovih lica se obavlja u posebnim odeljenjima u okviru Sektora za maloletničko pravosuđe, a koji je u sastavu Ministarstva pravde i koji je nadležan za organizovanje edukacije i obrazovanja službenih aktera krivičnog postupka koji se vodi prema maloletnim licima.

Od značaja za procenu ličnosti maloletnika, a samim tim i izbor krivične sankcije, jeste uloga socijalnih službi koje aktivno pomažu sudu, tako što mu dostavljaju podatke o porodičnim, socijalnim i drugim prilikama maloletnog lica prema kojem se vodi konkretan postupak. Osim toga, uloga socijalnih službi je od velikog značaja nakon odsluženja krivične sankcije, jer su ove institucije nadležne za pomoć maloletniku prilikom njegovo reintegracije u socijalnu sredinu.

U slučaju da sud maloletnom izvršiocu krivičnog dela izrekne meru zavodskog karaktera, maloletna lica ovu sankciju izdržavaju u ustanovama koje su potpuno fizički odvojene od ustanova u kojima zavodske sankcije izdržavaju punoletna lica. Maloletnici kojima je izrečena mera upućivanja u maloletničku zajednicu upućuju se u tzv. zajednice u kojima su zaposlena lica koja poseduju posebna znanja iz oblasti psihologije, pedagogije ili socijalne politike. Osim što je zaduženo za edukaciju i obučavanje lica koja postupaju u krivičnim postupcima koji se vode prema maloletnim izvršiocima krivičnih dela, Ministarstvo pravde vrši i nadzor nad sprovođenjem postupka, a samim tim i funkcionisanje maloletničkog krivičnog pravosuđa.

Iako sadrži niz specifičnosti, mnoga rešenja propisana italijanskim zakonima kojima je uređeno funkcionisanje maloletničkog krivičnog pravosuđa, veoma su slična rešenjima koja su sadržana u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije iz 2006. godine. Ta sličnost je sasvim logična ukoliko se ima u vidu činjenica da su međunarodni standardi u oblasti maloletničkog krivičnog pravosuđa i prestupništva mladih izvori prava i u jednoj i u drugoj zemlji.

---

**Jelena Šuput, L.L.M**  
Associate Researcher  
Institute of Comparative Law, Belgrade

## **AUTHORITIES IN ITALIAN CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST JUVENILES**

### Summary

Juveniles are a special kind of offenders, considering their biological and psychological characteristics. Therefore, in relation to their punishment in legal theory and practice is accepted a special position. Such an approach is given in the protective model, which is adopted in all modern legal systems. Necessity for different criminal justice treatment of juvenile offenders arose very early, but the special system of sanctions and special courts for them has taken place in the twentieth century. Juveniles' criminal law, as a segment of the Italian criminal law, developed in 1930s, during the reign of fascist, but idea of the establishment of special court for juveniles arose much earlier.

The protective model for juvenile offenders is very expressed in Italian criminal law. In Italy is accepted model of a special court for juveniles the competencies of which are trials in a criminal, civil and administrative cases where one of the participants is a minor person. Italian laws prescribe the mandatory specialization of authorities and subjects involved in the procedure against juvenile offenders, and also stipulates the obligation of including non-judicial bodies.

**Key words:** juveniles, criminal liability, judicial authorities, criminal procedure, specialization of public bodies.



## USAGLAŠENOST ZAKONODAVSTVA U OBLASTI ŽIVOTNE SREDINE U REPUBLICI SRBIJI SA PREPORUKOM EVROPSKE UNIJE O INSPEKCIJSKOM NADZORU

### *Apstrakt*

*Obaveze Republike Srbije u procesu pridruživanja Evropskoj uniji, podrazumevaju usklađivanje nacionalnih propisa, institucionalnih organizacija i radnih praksi sa zahtevima propisanim u EU propisima, pravnim tekovinama EU (acquis communautaire). U prethodnom periodu Republika Srbija je znatno napredovala u transpoziciji pravnih tekovina EU iz oblasti životne sredine i to usvajanjem brojnih sistemskih i sektorskih zakona, na koji način je ovaj značajan proces započet. U državama članicama EU i u našoj državi, inspeksijski organi svojim kontrolama obezbeđuju primenu važećih propisa iz oblasti životne sredine. Preporuka o minimalnim kriterijumima za inspekciju za zaštitu životne sredine u državama članicama EU (RMCEI), zauzima značajnu ulogu u oblasti inspeksijskog nadzora. Tema ovog rada su karakteristike ove Preporuke i usaglašenost inspekcije za zaštitu životne sredine Republike Srbije sa njenim smernicama.*

**Ključne reči:** *Preporuka EU, inspeksijski nadzor, usaglašenost propisa, zaštita životne sredine.*

---

<sup>1</sup> Gradska uprava grada Beograda  
tatjanazivkovic.bgd@gmail.com

<sup>2</sup> Fakultet za menadžment, Sremski Karlovci

## 1. Uvod

Inspeksijski nadzor kao deo upravnog nadzora, u pravnom sistemu svake države, nosi svoje specifičnosti, jer je usmeren isključivo na postupanje i ponašanje nadziranog subjekta u odnosu na zakonom propisane norme. Pojam i značenje inspekcije za zaštitu životne sredine, podrazumeva aktivnosti koje se sastoje u proveravanju i usaglašavanju kontrolisanih postrojenja privrednih subjekata u pogledu ispunjenosti uslova u oblasti životne sredine, praćenja uticaja ovih postrojenja na životnu sredinu. Inspeksijski organi su važan instrument čijim kontrolama se obezbeđuje primena i izvršenja važećih propisa iz oblasti životne sredine, a sve u cilju očuvanja životne sredine<sup>3</sup>. Praksa pravno razvijenih zemalja u obavljanju inspeksijskih poslova u zaštiti životne sredine nije uniformna.<sup>4</sup> Zajedničko u radu ovih službi je njihovo precizno određeno mesto i uloga u ukupnom upravnom nadzoru, čiju pretpostavku čini zaokružena pravna regulativa i jasno utvrđeni procesni postupak, koja rezultuje u efikasnosti obavljanja inspeksijskih poslova.<sup>5</sup>

## 2. Upravni-inspeksijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji

U državama članicama, inspekcija je terminološki različito definisana. U nekim državama je ovaj termin vrlo širok, jer pokriva svaku aktivnost, čiji je cilj da se unapredi usaglašenost industrijskih postrojenja sa životnom sredinom, dok u drugim državama inspekcija ima veoma uski pristup, samo direktno kontrolisanje postrojenja. Ova različitost u tumačenju inspekcije u državama članicama Evropske unije (EU) je uzrokovala donošenje određenih pravila za inspeksijsku kontrolu u oblasti životne sredine<sup>6</sup>.

Tako, Preporuka o minimalnim kriterijumima za inspekciju za zaštitu životne sredine u državama članicama EU (RMCEI)<sup>7</sup> iako nije

<sup>3</sup> T. Živković, „Pojam inspeksijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, 296-309.

<sup>4</sup> T. Živković, I. Vavić, Đ. Jovanović, „Analiza procesa usaglašavanja zakonodavstva Republike Srbije sa zakonodavstvom EU u oblasti životne sredine“, *Zbornik „Životna sredina i menadžment“*, Fakultet za menadžment, Sremski Karlovci, 2013, 49-62.

<sup>5</sup> T. Živković, I. Vavić, Đ. Jovanović, „Inspeksijska kontrola i izveštavanje u oblasti životne sredine – primer grada Beograda“, *Zbornik Eko-justus I, Pravo i životna sredina*, Beograd, 2008, 192-199.

<sup>6</sup> I. Vavić, T. Živković, Đ. Jovanović, „Usporedna analiza organizacije sistema upravljanja životnom sredinom u EU i Srbiji“, *Zbornik „Životna sredina i menadžment“*, Fakultet za menadžment, Sremski Karlovci 2013, 62-77.

<sup>7</sup> RMCEI 2001/331/EC Recommendation of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 providing for minimum criteria for environmental inspections in the Member States (2001/331/EC).

pravno obavezujuća, zauzima važnu ulogu u ovoj oblasti u pogledu inspeksijskog nadzora. Ovu Preporuku, koju su usvojili Evropski parlament i Savet EU imala je svoj put čiji početak datira od 1997. godine. Savet EU je te godine, prilikom razmatranja vezanih za izradu, sprovođenje i kontrolu sprovođenja zakona u oblasti životne sredine Evropske zajednice, pozvao Evropsku komisiju da izradi predlog o minimalnim kriterijumima i smernicama za zadatke inspekcije koji se vrše na nivou država članica EU, jer se došlo do zaključka da postoji široko neslaganje u pogledu inspeksijskog sistema. Pored toga predmet ovog predloga je bio i mogući način za nadgledanje primene zakona u praksi od strane država članica EU, kako bi se osigurala ravnomerna primena u praksi i kontrola sprovođenja zakona u oblasti životne sredine. Različiti sistemi i prakse inspekcije koje su već postojale u državama članicama EU, nisu zamenjene sistemom inspekcije na nivou EZ. Imajući u vidu da u oblasti životne sredine, zakonodavstvo EU obavezuje države da primenjuju uslove vezane za određene emisije, ispuštanje otpadnih voda, drugih aktivnosti koje imaju uticaja na životnu sredinu, kao i da se od država članica EU očekivalo da zadrže odgovornosti vezane za zadatke inspekcije za zaštitu životne sredine, 2001. godine dovelo je do usvajanja ove Preporuke.

### 3. Karakter Preporuke Evropske unije (RMCEI)

Svrha Preporuke o minimalnim kriterijumima za inspekciju za zaštitu životne sredine u državama članicama EU je da pojača usaglašenost i da doprinese doslednijoj implementaciji i sprovođenju zakona o zaštiti životne sredine u svim državama članicama. Odredbe preporuke, kao što je naglašeno, daju neobavezujuće smernice za inspeksijski nadzor koje su usmerene na instalacije i postrojenja preduzeća, čije emisije u vazduh, vodu ili aktivnosti odlaganja, prerade i ponovnog iskorišćavanja otpada, podležu izdavanju odobrenja, dozvola i licenci u skladu sa zakonima EU-takozvane „kontrolisane instalacije“. U svim državama članicama EU svi organi inspekcije trebalo bi da postupaju prema smernicama datim u ovoj Preporici. Imajući u vidu temu ovog rada, naredno izlaganje odnosi se na osnovne karakteristike, obeležja predmetne Preporuke.

Prema odredbama ovog dokumenta koji sadrži ukupno šest poglavlja-odeljka, inspekcija ima aktivnosti koje obavezno, a između ostalog podrazumeva i:<sup>8</sup>

<sup>8</sup> II deo (poglavlje) član 2. stav 1. tač. a, b, c, Preporuke, op. cit.

- proveru da li su usaglašeni uslovi zaštite životne sredine kod kontrolisanih instalacija postrojenja sa relevantnim uslovima zaštite životne sredine koje određuje zakonodavstvo EZ i u skladu sa tim, kako su ovi uslovi transponovani u nacionalno zakonodavstvo ili se primenjuje u praksi;
- monitoring uticaja kontrolisanih instalacija na životnu sredinu kako bi se utvrdilo da li je potrebno sprovođenje daljih aktivnosti inspekcije u vidu preduzimanja daljih mera (uključujući izdavanje, izmene ili oduzimanje odobrenja, dozvola ili licenci za rad) i na taj način se osigurala usaglašenost sa pravnim zahtevima EZ;
- vršenja aktivnosti u prethodno navedene svrhe, uključujući inspeksijski nadzor na određenim lokacijama, monitoring postizanja standarda kvaliteta životne sredine, razmatranje inspeksijskih izveštaja i izjava u oblasti životne sredine, kao i razmatranje i verifikacija self monitoringa izvršenog od strane operatera, ili u njegovo ime, procenu aktivnosti ili operacija koje se vrše u kontrolisanoj instalaciji ili postrojenju;
- provera prostora i relevantne opreme (uključujući adekvatnost održavanja) kao i adekvatnost upravljanja zaštitom životne sredine na lokaciji;
- provera relevantne evidencije koju vodi operater kontrolisanih instalacija.

Dalje, inspeksijski nadzori mogu biti redovni, odnosno vršeni kao deo planiranog programa inspekcije, ili vanredni, odnosno vršeni kao odgovor na prijave, u vezi sa izdavanjem, obnavljanjem ili izmenama odobrenja, dozvola ili licenci, ili prilikom istraživanja udesa, akcidenta i slučajeva neusaglašenosti sa zakonom.<sup>9</sup> Inspeksijski nadzor u oblasti životne sredine može da vrši bilo koji državni organ na nacionalnom, regionalnom ili lokalnom nivou, a koji je odredila ili postavila država članica EU, a u isto vreme organ koji je odgovoran za pitanja koja obuhvata RMCEI. U vezi sa inspeksijskim nadzorom, državni organi mogu delegirati bilo koju javnu ili privatnu instituciju, pod uslovom da one nemaju ličnog interesa u vezi sa ishodom inspeksijskog nadzora koji vrši.

Inače, svi inspeksijski nadzori se planiraju unapred, tako što se za svaki period izrađuje plan inspekcije, koji obuhvata celokupnu teritoriju države članice EU i sve kontrolisane instalacije, postrojenja.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> III deo (poglavlje), član 3. Preporuke, op. cit.

<sup>10</sup> IV deo (poglavlje), član 1 i 2. Preporuke, op. cit.

Plan se zasniva na:<sup>11</sup>

- uslovima koje je propisala EZ sa kojima treba postići usaglašenost;
- registru kontrolisanih instalacija obuhvaćenih planom;
- opštoj proceni najbitnijih pitanja životne sredine u toj oblasti, kao i na opštoj proceni usaglašenosti kontrolisanih instalacija, postrojenja sa zakonskim uslovima EU;
- podacima o prethodnim aktivnostima inspekcije i podacima prikupljenim tokom vršenja tih inspekcija.

Plan predviđa, uzima u obzir rizike i uticaj instalacija na životnu sredinu i sve raspoložive relevantne informacije o kontrolisanim instalacijama, kao što su izveštaj operatera, podaci o self monitoringu, informacije o kontrolama i izjavama u oblasti životne sredine, kao i rezultate prethodnih inspeksijskih nadzora.<sup>12</sup>

Plan inspekcije obavezno se sastoji iz sledećih elemenata:<sup>13</sup>

- definiše obuhvaćenu geografsku oblast, za celokupnu teritoriju države članice EU ili za deo njene teritorije;
- definiše obuhvaćeni vremenski period, obično jednu godinu;
- sadrži određene odredbe o revidiranju plana;
- identifikuje određene lokacije ili vrstu obuhvaćenih nadzora, uzimajući u obzir rizike po životnu sredinu;
- sadrži učestalost poseta lokaciji za različite vrste kontrolisanih instalacija ili za određene kontrolisane instalacije;
- obezbeđuje procedure za vanredne inspeksijske nadzore u oblasti zaštite životne sredine u slučaju prijave, udesa, akcidenta i slučajeva neusaglašenosti, kao i svrhe izdavanja dozvole;
- omogućava koordinaciju između različitih inspeksijskih organa, ukoliko je to potrebno.

U skladu sa Arhuskom konvencijom<sup>14</sup> plan inspekcije dostupan

---

<sup>11</sup> IV deo (poglavlje), član 3. stav. 1.tač. a, b, c, d, Preporuke, op. cit.

<sup>12</sup> IV deo (poglavlje), član 4. stav 1.tač. a, b, Preporuke, op. cit.

<sup>13</sup> IV deo (poglavlje), član 5. stav 1. tač. a, b, c, d, e, f, g, Preporuke, op. cit.

<sup>14</sup> Convencion on Access to Information, Publik Participation in Decision – Making and Access to Justice in Environmental Matters, UN ECE Fourt Ministerial Conference „Environment for Europe,“ Arhus, Denmark, 1998,

Arhuska konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i dostupnosti pravosuđa u vezi sa pitanjima koja se tiču životne sredine usvojena je 25. juna 1998. godine na četvrtoj ministarskoj konferenciji „Životna sredina za Evropu“, održanoj u Danskom gradu Arhusu, pod pokroviteljstvom Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu (UN / ECE).

je javnosti. Direktiva 90/313/EEC<sup>15</sup> o slobodi pristupa informacijama o životnoj sredine je zamenjena Direktivom 2003/4/EC<sup>16</sup> po kojoj svaki podnosilac zahteva može da zatraži informacije o životnoj sredini kojima raspolažu organi vlasti, bez neophodnog obrazloženja zašto su mu potrebne. Pružanje ovih informacija može se maksimalno odložiti za mesec, odnosno dva meseca, ali samo pod uslovom da se radi o izuzetno složenom i obimnom predmetu. Mogući razlozi za odbijanje ovakvog zahteva su veoma retki, s obzirom da se u prvi plan stavlja javni interes, koji podrazumeva i informacije vezane za životnu sredinu.<sup>17</sup> Odredbe nove Direktive podrazumevaju da dostupnost informacijama treba da bude jeftina u pogledu upravnih i sudskih poslova, da postoje planovi koji omogućavaju uvid javnosti kao i brzinu pružanja informacija.

Obilazak, odnosno inspeksijski nadzor određenoj lokaciji, predstavlja najbitniju komponentu aktivnosti inspekcije za zaštitu životne sredine, a države članice EU staraju se da primenjuju sledeće kriterijume:<sup>18</sup>

- odgovarajuće provere usaglašenosti sa zakonskim uslovima EU relevantnim za dati inspeksijski nadzor;
- međusobnu razmenu informacija o aktivnostima i u najvećoj meri koordinaciju poseta, kontrola lokaciji sa radom drugih inspekcija u oblasti zaštite životne sredine, ako postoji potreba da nadzor vrši više inspeksijskih organa;
- nalaze sa obilazaka, kontrole lokacija treba da se unose u izveštaje i ukoliko je to potrebno, vršiti razmenu podataka sa relevantnim organima inspekcije i drugim nacionalnim, regionalnim ili lokalnim organima;
- inspektori ili druga ovlašćena službena lica koja vrše posete lokaciji imaju zakonsko pravo pristupa lokaciji i informacijama u cilju vršenja inspeksijskog nadzora u oblasti zaštite životne sredine.

U pogledu dodatnih kriterijuma koje inspeksijski organi država članica EU primenjuju prilikom redovnih inspeksijskih nadzora, su sledeći:<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment.

<sup>16</sup> Directive 2003/4/EC of the European Parliament and the Council of 28 January 2003 on public access to environmental and repealing Council Directive 90/313/EEC.

<sup>17</sup> VI deo (poglavlje), član 2. Preporuke, op. cit.

<sup>18</sup> V deo (poglavlje), član, 1. stav. 1 tač. a, b, c, d, Preporuke, op. cit.

<sup>19</sup> V deo (poglavlje), član 2. tač. a, b c, Preporuke, op. cit.

- ispitivanje svih relevantnih uticaja na životnu sredinu u skladu sa primenjenim zakonskim uslovima EU, sa programima inspekcije za zaštitu životne sredine i sa organizacionim sistemom inspekcijskog organa;
- podsticanje i unapređenje znanja i razumevanje operatera u vezi sa relevantnim pravnim uslovima EU i osetljivim pitanjima u oblasti životne sredine, kao i u vezi sa uticajem na životnu sredinu koji proističe iz obavljanja aktivnosti;
- razmatranje rizika i uticaja kontrolisanih instalacija na životnu sredinu kako bi se izvršila procena efektivnosti postojećih uslova vezanih za odobrenje, dozvole ili licence i kako bi se procenila neophodnost poboljšanja ili drugih izmena tih uslova.

Što se tiče vanrednih obilazaka, odnosno kontrola na određenoj lokaciji, vrše se pod sledećim okolnostima:<sup>20</sup>

- istraživanja vezana za ozbiljne prijave (žalbe) u oblasti životne sredine u što je moguće kraćem roku, nakon što nadležni organ primi takvu prijavu;
- istraživanja ozbiljnih udesa, akcidenata i slučajeva neusaglašenosti, odnosno pojave nepoštovanja zakona u oblasti zaštite životne sredine, u što je moguće kraćem roku nakon što inspekcijски organ primi obaveštenje o tome;
- izdavanje prvog odobrenja, dozvole ili licence za proces ili aktivnost i kontrolisanoj instalaciji ili predloženoj lokaciji ili osiguravanje usaglašenosti sa uslovima iz odobrenja, dozvola ili licenci nakon izdavanja, a pre početka obavljanja aktivnosti;
- ponovno izdavanje, obnavljanje ili izmena odobrenja, dozvola ili licenci.

Na osnovu obilazaka nalazi bi morali da budu sadržani u izveštajima, odnosno da se upisuju u bazu podataka. Neophodan je potpun izveštaj, a ukoliko to nije moguće, onda treba da se signalizira da postoji problem.<sup>21</sup> U vezi sa inspekcijском strukturom, sve države članice su u obavezi da daju podatke o kadrovskim i drugim resursima inspekcijских organa. U ove podatke spadaju i uloga inspekcije u uspostavljanju planova kontrole, zbirni podaci o izvršenim inspekcijским kontrolama, stepen usaglašenosti sa zahtevom Evropske komisije, akcije koje su preduzete zbog prijave, udesa, akcidenata i nepoštovanja zakona.

<sup>20</sup> V deo (poglavlje), član 3. a, b, c, d, Preporuke, op. cit.

<sup>21</sup> VI deo (poglavlje), član 1. Preporuke, op. cit.

#### 4. EU Regulatoriva u oblasti inspeksijskog nadzora

Definicije vezane za inspeksijsku kontrolu u oblasti zaštite životne sredine u državama članicama, bi trebalo da se pojašne, jer kako je naglašeno praksa pravno razvijenih zemalja u obavljanju inspeksijskih poslova u zaštiti životne sredine nije uniformna. Zbog ovih različitosti u tumačenju inspekcije, Preporuka o minimalnim kriterijumima za inspekciju za zaštitu životne sredine EU predstavlja generalni okvir za inspekciju za zaštitu životne sredine u državama članicama, čije smernice bi trebalo da se implemetiraju u nacionalna zakonodavstva.

Na taj način se ostvaruje postavljeni cilj Preporuke, koji sadrži smernice za planiranje, izvođenje, praćenje i izveštavanje o ekološkoj inspekciji. Samim tim se ojačava u okviru EU usklađenost ekološkog prava i daje doprinos kontinuiranoj implementaciji i sprovođenju ovog prava unutar država članica. Pored toga, stvaraju se uslovi za dalji razvoj kriterijuma za planiranje inspekcije, koje podrazumeva maksimalno pojednostavljenje izveštavanja, čime se omogućava poređenje rezultata i ocene uspešnosti izvođenja inspeksijske kontrole.

U prilog ovim konstatacijama, neizostavno je naglasiti da je do sada, RMCI iako ima neobavezujući karakter, izvršila jak uticaj na zakonske odredbe koje regulišu postupanje „ekološke” inspekcije u sektorskim delovima zaštite životne sredine u EU. U prilog ovoj činjenici navode se Direktive koje regulišu vršenje inspeksijskog nadzora u ovoj oblasti:

- Direktiva 2012/18EU o kontroli velikih hazardnih nesreća koje uključuju opasne supstance, gde je članom 20. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>22</sup>
- Direktiva 2012/19EU o električnom otpadu i elektronskoj opremi (WEEE), gde je članom 23. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>23</sup>
- Direktiva 2010/75EU o industrijskim emisijama, gde je članom 23. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>24</sup>
- Direktiva 2010/63EU o zaštiti životinja koje se koriste u naučne svrhe, gde je članovima 34. i 35. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Directive 2012/18/EU on the control of major-accident hazards involving dangerous substances

<sup>23</sup> Directive 2012/19/EU on waste electrical and electronic equipment (WEEE)

<sup>24</sup> Directive 2010/75/EU on industrial emissions

<sup>25</sup> Directive 2010/63/EU on the protection of animals used for scientific purposes

- Direktiva 1999/31/EU o deponiji otpada, gde je članovima 11. do 13. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>26</sup>
- Direktiva 2009/31/EC o geološkom skladištenju ugljen dioksida, gde je članom 15. utvrđen inspeksijski nadzor;<sup>27</sup>
- Uredba (EC) Br.1005/2009 o supstancama koje štete ozonskom omotaču, gde je članom 28. utvrđen inspeksijski nadzor.<sup>28</sup>

Zajedničke karakteristike u navedenim Direktivama, iako regulišu različite sektorske delove zaštite životne sredine, odnose se na podatak da su ispoštovani, odnosno ispunjeni ciljevi Preporuke, koji se ogledaju u usvojenim smernicama za planiranje, izvođenje, praćenje i izveštavanje inspekcije za zaštitu životne sredine.

## 5. Zakonodavna regulativa Inspekcije za zaštitu životne sredine u Republici Srbiji

Pitanja prava na zdravu životnu sredinu, dostupnost informacija, učešće javnosti u donošenju odluka i dostupnosti pravosuđa u vezi sa pitanjima koja se tiču životne sredine spadaju u jedno od osnovnih prava u EU. Kao takvo, ono je kod nas definisano Ustavom Republike Srbije<sup>29</sup> i drugim propisima.<sup>30</sup>

Inspekcija za zaštitu životne sredine u Republici Srbiji, na osnovu postojećih zakona, sigurno zauzima veoma značajno mesto u pogledu primene i sprovođenja svih propisa iz oblasti zaštite životne sredine. S tim u vezi potrebno je, bez obzira na neobavezujući karakter Preporuke EU, oceniti u kojoj meri je domaće zakonodavstvo u pogledu inspeksijskog

---

<sup>26</sup> Directive 1999/31/EC on the landfill of waste

<sup>27</sup> Directive 2009/31/EC on the geological storage of carbon dioxide

<sup>28</sup> Regulation (EC) No 1005/2009 on substances that deplete the ozone layer

<sup>29</sup> Odbredbama člana 74. Ustava Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/06, definisano je da svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obavještanje o njenom stanju, da je svako, a posebno Republika Srbija i autonomna pokrajina, odgovoran za zaštitu životne sredine, kao i to da je svako dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu.

<sup>30</sup> Narodna skupština Republike Srbije usvojila je Zakon o potvrđivanju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (ratifikovana Arhuska konvencija) 12. maja 2009. godine, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 38/09; Đ. Jovanović, „Zakoni iz oblasti zaštite životne sredine u Republici Srbiji“, *Poslovna politika časopis „Kvalitet“*, br. 9-10, Beograd, 2009.

nadzora usaglašeno sa ovim dokumentom. Tako je važno naglasiti da su smernice ove Preporuke u značajnoj meri poštovane u smislu ispunjenosti minimalnih zahteva, jer su implementirane u pozitivnim propisima kojima je regulisan inspeksijski nadzor u oblasti zaštite životne sredine.

Međutim, ako su polazne tačke u ovoj oceni ovlašćenja inspektora, potrebno ih je u kratkim crtama analizirati. Inspeksijska ovlašćenja su svakako jedan od najznačajnijih elemenata inspeksijskog nadzora. Između ostalog, predstavljaju skup mera i aktivnosti inspeksijskih organa kojima se utiče na rad i postupanje, ponašanje nadziranih subjekata<sup>31</sup>. Kao takva, inspeksijska ovlašćenja predstavljaju i izvesnu sposobnost inspektora da utiču na aktivnosti nadziranih subjekata u cilju usklađivanja njihovog rada i postupanja prema važećim propisima.<sup>32</sup> Primenjuju se u trećoj fazi nadzornog procesa, u intervenciji inspekcije, odnosno koriste se samo u slučajevima kada se u postupku inspeksijskog nadzora utvrde nepravilnosti u radu i postupanju nadziranog subjekta.<sup>33</sup> Dalje, ova ovlašćenja su obligatornog, odnosno obaveznog karaktera, a ne fakultativnog. To znači da kada inspektor utvrdi povrede zakona ili drugog propisa, dužan je da koristi data ovlašćenja i ne može ocenjivati da li će ih upotrebiti ili ne. U vezi sa tim, svi materijalni propisi u ovoj oblasti svojim odredbama regulišu inspeksijski nadzor kao vid upravnog nadzora.<sup>34</sup> Međutim, ovlašćenja koja su propisana ovim zakonima nisu dovoljna, kompletna u smislu sprovođenja, inače složenog upravnog postupka.

<sup>31</sup> T. Živković, I. Vavić, Đ. Jovanović, „Zaštita životne sredine i analiza uloge inspekcije na nivou lokalne samouprave“, *Poslovna politika, časopis „Kvalitet“*, br. 9-10, Beograd, 2008, 154.

<sup>32</sup> I. Vavić, T. Živković, Đ. Jovanović, „Inspeksijski nadzor termoenergetskih objekata sa aspekta zaštite životne sredine“, *Poslovna politika, časopis „Kvalitet“*, vol.19, Beograd, 2009.

<sup>33</sup> T. Živković, I. Vavić, Đ. Jovanović, „Nadležnost organa lokalne samouprave u oblasti zaštite životne sredine-primer grada Beograda“, *Kvalitet i izvrsnost*, br. 1-2, Beograd, 2012, 96

<sup>34</sup> Zakon o zaštiti životne sredine, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 72/09, 43/11; Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine, *Službeni glasnik RS*, br. 135/04; Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu, *Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 88/10; Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, *Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 36/09; Zakon o upravljanju otpadom, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10; Zakon o ambalaži i ambalažnom otpadu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09; Zakon o zaštiti od nejonizujućih zračenja, *Službeni glasnik RS*, br.36/09; Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 93/12; Zakon o hemikalijama, *Službeni glasnik RS*, br.36/09 i 88/10, 92/11, 93/12; Zakon o biocidnim proizvodima, *Službeni glasnik RS*, br.36/09, 88/10; Zakon o zaštiti vazduha, *Službeni glasnik RS* br.36/09; Zakon o zaštiti od buke u životnoj sredini, *Službeni glasnik RS*, br.36/09, 88/10; Zakon o zaštiti prirode, *Službeni glasnik RS*, br.36/09, 88/10; Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda, *Službeni glasnik RS*, br.36/09, 88/10; Zakon o vodama, *Službeni glasnik RS* br. 30/10 i dr.

S druge strane, opšti-generalni propisi Zakon o državnoj upravi (ZODU)<sup>35</sup> i Zakon o opštem upravnom postupku (ZUP),<sup>36</sup> kojima je regulisan rad državnih organa uprave i pokretanje, vođenje i okončanje upravnog postupka, propisuju inspekcijski nadzor kao vid upravnog nadzora, ali svojim odredbama takođe ne daju dovoljna ovlašćenja za inspekcije. Ovo se naročito odnosi na posebne odredbe o inspekcijskom nadzoru,<sup>37</sup> kao i na pravila o upravnom izvršenju upravnih akata.<sup>38</sup> Samo trajanje i kompleksnost izvršnog u okviru upravnog postupka, manifestuje se veoma retkim izvršenjima, slobodno se može reći neizvršenjima upravnih stvari.

## 6. Komentar

Treba podsetiti da inspekcijski organi kojima su povereni poslovi nadzora, sprovode upravni postupak tako što primenju propise na konkretne slučajeve iz prakse. Opšti cilj postupka je da se formuliše kako glasi tzv. „objektivno pravo u odnosu na pojedinačan slučaj“. Kao drugi, poseban cilj koji se ostvaruje u upravnom postupku je ostvarivanje i zaštita pojedinačnog interesa, u granicama objektivnog prava. Zato se postavlja pitanje: „Da li inspekcija u odnosu na postojeća ovlašćenja prema opštim zakonima, može da ostvari cilj i zadatak upravnog postupka?“ Ako se vratimo na jednu od definicija da je: „Upravni postupak pravni put autoritativnog odlučivanja u upravnoj stvari, u datom nespornom životnom slučaju u koji je utkan i javni interes“,<sup>39</sup> odgovor na postavljeno pitanje je negativan.

Inspekcijski organi u odnosu na postojeću zakonodavnu regulativu, kojom je u značajnoj meri postignuta i implementacija propisa EU iz oblasti životne sredine, bi trebalo da sprovode sve pozitivne propise u ovoj oblasti i na taj način opravdaju svrhu inspekcijskog nadzora. Prema gore navedenom, postoji opravdana sumnja da se inspekcijski nadzor ne može kompletno sprovoditi prema domaćem zakonodavstvu.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Zakon o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 20/92, 6/93-odluka USRS, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94, 49/99, 79/05, 101/05 i 87/11.

<sup>36</sup> Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01, *Službeni glasnik RS*, br. 30/10.

<sup>37</sup> Ove odredbe nisu menjane od 1992. godine kada je donet osnovni Zakon o državnoj upravi, op. cit. iako je do danas pretrpeo ukupno deset izmena i dopuna.

<sup>38</sup> Čl. 261- 283 ZUP

<sup>39</sup> Z. Tomić, V. Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova*, *Službeni list SRJ*, Beograd, 1999, 8.

<sup>40</sup> I. Vavić, T. Živković, Đ. Jovanović (2013), 62-77

Naime, u odnosu na postojeća, navedena inspeksijska ovlašćenja prema različitim osnovama koja ih utvrđuju, kako propisima opšteg karaktera, tako i materijalnim propisima, jasno je da se upravni postupak ne može kompletno, do kraja sprovesti. Na taj način teško se može opravdati svrha inspeksijskog nadzora kao vrste upravnog nadzora prilikom sprovođenja upravnog postupka. Zato bi trebalo da postojeća inspeksijska ovlašćenja budu šira. Naime, bez obzira na mnogobrojna opšta ovlašćenja koja su se stekla u inspektoratu i njegovom kvalitetu, stručnosti, vođenje celokupnog postupka od strane jedne osobe, procesno, ne može u svakom pojedinačnom slučaju da zadovolji toliko tražene kvalitete postupka u pogledu zakonitosti i efikasnosti obavljenog posla.<sup>41</sup> Ako se uzme u obzir da ovakvu vrstu ovlašćenja i nema, kao najbolje rešenje za kompletno sprovođenje postupka inspeksijskog nadzora, potrebno je doneti poseban zakon procesne prirode, kao osnovu za inspeksijsku proceduru i metodologiju rada.<sup>42</sup> Kao što je rečeno odredbe postojećih Zakona o državnoj upravi i Zakona o opštem upravnom postupku, nisu dovoljne za očekivano sprovođenje ovih upravnih mera. Podsećanja radi, donošenje Zakona o inspeksijskom nadzoru propisano je pre tri godine Zakonom o državnoj upravi,<sup>43</sup> ali još uvek nije ni u nacrtu. Šta više, najnovijom izmenom navedenog zakona iz 2011. godine odredbe koje regulišu inspeksijski nadzor se prepisuju iz davno donetog osnovnog zakona iz 1992. godine, koji inače prestaje da važi, izuzev upravo posebnih odredaba o inspeksijskom nadzoru (članovi 22-37.), koje ostaju na snazi.

U oblasti životne sredine proces evropske integracije Republike Srbije, označava ne samo njeno približavanje članstvu u Evropsku uniju u smislu preduzimanja formalnih koraka, već i ulaženje u reformski proces<sup>44</sup> po modelu koji nudi ova regionalna integracija.<sup>45</sup> Ovaj proces podrazumeva najpre, neminovno unošenje standarda EU u nacionalno zakonodavstvo, koje dalje zahteva pojačani vid kontrole sprovođenja zakona ali i svih drugih standarda (ISO 14001 i dr.),<sup>46</sup> kao i stvaranje

---

<sup>41</sup> I. Vavić, T. Živković, Đ. Jovanović, „Inspeksijski nadzor (kontrola) sa aspekta zaštite životne sredine u pravnom sistemu životne sredine“, *Zbornik Eko-justus I, Pravo i životna sredina*, Beograd, 2008, 131-136.

<sup>42</sup> T. Živković (2011), 296-309.

<sup>43</sup> Član 18 stav 2. Zakona

<sup>44</sup> Đ. Jovanović, M. Bajac, D. Radović, M. Matavulj, D. Antonović, „Attitude towards the environment in the context of the strategic development of system of values in Serbia“, *Ecologica*, 2013, vol. 20, iss. 71, 375-380.

<sup>45</sup> Đ. Jovanović, „Društvena odgovornost i EU integracija Srbije“, *Kvalitet i izvrsnost*, Beograd, 2012, vol. 1, br. 1-2, 36-41.

<sup>46</sup> Đ. Jovanović, D. Stokić, M. Matavulj, S. Igić, „Strategic importance of development of ISO 14000 standards in Republic of Serbia“, *Ecologica*, 2013, vol. 20, iss. 72, 637-643.

novih posebnih institucija koje će se baviti nadgledanjem pravilne implementacije novousvojenih pravila, kako na državnom, centralnom nivou, tako i na lokalnom nivou i nivou samih organizacija.<sup>47</sup> Na kraju, sve ovo podrazumeva prihvatanje sistema vrednosti koji važi u zemljama EU.<sup>48</sup> Budući da je Republika Srbija država kandidat, odnosno da se nalazi u procesu pregovora sa EU, treba podvući da je do datuma pristupanja, u obavezi usvajanja zakonodavstva EU u oblasti životne sredine, kao i da je u obavezi da njegovu primenu završi u roku od oko 10 godina.

## 7. Zaključak

Kao deo upravnog nadzora, inspeksijski nadzor u pravnom sistemu svake države, nosi svoje specifičnosti. Usmeren je isključivo na postupanje i ponašanje nadziranog subjekta u odnosu na zakonom propisane norme. Sa druge strane, kao organ uprave, inspekcija za zaštitu životne sredine treba da ima značajno šira ovlašćenja, koja podrazumevaju bolju organizaciju u vršenju nadzora nad poštovanjem važećih i budućih propisa iz oblasti životne sredine. Ovaj proces podrazumeva efikasniji rad inspekcije, koji u sebi sadrži i ispunjenje svih zahtevanih kriterijumima postavljenih u Preporuci EU o inspeksijskom nadzoru.

U nacionalnom zakonodavstvu, potrebno je proširiti postojeća inspeksijska ovlašćenja, jer u odnosu na propise koji su na snazi, (kojima je u značajnoj meri postignuta i implementacija propisa EU iz oblasti životne sredine), inspeksijski organi bi trebalo da sprovode sve pozitivne propise u ovoj oblasti i na taj način opravdaju svrhu inspeksijskog nadzora.

Prema svemu napred navedenom, postoji opravdana sumnja da se inspeksijski nadzor ne može dosledno i kompletno sprovesti prema domaćem zakonodavstvu. Kao najbolje rešenje za sprovođenje postupka inspeksijskog nadzora, potrebno je doneti poseban zakon procesne prirode, kao osnovu za inspeksijsku proceduru i metodologiju rada.

---

<sup>47</sup> Đ. Jovanović, I. Vavić, T. Živković, „Poslovanje usaglašeno sa zakonima iz oblasti životne sredine kao neophodni preduslov za dobijanje i održanje sertifikata ISO 14001“, Nedelja kvaliteta 2010, Beograd, 3-5 marta, *Kvalitet*, vol. 20, br. 1-2, 110-115; Lj. Brdarević, Đ. Jovanović, „Razvoj i primena koncepta javno-privatnog partnerstva u Republici Srbiji“, *Kvalitet i izvrsnost*, 2012, vol. 1, br. 1-2, 106-109.

<sup>48</sup> Đ. Jovanović, M. Bajac, „Odnos prema životnoj sredini kao deo sistema vrednosti u Srbiji“, *Kvalitet*, Beograd, 2010, vol. 20, iss. 9-10, 78-82.

**Tatjana Živković, Ph.D**

City Administration, Belgrade

**Assistant Prof. Đorđe Jovanović, Ph.D**

Faculty of Management, Sremski Karlovci

## **HARMONIZATION OF ENVIRONMENT LEGISLATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH EU RECOMMENDATION OF INSPECTION CONTROL**

### Summary

Republic of Serbia's obligations in process of joining European Union include harmonizing national regulations, institutions and operational practices with the requirements in the EU, legal inheritance of EU (*acquis communautaire*). Republic of Serbia, in the previous period, significantly improved its position in the transposition of legal inheritance of EU within environmental field and this significant process was initiated by the adoption of a number of systematic laws and laws within field. In the EU states and our country, authorities in charge of inspection ensure the implementation of existing regulations in the area of environment. Recommendation of the minimal criteria for the ecological inspection in the EU countries (RMCEI) takes significant role in the area of supervision. Subject of this thesis are features of this Recommendation and harmonizing of Republic of Serbia ecological inspections with its directives.

**Key words:** Recommendation EU, supervision, harmonization, environmental protection.

## ДОМЕН ПРИМЕНЕ ПРАВА НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

### *Апстракт*

*Право на поштовање породичног живота гарантовано је комплексним чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Значење израза „породични живот” је врло тешко прецизно одредити, али је Европски суд за људска права у Стразбуру у својим пресудама створио одређене критеријуме, па се може рећи да је пракса овог Суда у ствари и обликовала овај појам. Од околности сваког појединог случаја зависиће у којој ће мери подносилац представке моћи да се позове на заштиту права на породични живот. При том, како је у раду и приказано, породични живот не пружа заштиту само породицама које се заснивају на браку, већ и другим de facto заједницама, које се испољавају кроз зајенички живот или на други начин. Домен примене права на породични живот приказан је у овом раду кроз релевантну праксу Европског суда за људска права.*

**Кључне речи:** *право на породични живот, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права.*

### 1. Увод

Идеја земаља Европе о успостављању јединствене заштите људских права и основних слобода правно је уобличена чином доношења Европске конвенције о заштити људских права и

---

<sup>1</sup> студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Крагујевцу,  
mail: sanda\_bdt@yahoo.com

основних слобода.<sup>2</sup> Циљ Конвенције није да замени национални систем којим се гарантују права човека, већ да се она осигурају колективним гаранцијама на међународном плану. Механизам колективне наднационалне контроле функционише само као допунски. Оригиналноста овог система је у томе што успоставља једну врсту европског устава, санкционисаног од стране једног суда, који је близак уставном суду.<sup>3</sup> Овом кодификацијом отпочела је правна стандардизација на европском тлу, која се одвија у складу са Универзалном декларацијом о људским правима.

## 2. Појам породичног живота

Право на поштовање породичног живота саставни је део комплексног чл. 8 Конвенције и има веома широк домен примене, који покрива различите аспекте људског живота.<sup>4</sup> У основи, право на породични живот подразумева право појединаца да живе заједно и да развијају међусобне односе. Међутим, заједнички живот није услов *sine qua non* појма породичног живота, јер несумњиво је да породични живот постоји и међу члановима породице који живе одвојено. Неодређеност појма „породица“ у Конвенцији даје овом инструменту довољну пластичност да би се могао применити у различитим ситуацијама (успостављање порекла, одржавање личних односа, чување и подизање деце, транссексуализам, хомосексуалне

<sup>2</sup> Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција) је међународни уговор потписан је у Риму 1950. године. Представља инструмент који регулише поступак пред Европским судом за људска права (у даљем тексту Суд), који је као стални орган Савета Европе са седиштем у Стразбуру, основан у циљу заштите људских права која су гарантована Конвенцијом. Србија је постала чланица Савета Европе априла месеца 2003. године у време постојања Државне заједнице Србија и Црна Гора, када је Конвенција и ратификована-Закон о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода („Службени лист Србије и Црне Горе-Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005). После референдума 3. јуна 2006. године, Црна Гора је прогласила независност од Државне заједнице Србија и Црна Гора, када је Србија постала правни следбеник Државне заједнице и искључива страна уговорница у поступцима пред Судом. На тај начин је Конвенција постала део унутрашњег правног поретка Србије, а грађани могу непосредно да упућују појединачне представке у којима се позивају на кршење права из Конвенције.

<sup>3</sup> Вид. З. Поњавић, *Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*, Правни живот, бр.9/2003, 823.

<sup>4</sup> Чл. 8 Конвенције гласи:

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нередова или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

заједнице, итд.).<sup>5</sup> Наведеним правом се штите блиске личне везе једног лица са другима од мешања државних власти. Државна интервенција има своје оправдање у случајевима када су повређена или угрожена породична права одређених чланова породице.<sup>6</sup>

Породични живот је сложена категорија коју чине емоционалне, интелектуалне и животне везе. Стабилност ових веза је потребно посебно штитити као људско право. Разумевање овог права захтева претходно разјашњење низа других питања.<sup>7</sup> Тако је одређивање појма породице од круцијалног значаја и постоји дилема које се особе сматрају „њеним“ члановима? Породични односи се врло брзо развијају и појављују се нови облици породичног живота који су непознати у ранијим историјским периодима. Они би остали ван појма породице уколико би дефиниција породице одређивала ко чини њене чланове. При том се сматра да би у дефиницију породице ушли само „традиционални“ породични односи, док би „нетрадиционални“ односи (вабрачна заједница, хомосексуалне везе, непотпуне породице, реорганизоване породице и сл.) који постају све чешћи, остали изван овог оквира, јер је у крајњем случају и немогуће предвидети све. Зато се може рећи да је породица имала и има различите облике и да се породични живот континуирано развијао од времена настанка Конвенције и даље се развија на начин да узима у обзир друштвене и законске промене.

### 3. Заштита породичног живота у пракси Европског суда за људска права

Европски суд за људска права је био у више наврата позван да се тумачећи право на поштовање породичног живота, изјасни о томе које особе сматра члановима породице, обзиром да право на поштовање породичног живота претпоставља постојање породице.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Вид. З. Поњавић (2003), 827.

<sup>6</sup> Заштита коју држава пружа субјектима породичних односа има троструки вид. Чланови породице се штите од других чланова породице, од трећих лица и на крају од самих државних органа. Вид. В. Влашковић, *Породични односи између права на поштовање породичног живота и права на заштиту од насиља у породици*, Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе (књига II) Крагујевац 2007, 197.

<sup>7</sup> Признање права на поштовање породичног живота није праћено напорима да се дефинише његов садржај. Без сумње има у овоме одређене дрскости од стране твораца Конвенције, чак и доста ризика, да се остави неодређено једно право чија је контрола и поштовање препуштена међународним органима. Вид. З. Поњавић (2003), 827.

<sup>8</sup> Вид. М. Драшкић, *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, Ново породично законодавство, Крагујевац 2006, 97.

Суд је појам породице увек тумачио потпуно аутономно и према фактичком стању ствари у сваком конкретном случају.<sup>9</sup> Тако је у пракси Суда могуће пронаћи оквире за одређивање круга чланова породице, па су то супружници, ванбрачни партнери, деца и родитељи, браћа и сестре, бабе и деде са унуцима, одрасле особе и њихови родитељи, односно други сродници. При том, предност имају „вертикални породични односи“ над „хоризонталним односима.“ Да би Суд утврдио постојање породичног живота, пре свега испитује да ли постоји истинска ефективна заједница, блиски односи и степен повезаности међу појединцима, па је породични живот управо оно што „он“ одреди.

Креативна улога Суда се у погледу овог права одвија у два правца, од којих се први односи на врсте обавеза којима подлежу државе уговорнице, а други у тумачењу, продубљивању, нијансирању и сталном проширивању објекта права на поштовање породичног живота.<sup>10</sup> Дакле, не постоје унапред одређени и чврсти критеријуми, већ су околности сваког конкретног случаја оно што руководи Суд при одлучивању. Чак и сама могућност заснивања породичног живота може бити довољна да привуче заштиту чл. 8. Увек се у обзир узимају мерила као што су постојање стварног породичног живота, довољно јаке личне везе и дужина трајања односа. Стога се може рећи да Суд има улогу ствараоца права.<sup>11</sup> Према јуриспруденцији Европског суда овај члан не предвиђа право на успостављање живота, већ његова примена настаје тренутком заснивања породичног живота.

Наведени члан је изузетно хетероген и Европски суд има потешкоћа у одлучивању о заједничким стандардима за све државе чланице Савета Европе, пошто оне усвајају различита правна решења. Дакле, у погледу тумачења садржаја ове одредбе између држава постоји велика разлика, зависно од потреба и националних

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Вид. В. Влашковић, 200.

<sup>11</sup> Сматрамо да Суд, тумачећи чл. 8 Конвенције, врши две основне функције. Прва је позитивна и огледа се у томе што се одређеним односима, којима (неким) домаћим правом то није учињено, пружа заштита. То су нпр. начела једнакости брачне и ванбрачне деце, обавезног учешћа родитеља у поступку стављања под старатељство, позитивне обавезе државе у циљу поновног спајања породице. Друга функција, коју сматрамо „потенцијално негативном“, представља опасност и има сувише динамично и прогресивно тумачење, односно да се породична заштита пружи у неким ситуацијама као што је нпр. дозвољавање усвајања деце лицима истог пола или транссексуалцима. Вид. У. Новаковић, *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, Страни правни живот, бр.3/2007, 193.

извора.<sup>12</sup> Будући да свака држава чланица има свој систем вредности који се огледа у различитој законској регулацији брака, усвојења, разликовања брачне од ванбрачне деце, пред Европским судом за људска права је задатак да такво мноштво различитих „система“ преточи у један нов, јединствен, за све државе чланице правнообавезујући систем породичних односа. О тежини тог задатка сведоче различити ставови, али и чињеница да судије које о томе одлучују долазе из различитих „вредносних система.“<sup>13</sup>

### 3.1. Однос између супружника и парова

У Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, брак се штити у контексту права на породични живот. Брак закључен према закону државе тужене стране или персоналном праву супружника, ствара један породични живот заштићен само под условом ако је „законит и није фиктиван“, ако супружници имају ефективну (стварну) заједницу живота или је желе искрено.<sup>14</sup> Заједнице којима недостаје суштина или које постоје само формално, као што је то случај са фиктивним браковима закљученим ради добијања визе или држављанства, рескирају да буду стављене ван поља заштите која се пружа у члан 8.<sup>15</sup> Са друге стране, парови који живе заједно, а нису венчани, такође, имају право на заштиту према чл. 8, уколико је њихов однос стабилан.<sup>16</sup>

Право на породични живот односи се и на оне ситуације у којима, због околности које су ван њихове контроле, брачни парови нису били у могућности да заснују заједнички дом. Суд подсећа да, гарантујући право на поштовање породичног живота, члан 8 „претпоставља постојање породице“. Не значи, међутим, да сваки намеравани породични живот у потпуности излази из делокруга

---

<sup>12</sup> Вид. З. Поњавић (2003), 826.

<sup>13</sup> Вид. У. Новаковић, 193.

<sup>14</sup> Вид. З. Поњавић (2003), 828.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Ванбрачна заједница представља фактичку заједницу мушкарца и жене која има трајни каактер или која је трајала дуже времена. Присуство ванбрачне заједнице у савременом друштву је чињеница коју нико не оспорава и представља друштвени феномен који има велики значај.

овог члана.<sup>17</sup> Са друге стране, суд не признаје право на развод као право које произилази из тумачења члана 8 Конвенције.<sup>18</sup>

### 3.2. Права детета

Све цивилизоване земље света теже данас осигурању правне заштите људских права.<sup>19</sup> Том тежњом обухваћена су и права детета, јер је позиција детета, јер је позиција детета посебно осетљива у породици и у друштву.<sup>20</sup> Право на старање о деци једно је од основних породичних права и представља ексклузивни домен породице. Раније се право на породични живот признавало само родитељима и дете није било диференцирано као субјект права.

<sup>17</sup> У пресуди Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Уједињеног Краљевства супружницима подносиоци није било дозвољено са остану, односно да се придруже супругама које су биле законито и стално настањене у Уједињеном Краљевству. Констатована је повреда права на породични живот лицима која су склопила брак, али нису била у могућности да услед мера државних власти, успоставе заједницу живота међу собом. Суд је заузео становиште да шта год друго да може значити реч „породица», она у сваком случају мора обухватити однос који проистиче из законитог и истинског брака, као што је брак који су ступили г. и гђа Абдулазиз и г. и гђа Балкандали, иако породични живот оне врсте на коју се позива Држава још није у потпуности успостављен. Ти бракови морају се сматрати довољним за поштовање које налаже чл. 8. Осим тога, израз „породични живот» у случају брачног пара, нормално подразумева заједнички живот. Та претпоставка је оснажена и постојањем чл. 12, јер тешко да се може замислити да право на оснивање породице не треба да обухвата и право на заједнички живот. Суд притом констатује да г. и гђа Абдулазиз не само да су ступили у брак, већ су и живели заједно једно време пре него што је господину Абдулазизу одбијен захтев да остане у Великој Британији. Г. и гђа Балкандали такође су живели заједно и имају сина, мада нису били званично венчани све док студентска дозвола боравка г. Балкандалија није истекла и док му није одбијен захтев за њено продужење; њихов заједнички живот наставио се и када је био одбачен његов захтев да у Британији настави боравак по основу брака. Вид. *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, No. 9214/80; 9473/81; 9474/81 од 28 маја 1985.

<sup>18</sup> У предмету *Johnston and others v. Ireland*, No. 9697/82 од 18. децембра 1986. први подносилац представке је ожењени мушкарац који живи раздвојено од своје супруге, док је други подносилац представке његова партнерка са којом живи већ 15 година, а трећи подносилац представке је њихова ћерка. Мушкарац није могао да добије развод (зато што ирски закони не допуштају развод), а он је желео да се разведе да би могао да ступи и нови брак. Подносиоци представке су тврдили да је њихово право на делотворну заштиту права на породични живот прекршено самом чињеницом да у Ирској није могућ законити развод. Суд је сматрао да појам „поштовања” у чл. 8 мора водити рачуна о разноврсности праксе и околностима у државама чланицама. Према томе, захтеви у погледу делотворног „поштовања” породичног живота могу се знатно разликовати од случаја до случаја. По мишљењу Суда, због тога је државама допуштено слободно тумачење одредаба приликом одлучивања о томе које ће мере предузети како би осигурале поштовање Конвенције, посвећујући дужну пажњу потребама и ресурсима конкретне заједнице и њених појединаца. Суд је, стао на становиште да за заштиту породичног и приватног живота јесте неопходно да супружници имају на располагању могућност да се ослободе обавезе заједничког живота, али да чл. 8 нема такав домен примене -да намеће обавезу државама да уведу институт развода и ступање у нови брак.

<sup>19</sup> М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011, 267.

<sup>20</sup> Ibid.

Реалан живот у породичној заједници одређивали су одрасли и дете је било занемарено као учесник односа.<sup>21</sup>

Суд је у својим одлукама често наглашавао да права детета морају да буду главни обзир у одлукама националних судова у којима се разматрају односи између родитеља и деце, обухваћени чл. 8. Суд иде и даље, па истиче да, ако је неопходно уравнотежавање интереса, интереси детета морају превагнути.<sup>22</sup>

### 3.3. Однос између родитеља и њиховог детета (деце)

Родитељско право представља скуп одговорности, дужности и права родитеља који имају за циљ заштиту личних и имовинских

<sup>21</sup> Први пут се у пракси Европског суда за људска права појављује право детета на породични живот, као његово посебно право, у случају одбијања холандских власти да издају нове дозволе боравка након развода оца (првог подносиоца представке) са холандском држављанком (мајком друге подносиоце представке), што је проузроковало издавање налога за депортацију. Подносиоци представке су тврдили да применљивост чл. 8 у односу на речи „право на поштовање приватног и породичног живота” не претпоставља стални заједнички живот. Суд је имао у виду чињеницу да је дете емоционално везано за оца и да је развило везе са њим, па је нашао да постоји диспропорција средстава које је предузела држава, те да се предузете мере не могу сматрати неопходним у демократском друштву. Вид. *Case of Berrehab v. The Netherlands*, No. 10730/84 од 21. јуна 1988. У предмету *Kroon v. The Netherlands*, No. 18535/91 од 27. октобра 1994. подносиоци представке су родитељи дечака који је рођен ван брака. У тренутку када је дете рођено његова мајка је још била удата, али није живела са својим тадашњим мужем. Мајка је дете пријавила под мужевљевим презименом, а не под презименом првог подносиоца представке. Обоје подносилаца представке су заједно тврдили да се ради о повреди чл. 8, због тога, што нису могли да обезбеде неопходну промену детињег презимена у матичним књигама рођених, без сагласности првог мужа подносиоце представке. Основно питање које се овде постављало јесте, да ли је између првог и другог подносиоца представке постојао породични живот у смислу чл. 8? Суд је изнео мишљење да се „породични живот” не своди искључиво на односе који се темеље на брачној вези и да може обухватати и друге *de facto* „породичне везе” у ситуацијама када особе живе заједно, мада нису у браку. Суд је саопштио да, иако заједнички живот (кохабитација) може представљати основ за такав однос, у неким случајевима и други чиниоци могу послужити као доказ да је однос у довољној мери константан да представља *de facto* „породичну везу.” Суд је прихватио постојање константе везе између подносилаца представке, упркос чињеници да њих двоје никада нису живели заједно, тиме што су за седам година, колико је протекло од рођења њиховог сина до пресуде Суда, изродили четворо деце. У случају *Marckx v. Belgium*, No. 00006833/74 од 13. јуна 1979. Суд је потврдио да је правни положај брачне и ванбрачне деце изједначен. Подносиоце представке биле су мајка и њена ћерка која је ванбрачно рођена. Домаће право је налагало мајци да предузме извесне правне кораке како би осигурала свој статус мајке, али притом није омогућавало ћерки иста наследна права на оставину чланова мајчине породице каква уживају законито рођена деца. Суд је сматрао да се чл. 8 примењује поједнако на „законите” и „незаконите” породице. Право на поштовање породичног живота налаже да у унутрашњем праву постоје мере правне заштите и јемства која ће омогућити да од тренутка свог рођења дете буде интегрисано у породицу. Вид. и *Case of Sommerfeld v. Germany*, No.31871/96 од 08. јула 2003.

<sup>22</sup> Најбољи интерес детета може се одредити као као стандард најмање штетне алтернативе који стоји на располагању. Вид. Г. Ковачек Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994, 52.

права и интереса детета. Када брачни пар добије децу, аутоматски се између родитеља и детета успоставља породични живот у смислу чл. 8. Суд сматра да дете рођено у брачној вези само по себи представља део тог односа, односно од тренутка рођења детета и самом чињеницом његовог рођења, између њега и родитеља постоји веза која чини „породични живот.“ Суд је доследно понављао да тамо где је установљена породична веза са дететом држава мора да поступа тако да обезбеди да се та веза развија, као и да се мора успоставити правна заштита која омогућава интеграцију детета у своју породицу од тренутка рођења.

Као што је речено, домен примене чл. 8 се не односи само на децу рођену у браку. Када двоје људи, који су посвећени једно другом, добију дете, оно се сматра делом те породице и стиче право на поштовање породичног живота.<sup>23</sup> То важи и онда када се однос између родитеља раскине, будући да Суд прихвата претпоставку да породични живот аутоматски постоји између родитеља и деце, без обзира на природу односа међу родитељима.<sup>24</sup> Такође, Суд у Стразбуру је изричито ставио до знања да признаје право на породични живот родитеља и њихове усвојене деце.<sup>25</sup> Дакле, усвајање може покренути питања везана за поштовање породичног живота, иако Конвенција не познаје право на усвајање као такво.

<sup>23</sup> Вид. *Case of Olsson v. Sweden* (No. 1), No. 10465/83 од 24. марта 1988. Суд је у овом случају подвукао да збрињавање детета по правилу треба да буде привремена мера, као и то да свака предузета мера, треба да буде у складу са крајњим циљем поновног сједињавања биолошких родитеља са дететом.

<sup>24</sup> У предмету *Keegan v. Ireland*, No. 16969/90 од 26. маја 1994. подносилац представке је живео у трајној заједници са једном женом. Одлучили су да имају дете, верили су се, и планирали да се у будућности венчају. Међутим, убрзо пошто је жена затруднела, однос између њих је раскинут и престали су да живе заједно. Подносиоцу представке женини родитељи нису допуштали да види бебу, а она је дала дете на усвајање, без подносиоачеве сагласности. Разматрајући питање, да ли је подносилац представке могао да се позове на своје право на породични живот са ћерком, Суд је посебно ценио следеће чињенице: да је однос између подносиоца представке и дететове мајке трајао две године, од чега су током једне године њих двоје живели заједно, да је зачеће детета било резултат свесне одлуке и да су планирали да се венчају. Суд је закључио да је однос у то време имао елементе породичног живота у смислу чл. 8. Околност, што је тај однос касније раскинут, не утиче на овакав закључак, као што би то био случај код пара који се налазио у браку, па касније доспео је у сличну ситуацију. Суд је констатовао да је од тренутка дететовог рођења, између подносиоца представке и његове ћерке постојао породични живот.

<sup>25</sup> Вид. *Case of X v. France*, No. 9993/82 од 5. октобра 1982. где је Комисија пресудила да су односи између родитеља-усвојитеља и усвојеног детета обухваћени чл. 8. У том смислу и *Case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, No. 76240/01 од 28. јуна 2007.; *Case of Negrepointis-Giannisis v. Greece*, No.56759/08 од 03. маја 2011.; *Case of Harroudj v. France*, No. 43631/09 од 04. октобра 2012.

### 3.4. Однос између детета и других сродника

Дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост, ако је то у његовом најбољем интересу.<sup>26</sup> Дакле, породични живот укључује не само родитељски однос, већ обухвата и проширену породицу и односе који постоје између деце и њихових баба и деда, односе међу браћом и сестрама, односе између других крвних сродника. Тамо где је неки члан шире породице детета које је поверено на старање, укључен у редовно старање о детету, уобичајено је да право на поштовање породичног живота тог лица буде узето у обзир.<sup>27</sup> Права чланова проширене породице нису директно утемељена на постојању чињенице сродства и испитује се да ли постоје довољне везе које би допринеле установљавању права на породични живот.<sup>28</sup>

### 3.5. Хомосексуалност

Питање које изазива бројне контраверзе и дилеме односи се на хомосексуалце и признавање њиховог права на породични живот. Иако се хомосексуалност више не сматра болешћу, у већини друштава и даље представља важан социјални табу.<sup>29</sup> Треба истаћи да између међународних докумената, праксе Европског суда за људска права и законодавне праксе европских земаља постоји несклад у регулацији и тумачењу ових односа. Конвенција посебно регулише право на заснивање породице у традиционалном оквиру као право мушкараца и жена дозрелих за брак да ступе у брак и заснују породицу у

---

<sup>26</sup> М. Драшкић (2011), 271.

<sup>27</sup> Вид. *Case of Boyle v. The United Kingdom*, No. 16580/90 од 9. фебруара 1993. Сестра подносиоца представке имала је бебу Ц. Због њене постпорођајне депресије, подносилац представке је био веома ангажован у свакодневном старању за Ц. и Ц. је често остајао у његовој кући током викенда. Када је Ц. поверен на бригу и старање, националне власти су подносиоцу представке онемогућиле контакт са дететом. Комисија је утврдила да је, посебно због одсуства оца, постојала значајна веза између подносиоца представке и Ц., као и да је тај однос потпадао под у обим појма „породични живот.“ То значи да су националне власти биле дужне да обезбеде подносиоцу представке одговарајућу заштиту његових интереса, због природе његових односа са Ц.

<sup>28</sup> М. Јањић Комар, *Право на породични живот*, Правни живот, бр.9/2001, 475. У ситуацијама које су се односиле на право наслеђивања или одржавања узајамних личних контаката, однос између баки и деда са унуцима био је заштићен као прави породични однос. Вид. *Case of Vermeire v. Belgium*, No. 12849/87 од 29. новембра 1991.

<sup>29</sup> Због тога су многа законодавства у свету приступила правном регулисању оваквих заједница, што има за циљ да смањи њихову социјалну стигматизацију подвргавајући их принципу „различито, али равноправно.“ Вид. М. Драшкић (2011), 88.

складу са националним законом који регулише вршење овог права.<sup>30</sup> Суд уско тумачи чл. 12 Конвенције и то на начин да он гарантује „традиционални брак између лица супротног биолошког пола.“ Сходно томе, чл. 12 није протумачен тако да дозвољава брак између два лица истог пола.

Другим речима, Европски суд је до сада био невољан да призна истополне парове као породицу и ускраћује заштиту права на породични живот хомосексуалним особама, али налази компромисно решење те им у оквиру чл. 8 признаје право на приватни живот или сходно чл. 14 забрану дискриминације.<sup>31</sup> Право на породични живот хомосексуалаца актуелно је и са становишта могућности ових лица да усвајају децу или да врше родитељско право.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, чл. 12.

<sup>31</sup> Вид. *Case of Smith and Grady v. The United Kingdom*, No.33985/96, 33986/96 од 27. септембра 1999.; *Case of Norris v. Ireland*, No.10581/83 од 26. октобра 1988.; *Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, No. 00007525/76 од 22. октобра 1981.; *Case of X. v. The United Kingdom*, No. 11716/85 од 14. маја 1986.

<sup>32</sup> У једној ранијој одлуци *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, No. 33290/96 од 21. децембра 1999. Суд је навео да чињеница да отац жели да живи са другим мушкарцем јесте реалност која се мора прихватити. Опште је познато да друштво постаје све толерантније према таквим ситуацијама. Међутим, не може се прихватити да је овакво окружење најздравије и најбоље за психолошки, социјални и ментални развој детета. Дете треба да живи у породичном окружењу, у традиционалној португалској породици, која сигурно није породица у којој живи њен отац у односу са мушкарцем као да су муж и жена. Наш задатак није да одређујемо да ли је хомосексуалност болест или је то само ствар сексуалне оријентације. У оба случаја то је абнормалност и деца не би требало да се подижу у сенци абнормалних ситуација, будући да је отац ове девојчице сам признао да је напустио брачни дом и отишао да живи са мушкарцем, што није нормално према општим критеријумима. Видети и *Case of X and others v. Austria*, No. 19010/07 од 19. фебруара 2013. У овом случају прва и трећа подносиатељка представке су две жене које живе у стабилној вези, у заједничком домаћинству са другим подносиоцем који је имао око пет година и обе подносиатељке су о њему бринуле заједно. Рођене су 1967. године, а други подносилац је рођен 1995. Други подносилац је син треће подносиатељке представке који је рођен ван брака. Његов отац је признао очинство и његова мајка је имала искључиво старатељство над њим. Прва подносиатељка представке и други подносилац, заступан од стране своје мајке, закључили су споразум којим ће други подносилац да буде усвојен од стране прве подносиатељке са намером да се створи правни однос између њих, без прекида односа са мајком детета, трећом подносиоцем. Оне су се жалиле на дискриминаторску одредбу Грађанског законика Аустрије која је по њиховим тврдњама довела до неоправдане разлике између хетеросексуалних и истополних парова, наводећи да аустријски правни систем нема одредбу за усвајање детета од стране истополних партнера једног од родитеља. Суд је закључио да није било кршења чл. 14, а у вези са чл. 8 Конвенције, када се ситуација подносилаца пореди са оном код брачних парова у којој један од супружника жели да усвоји дете другог супружника, али да је дошло до повреде чл. 14, а у вези са чл. 8 Конвенције, када се ситуација подносилаца пореди са ванбрачном заједницом пара који је различитог пола у којима један партнер жели да усвоји дете другог партнера. У случају *Fretté v. France*, No.36515/97 од 26. фебруара 2002. Суд је позван да испита да ли је одбијање власти да одобри усвајање детета од стране човека који је хомосексуалног опредељења преставља дискриминацију. Подносиоцу представке је одбијен захтев за издавање дозволе за усвајање детета. Он је навео да је одлука о томе да му се не дозволи усвајање детета била имплицитно заснована само на његовој сексуалној оријентацији. Тврдио је да је та одлука, донета у правном систему у коме се иначе допушта да особа која није у браку усвоји дете,

### 3.6. Транссексуалне зајднице

Пред Европски суд за људска права поставља се и питање поштовања породичног живота транссексуалаца.<sup>33</sup> Брак који склопи лице након што се подвргло медицинској интервенцији промене пола сматра се пуноважним у већини страних права која су се изјашњавала о овом проблему у законодавству или судској пракси под условом да су испуњени одговарајући услови. У пракси Суда за људска права познати су случајеви у којима су транссексуалци настојали да заштите своје право на породични живот. Али, Суд им у досадошњој пракси у оквиру чл. 8 признаје право на поштовање приватног живота.<sup>34</sup>

---

практично искључује сваку могућност усвајања за категорију лица дефинисану према сексуалној оријентацији, конкретно за хомосексуалце и бисексуалце, а да при томе не узима у обзир њихове појединачне личне квалитете, нити њихову способност за васпитање и негу деце. Позивајући се на широко дискреционо право државе у овој области, Суд је изнео мишљење да је оправдање које је Држава навела (разматрање интереса детета) било објективно и разумно, као и да разлика у поступању због које се подносилац представке њему обратио није била дискриминаторна у смислу чл. 14. Видети и *Case of Gas and Dubois v. France*, No. 25951/07 од 15. марта 2012. где је Суд установио да нема повреде чл. 8 и чл. 14 јер није дозвољено да жена усвоји дете свог истополног партнера. У том смислу и *Case of E.B. v. France*, No. 43546/02 од 22. јануара 2008.

<sup>33</sup> Транссексуализам се дефинише као психолошки поремећај идентитета који се манифестује тако што личност која поседује све спољне карактеристике једног пола истовремено чврсто верује да припада другом полу. Према владајућем ставу медицинских експерата за ову област једино успешно и разумно лечење транссексуалитета састоји се у адаптацији спољних полних обележја према постојећем полном идентитету личности. Таква хируршка интервенција у циљу прилагођавања спољних полних обележја психолошком полу индивидуе производи значајне правне последице, пре свега, на пољу брачног права. Вид. М. Драшкић (2011), 90.

<sup>34</sup> Вид. *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, No. 28957/95 од 11. јула 2002. Суд је закључио да британска влада још није предузела ниједан конструктивни корак како би се умањили патња и понижење које трпе подносиатеља представке и друге транссексуалне особе. Недостатак правног признања промене пола у њеном случају резултирао је бројним дискриминирајућим и понижавајућим поступцима у свакодневном животу. Суд је закључио да је „британска влада одговорна за поверду права на поштовање приватног живота подносиоца представке, те да не може више да тврди да ово питање спада у поље њене слободне процене.” У предмету *B. v. France*, No. 13343/87 од 25. марта 1992., који је представљао прекретницу у пракси Суда, подносилац представке је лице које је оперативним путем променило пол и желело да ступи у брак, али то није могло да учини зато што у изводу из матичне књиге рођених није одражена ова промена пола, тако да се и даље водила као мушкарац. Када је покушала да промени свој правни статус у изводу из матичне књиге рођених, француски судови су одбили тај захтев. После дуге анализе свих релевантних француских закона о личним документима у којима се захтева идентификација пола, Суд је донео закључак да се подносиатеља представке свакодневно налазила у ситуацији која, сагледана у целини, није одговарала поштовању њеног приватног живота. Самим тим Суд је закључио да, чак и ако се узме у обзир дискреционо право Државе, тиме што подносиатељи представке није допуштена промена њеног грађанског статуса у изводу из матичне књиге рођених и другим документима, није успостављена она правична равнотежа која мора бити успостављена између општег интереса и интереса појединца. Вид. и *Case of P.V. v. Spain*, No. 35159/09 од 30. новембра 2010.

#### 4. Ограничења права на породични живот

Право на породични живот гарантовано Конвенцијом није апосолутно, већ подлеже ограничењима која се огледају у мешању јавних власти у вршење овог права. Суд испитује да ли је мешање било неопходно, да ли је у складу са законом, да ли је имало легитиман циљ, односно било сразмерно циљу којем се тежи. Мешање се односи на ситуације стављања деце у систем социјалног старања (хранитељске породице)<sup>35</sup>, непредузимање ефикасних активности ради поновног спајање породице, односно повезивања деце са њиховим биолошким родитељима<sup>36</sup>, непредузимање ефикасних активности ради извршења налога о старатељству<sup>37</sup> или одбијање да се жени која је усвојена саопште подаци о идентитету њених биолошких родитеља.<sup>38</sup> Такође, пракса Европског суда за људска права указује и на случајеве у којима су се родитељи позивали на кршење права на поштовање породичног живота, јер су лишени

<sup>35</sup> Вид. *Case of Olsson v. Sweden*, No. 13441/87 од 30. октобра 1992.

<sup>36</sup> Вид. *Case of K.A. v. Finland*, No. 27751/95 од 14. јануара 2003. Суд је истакао да постоји „одсуство озбиљног и непрекидног напора органа социјалног старања да олакшају могућност поновног сједињавања породице.” Вид. и *Case of Wallova and Walla v. the Czech Republic*, No. 23848/04 од 26. октобра 2006.

<sup>37</sup> У предмету *Gluhakovic v. Croatia*, No. 21188/09 од 12. априла 2011. године, подносилац захтева рођен је 1960. године и живи у Ријечи. Оженио је А. 1999. године. Међутим, док је била трудна, А. је оставила подносиоца захтева и 25. децембра 1999. године родила ћерку И.К. Пред Општинским судом у Ријечи као и пред Центром за социјално старање Ријека спроведено је неколико засебних поступака који се односе на контакт између подносиоца захтева и његове ћерке И.К. Подносилац захтева приговара да националне власти нису испуниле своју позитивну обавезу да осигурају да његово право на контакт са И.К. буде делотворно. Он тврди да су националне власти, кад су одлучивале о томе када ће се одржавати контакти између њега и његове ћерке, занемарили његове тврдње које се тичу његовог радног распореда, те да нису пронашле никакво одговарајуће место на којима би се њих двоје састајали, иако је он предложио да се ти сусрети одвијају у његовом стану у Ријечи. Влада тврди да је због психичке болести подносиоца, контакте између њега и И.К. требало надзирати. Надаље тврде да националне власти нису никада спречиле контакте подносиоца захтева са И.К. Суд примећује да уживање у међусобном друштву родитеља и детета представља темељни елемент „породичног живота” и да је дошло до повреде чл. 8 Конвенције. У случају *Hokkanen v. Finland*, No. 19823/92 од 23. септембра 1994. први подносилац представке је после смрти своје жене организовао да се о његовој ћерки привремено старају њени баба и деда. После извесног времена баба и деда су одбили да дете врате оцу. Национални судови су касније одобрили подносиоцу представке право на приступ детету и поверили му старатељство, али власти, међутим, нису извршиле ту судску одлуку, док су баба и деда одбијали да сарађују. Суд је сматрао да је то што власти нису извршиле судску одлуку за поновно спајање подносиоца представке са његовим дететом представљало повреду чл. 8. Вид. и *Case of Lyubanova v. Bulgaria*, No. 13786/04 од 18. октобра 2011.

<sup>38</sup> Вид. *Case of Odièvre v. France*, No. 42326/98 од 13. фебруара 2003. У том смислу Суд се изјаснио и у једној новијој одлуци *Case of Godelli v. Italy*, No. 33783/09 од 25. септембра 2012.

родитељског права, а њихова деца стављена под старатељство локалних власти или су родитељи лишавани родитељског права без обавештења и могућности подношења приговора на одлуке о лишењу родитељског права или је наведено право повређено због одбијања да се дозволи природном оцу да виђа децу или да му се дете повери на старање и сл.<sup>39</sup>

#### 4.1. Породични живот и отмица детета коју врши један родитељ

У домену права о којем говоримо је и питање отмице детета коју врши један родитељ. Последњих година пред Судом има доста случајева у вези са пропуштањем држава да обезбеде делотворну примену Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце<sup>40</sup>. Основно начело ове конвенције јесте да дете које је незаконито одведено (и задржано) из једне надлежности у другу, треба да буде враћено да би се првостепеним судовима омогућило да донесу правилну одлуку, узимајући у обзир ставове оба родитеља, који се тичу смештаја и контакта са дететом. Налог за повратак није одлука о тим питањима, већ се њиме само решава питање надлежности. Брзина је од пресудне важности за овај поступак, те државе неће испунити своје обавезе, како према Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, тако ни према Хашкој конвенцији, ако њене власти не делују брзо и делотворно како би обезбедиле примену налога за повратак детета.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Вид. *Case of Kutzner. Germany*, No. 46544/99 од 26. фебруара 2002. У овом случају утврђена је повреда чл. 8, услед лишавања родитеља одговорности за две ћерке и њихово смештање у сатратељску породицу. То је учињено превасходно зато што се сматрало да подносиоци представке немају потребан интелектуални капацитет да подижу своју децу, али је донекле било мотивисано и емотивном неразвијеношћу деце. Нису, међутим, постојали никакви наводи о немару или злостављању од стране подносилаца представке, те је стога утврђено да поменути разлози нису довољни да оправдају прекидање веза. Вид. и *Case of Venema v. The Netherlands*, No. 35731/97 од 17. децембра 2002.; *Case of T.P. and K. M. v. The United Kingdom*, No. 28945/95 од 10. маја 2001.; *Case of Gorgulu v. Germany*, No. 74969/01 од 26. фебруара 2004.; *Case of Gnahre v. France*, No. 4003/95 од 19. септембра 2000.; *Case of Anayo v. Germany*, No.20578/07 од 21. децембра 2010.

<sup>40</sup> Представља једну од најзначајнијих и најшире прихваћених хашких конвенција, будући да су њене чланице 84 државе из свих делова света. Усвојена је 1980. године, а 1991. године у бившој СФРЈ донет је закон о потврђивању хашке конвенције („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 7/1991).

<sup>41</sup> Вид. *Case of Bianchi v. Switzerland*, No. 7548/04 од 22. јуна 2006. Представку је поднео отац детета (Италијан) коме је дете отето од стране маке која је из Швајцарске. Подносилац представке се жалио на дужину поступка и неуспех швајцарских власти да изврше судску одлуку којом се налаже повратак његовог сина у Италију. Суд је утврдио да је дошло до повреде чл. 8, јер је неделовање власти, у супротности са циљем и сврхом Хашке конвенције, изазвао потпуни слом у односима између малог детета и његовог оца - раздвајање које није у најбољем интересу детета. У том смислу и *Case of Shaw v. Hungary*, No. 6457/09 од 26. јула 2011.; *Case of Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, No. 56673/00 од 29. априла 2003.; *Case of Ancel*

Са друге стране, пракса Суда је богата и одлукама по представкама родитеља који су незаконито одвели своју децу и тврдили да спровођење налога о повратку отетог детета није у најбољем интересу детета, али и да представља кршење њиховог права на породични живот.<sup>42</sup>

## 4.2. Депортација

Мноштво предмета који се баве питањем поштовања права на породични живот иницирано је у контексту поступка депортације неког члана породице, који се онда позива на своје право да ужива породични живот са осталим члановима породице који остају у земљи. Питање депортације лица са територије једне државе повлачи питање одмеравања приватног и јавног интереса, односно њиховог односа. Свака држава има право да услед одређених разлога протера лице које је прекршило њене законе. Чл. 8 Конвенције штити право на опстанак већ постојеће породице, али не и право лица да уласком у другу државу пронађе, односно заснива породицу.<sup>43</sup> Депортација или пак одбијање да се дозволи улазак у државу крше одредбе чл. 8 само ако се раздваја већ постојећа породица<sup>44</sup>. Уопштено гледано, Европски суд за људска права цени да ли такво лице има јаче

v. *Turkey*, No. 28514/04 од 17. фебруара 2009.; *Case of Karrer v. Romania*, No. 16965/10 од 21. фебруара 2012.; *Case of Sophia Gudrun Hansen v. Turkey*, No. 36141/97 од 23. децембра 2003.; *Case of Maire v. Portugal*, No. 48206/99 од 26. јуна 2003.; *Case of Sylvester v. Austria*, No. 36812/97 од 24. јула 2003.; *Case of Ignaccolo-Zenide v. Romania*, No.31679/96 од 25. јануара 2000.

<sup>42</sup> Вид. *Case of Sneersone and Campanella v. Italy*, No. 14737/09 од 12. јула 2011. Случај се тиче одлуке италијанских судова којом се налаже враћање дечака (други подносилац) који живи са својом мајком (први подносилац представке) у Летонији, његовом оцу у Италију. Суд је нашао да је повређено њихово право на породични живот, јер је у одлуци дато оскудно образложење и сматра да таква одлука не представља адекватан одговор на психолошку трауму која би неминовно проистекла из изненадног и неповратног сечења блиских веза између мајке и детета. Поред тога, судови нису разматрали друга решења како би се обезбедило контакт између детета и његовог оца. Вид. и *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, No.41615/07 од 06. јула 2010.; *Case of B. v. Belgium*, No.4320/11 од 10. јула 2012.; *Case of Maumousseau and Washington v. France*, No. 39388/05 од 15. новембра 2007.

<sup>43</sup> Постоје одређени чиниоци које ће Суд узети у обзир приликом одлучивања о томе а ли је породица створена у држави чланици Конвенције. Ови чиниоци укључују дужину боравка чланова породице у конкретной држави, затим ће размотрити колико би породици било лако да се прилагоди земљи порекла члана породице који је страни држављанин, што укључује разматрање тога колико би се деца „адаптирала” на живот у другој земљи. Суд такође може узети у обзир тешкоће везане за језик, здравље, запослење и друга социјална, културна и верска питања.

<sup>44</sup> Вид. *Case of Radovanović v. Austria*, No. 42703/98 од 22. априла 2004.; *Case of Jakupovic v. Austria*, No. 36757/97 од 6. маја 2003.; *Case of Yildiz v. Austria*, No.37295/97 од 31. јануара 2003.; *Case of Üner v. The Netherland*, No.46410/99 од 18. октобра 2006.; *Case of Nunez v. Norway*, No.55597/09 од 28. јуна 2011.; *Case of Antwi and Others v. Norway*, No. 26940/10 од 14. фебруара 2012.

породичне и социјалне везе са земљом из које се протерује (или је протеран) или са домицилном земљом. Критеријуми који руководе Суд да услед депортације призна повреду права на породични живот су најчешће дужина временског периода у коме лице живи на територији са које се протерује, да ли на тој територији живе његови родитељи, браћа, сестре, брачни или ванбрачни друг, да ли је то лице завршило или похађало школу у тој држави, да ли у њој ради и сл.<sup>45</sup>

### 4.3. Повреда права на породични живот лица лишених слободе

Право на породични живот је од посебног значаја и за затворенике, па је Европски суд за људска права био, између осталог, позван да одлучује и о томе. Лишење слободе не повлачи нужно прекид породичних односа, али неминовно долази до ограничења овог права<sup>46</sup>. Видови мешања по основу чл. 8 обухватају ограничавање или забрану породичних посета<sup>47</sup> или одбијање захтева за допуштање присуства сахрани блиског члана породице<sup>48</sup>. Одвајање мајке и детета у затвору такође ће покренути питања у вези са поштовањем породичног живота<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Вид. У. Новаковић, 182.

<sup>46</sup> Вид. *Case of Klamecki v. Poland*, No. 31583/96 од 3. априла 2003. године.

<sup>47</sup> У предмету *Case of Messina v. Italy*, 13803/88 од 26. фебруара 1993. подносилац представке је лице на издржавању дуге казне затвора. Био је подвргнут специјалном режиму због тога што је опасан и због тога што је повезан са мафијом. Тим режимом ограничен је број породичних посета и уведене су мере надзора тих посета (затвореници су стакленом преградом одвојени од посетилаца). Суд је ставио до знања да издржавање казне затвора, само по себи, подразумева ограничења приватног и породичног живота. Међутим, Суд је сматрао да је битан део права затвореника на поштовање породичног живота то да му власти помогну у одржавању контаката са најужом породицом. Ограничења посета представљају мешање у право подносиоца представке на поштовање његовог породичног живота. Вид. и *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*, No. 38812/97 од 29. априла 2003.

<sup>48</sup> У предмету *Ploski v. Poland*, No. 26761/95 од 12. новембра 2002. подносилац представке је лице које је било у притвору. Оба родитеља су му преминула у размаку од месец дана. Његов захтев да присуствује сахранама је одбијен. Суд је сматрао да разлози домаћих власти нису довољно убедљиви, јер закључак суда да се затворенику ускрати одобрење није образложен чињеницама, па је суд заузео становиште да је ово представљало мешање у његово право на поштовање приватног и породичног живота. Суд је нагласио да „чак и када лицу лишеном слободе по природи ствари морају бити ограничена права и слободе, свако ограничење међутим мора да се заснива на неопходности у демократском друштву.” У случају *Giszczak v. Poland*, No. 40195/08 од 29. новембра 2011. године Суд је сматрао да је повређено подносиоцево право на породични живот, јер му затворске власти нису дозволиле да посети ћерку у болници (која је била у коми и на интензивној нези), а након њене смрти није му одобрено присуство њеној сахрани.

<sup>49</sup> Вид. *Case of Togher v. The United Kingdom*, No. 28555/95 од 16. априла 1998.

## 5. Закључак

Право на поштовање породичног живота, иако гарантовано као људско право, не штити у довољној мери појединце који се позивају на његово кршење, због непотпуног дефинисања појма породични живот. Наведено право развија се паралелно са променама у друштву и породици и на тај начин га треба и тумачити. Суд је кроз праксу усвојио став да је постојање или непостајање породичног живота у суштини питање чињеница, у зависности од стварног практичног постојања блиских личних веза. Практика овог Суда показује да се акценат ставља не само на изричите законске одредбе националног законодавства по појединим питањима, него се њихов домашај схвата много шире и у функцији постигнутог друштвеног развоја у тумачењу одређених животних околности, фактичког стања и утврђивања суштинског смисла и суштинске вредности појединих одредаба, чије окоштало тумачење од стране националних судова не ужива правну заштиту Суда<sup>50</sup>.

Домашаји права на породични живот су свакако велики. Осим домена примене наведених у овом раду, право на породични живот може се посматрати и у контексту других односа, који због ограничења у обиму рада нису могли бити приказани. То се, између осталог, односи на верска убеђења, утврђивање и оспоравање очинства, репродуктивна права, родитељско одсуство и дискриминација по основу пола, абортус, лично име, коегзистенција права на поштовање породичног живота са правом на заштиту од насиља у породици и правом на суђење у разумном року.

Међутим, важно је поменути и принцип да се Конвенција мора тумачити као „жив инструмент” што значи да ће појам породичног живота наставити да се развија.

---

<sup>50</sup> Вид. О. Цвејић Јанчић, *Право на поштовање приватног и породичног живота*, Архив за правне и друштвене науке, број 3-4, Београд 2006, 1931.

---

**Sanda Ćorac, LL.M**

PhD student

University of Kragujevac Faculty of Law

## **DOMAIN OF APPLICATION OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

### Summary

The right to respect for family life is guaranteed by Article 8 of European Convention on Human Rights. The meaning of the term “family life” it’s very hard to determine, but the European Court of Human Rights in Strasbourg in the judgments made certain criteria. Because of that it could be said that the practice of this Court actually shaped this concept. On the circumstances of each case will depend on the extent to which the applicant will be able to invoke the protection of the right to family life. In addition, as shown in this paper, a family life not only provides protection to families based on marriage, but other de facto communities that are manifest through life together or otherwise. Domain of application of the right to family life is presented in this paper through the relevant case law of the European Court of Human rights.

**Key words:** Right to family life, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, The European Court of Human Rights.