
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI
ŽIVOT

3/2012

Beograd

2012

REDAKCIJA

Editorial board

Prof. dr Mikele Papa; - Redovni profesor Pravnog fakulteta 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

Dr Branislava Knežić; - viši naučni saradnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

Dr Jovan Ćirić; - naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović; - vanredni profesor 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

Mr Katarina Jovičić; - istraživač-saradnik u Institutu za uporedno pravo

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Dr Jovan Ćirić

SEKRETAR REDAKCIJE

Secretary of editorial board

Mr Katarina Jovičić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

e-mail: institut@icl.org.rs, www.comparativelaw.info

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF, Beograd**

Tiraž : 300 primeraka

SADRŽAJ

<i>Danilo Zolo</i> LJUDSKA PRAVA, DEMOKRATIJA I MIR U ERI GLOBALIZACIJE.....	9
<i>Milica V. Matijević</i> ON CERTAIN ASPECTS OF THE SYSTEM OF TAXATION OF IMMOVABLE PROPERTY IN KOSOVO AND PROPERTY RIGHTS OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS	19
<i>Nina Kršljanin</i> STALEŠKA NEJEDNAKOST U KAZNENOM PRAVU DUŠANOVOG ZAKONIKA	41
<i>Snežana Miladinović</i> FOUNDATIONS IN THE GENERAL PROPERTY CODE FOR MONTENEGRO	69
<i>Mario Reljanović</i> MEĐUNARODNA ORGANIZACIJA RADA I ZABRANA DISKRIMINACIJE PRI ZAPOŠLJAVANJU.....	80
<i>Ivana Rakić</i> RELEVANT MARKET DEFINITION AND SSNIP TEST UNDER THE 2010 US HORIZONTAL MERGER GUIDELINES	95
<i>Mladen Tišma</i> USTAVNE PROMENE U OKRUŽENJU	105
<i>Milan Blagojević</i> ISLAMIC CONSTITUTIONALISM IN IRANIAN WAY	127
<i>Marina Matić</i> ZAKONODAVNI PROCES U NEMAČKOJ	147
<i>Jelena Čeranić</i> PREDLOG JEDINSTVENOG POSTUPKA REŠAVANJA PATENTNIH SPOROVA U EU	161
<i>Dragan Zlatović</i> OSVRT NA KAZNENOPRAVNU ZAŠTITU ŽIGOVA PREMA NOVOM TRGOVINSKOM SPORAZUMU ACTA	173
<i>Dragan Prlja, Andrej Diligenski</i> FEJSBUK I ZAŠTITA PODATAKA U EU	190
<i>Vladimir Kozar</i> NAKNADA ZA JAVNO SAOPŠTAVANJE I OSTVARIVANJE PRAVA STRANIH PROIZVOĐAČA FONOGRAMA	221

<i>Velimir Živković</i> HARDSHIP IN FRENCH, ENGLISH AND GERMAN LAW	240
<i>Aleksandra Rabrenović</i> FRANCUSKI RAČUNARSKI SUD – TRADICIONALNI ČUVAR DRŽAVNE KASE	261
<i>Saša Mijalković, Vera Arežina-Đerić</i> ZNAČAJ MEĐUNARODNE SARADNJE ZEMALJA DUNAVSKOG REGIONA ZA RAZVOJ I BEZBEDNOST SRBIJE I EVROPE – PRAVNI I GEOPOLITIČKI ASPEKTI	277
<i>Aras Slađana, Preložnjak Barbara</i> INTENTIONAL KILLING OF EFFICIENCY BY OVERZEALOUSNESS IN THE PURSUIT TRUTH. THE EXAMPLE OF CROATIAN LEGAL AID SYSTEM	292
<i>Ana Čović</i> MEĐUDRŽAVNA USVOJENJA IZMEĐU AKTA NASILJA I ČINA LJUBAVI	304
<i>Ivanka Spasić</i> MEHANIZAM ČISTOG RAZVOJA I PRAVNI OKVIR ZA REALIZACIJU CDM PROJEKATA U REPUBLICI SRBIJI	326
<i>Katarina Tasić</i> MANE VOLJE OŠTEĆENOG KAO JEDAN OD USLOVA ZA POSTOJANJE ZELENAŠKOG UGOVORA	348
<i>Vesna Ćorić Erić</i> PODELJENA ODGOVORNOST EU I DRŽAVE ČLANICE	364
<i>Denis Preshova</i> WHY SO DUALIST? : CRITICAL VIEW ON THE STATUS AND EFFECT OF TREATIES IN THE LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES	376
<i>Milan Milošević</i> NORMATIVNO UREĐENJE OBAVEŠTAJNO-BEZBEDNOSNIH SISTEMA REPUBLIKA ČEŠKE I SLOVAČKE	395
<i>Momčilo Sekulić</i> NORMATIVNI I ORGANIZACIONI ASPEKT BORBE PROTIV TERORIZMA U FRANCUSKOJ	409
<i>Nataša Tanjević</i> PROBLEMI SISTEMATIKE KRIVIČNIH DELA PROTIV PRIVREDE U REPUBLIKAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA SRBIJU	423

Vlajko B. Đurić

KORIŠĆENJE LISTINGA TELEFONSKOG PRETPLATNIČKOG BROJA
GRAĐANINA “METERING” U PREVENTIVNOM RADU SLUŽBI
BEZBEDENOSTI 439

Dragana Petrović

UNIVERZALNA NADLEŽNOST KAO SREDSTVO ZA ELIMINISANJE
PIRATSTVA 455

Dragan Jovašević

KAŽNJAVANJE MALOLETNIKA U SAVREMENOM
KRIVIČNOM PRAVU 468

Dejan Šuput

SISTEM PLATA U DRŽAVNOJ UPRAVI I JAVNIM SLUŽBAMA
REPUBLIKE IRSKE - PRIMER DOBRE PRAKSE – 488

Katarina Dolović

SUSEDSCO PRAVO: POJAM, KARAKTERISTIKE I ODNOS
PREMA STVARNIM SLUŽBENOSTIMA 506

Željko Đ. Bjelajac, Milan Počuča, Miloš Marković

POLITIKA EU U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE
S OSVRTOM NA KRIVIČNO-PRAVNE ASPEKTE I
ULOGU PORODICE U RAZVOJU EKOLOŠKE SVESTI 525

TABLE OF CONTENTS

<i>Danilo Zolo</i> I DIRITI UMANI, LA DEMOCRAZIA E LA PACE IN UN'EPOCA DI GLOBALIZZAZIONE (HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND PEACE IN THE TIME OF GLOBALIZATION)	9
<i>Milica V. Matijević</i> ON CERTAIN ASPECTS OF THE SYSTEM OF TAXATION OF IMMOVABLE PROPERTY IN KOSOVO AND PROPERTY RIGHTS OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS	19
<i>Nina Kršljanin</i> CLASS INEQUALITY IN THE PENAL LAW OF DUŠAN'S CODE	41
<i>Snežana Miladinović</i> FOUNDATIONS IN THE GENERAL PROPERTY CODE FOR MONTENEGRO	69
<i>Mario Reljanović</i> INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND EMPLOYMENT DISCRIMINATION	80
<i>Ivana Rakić</i> RELEVANT MARKET DEFINITION AND SSNIP TEST UNDER THE 2010 US HORIZONTAL MERGER GUIDELINES	95
<i>Mladen Tišma</i> CONSTITUTIONAL CHANGES IN THE REGION	105
<i>Milan Blagojević</i> ISLAMIC CONSTITUTIONALISM IN IRANIAN WAY	127
<i>Marina Matić</i> LEGISLATIVE PROCESS IN GERMANY	147
<i>Jelena Čeranić</i> PROPOSED UNIFIED PATENT LITIGATION SYSTEM IN EU	161
<i>Dragan Zlatović</i> REVIEW OF TRADEMARK PENALTY PROTECTION ACCORDING TO ANTI- COUNTERFEITING AGREEMENT	173
<i>Dragan Prlja, Andrej Diligenski</i> FACEBOOK AND DATA PROTECTION IN EU	190
<i>Vladimir Kozar</i> FEES FOR PUBLIC COMMUNICATION AND THE EXERCISE OF RIGHTS OF FOREIGN PRODUCERS OF PHONOGRAMS	221

<i>Velimir Živković</i> HARDSHIP IN FRENCH, ENGLISH AND GERMAN LAW	240
<i>Aleksandra Rabrenović</i> FRENCH COURT OF ACCOUNTS – A TRADITIONAL GUARDIAN OF THE “PUBLIC PURSE”	261
<i>Saša Mijalković, Vera Arežina-Đerić</i> THE IMPORTANCE OF INTERNATIONAL COOPERATION OF DANUBE REGION COUNTRIES FOR DEVELOPMENT AND SECURITY OF SERBIA AND EUROPE – LAW AND GEOPOLITICS ASPECTS	277
<i>ARAS, Sladana, PRELOŽNJAK, Barbara</i> INTENTIONAL KILLING OF EFFICIENCY BY OVERZEALOUSNESS IN THE PURSUIT TRUTH. THE EXAMPLE OF CROATIAN LEGAL AID SYSTEM	292
<i>Ana Čović</i> INTERCOUNTRY ADOPTION BETWEEN ACTS OF VIOLENCE AND ACTS OF LOVE	304
<i>Ivanka Spasić</i> CLEAN DEVELOPMENT MECHANISM AND LEGAL FRAME FOR REALISATION OF CDM PROJECTS IN REPUBLIC OF SERBIA	326
<i>Katarina Tasić</i> DEFECTS (OF CONSENT) AS ONE OF THE CONDITIONS FOR THE CONSTITUTION USURIOUS CONTRACT	348
<i>Vesna Ćorić Erić</i> CONCURRENT LIABILITY OF THE EUROPEAN UNION AND A MEMBER STATE	364
<i>Denis Preshova</i> WHY SO DUALIST? : CRITICAL VIEW ON THE STATUS AND EFFECT OF TREATIES IN THE LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES	376
<i>Milan Milošević</i> NORMATIVE REGULATION OF INTELLIGENCE AND SECURITY SYSTEMS OF THE CZECH REPUBLIC AND THE SLOVAKIA REPUBLIC	395
<i>Momčilo Sekulić</i> NORMATIVE AND ORGANIZATIONAL ASPECTS OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN FRANCE	409
<i>Nataša Tanjević</i> SYSTEMATICS PROBLEMS OF CRIMINAL ACTS AGAINST THE ECONOMY IN FORMER YUGOSLAVIA REPUBLICS WITH SPECIAL REFERENCE TO SERBIA	423

Vlajko B. Đurić

USING THE TELEPHONE LISTING
SUBSCRIBER NUMBER CITIZEN "METERING"
THE PREVENTIVE WORK OF SAFETY SERVICE 439

Dragana Petrović

UNIVERSAL JURISDICTION AS A MEANS
OF ELIMINATING PIRACY 455

Dragan Jovašević

PUNISHING TO JUVENILE IN MODERN CRIMINAL LAW 468

Dejan Šuput

IRISH CIVIL SERVICE AND PUBLIC SERVICE
PAY SYSTEM – EXAMPLE OF GOOD PRACTICE – 488

Katarina Dolović

NEIGHBOUR RIGHT: CONCEPT, CHARACTERISTICS
AND RELATION TO REAL SERVITUDE 506

Željko Đ. Bjelajac, Milan Počuča, Miloš Marković

EU POLICY IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION
WITH REFERENCE TO THE DEVELOPMENT
OF ECOLOGICAL AWARENESS 525

LJUDSKA PRAVA, DEMOKRATIJA I MIR U ERI GLOBALIZACIJE

U ovom tekstu autor tretira tri teorijsko politička problema koji ga intenzivno okupiraju: pre svega ljudska prava, uključujući i pravo na život, su ideologija i politički pokret koji se u eri globalizacije nalazi u ozbiljnoj krizi. „Globalizacija” dovodi do umnožavanja međuljudskih odnosa, zahvaljujući razvoju tehnologije, ubrzanju saobraćajnih sredstava i informatičkoj revoluciji. Druga preokupacija autora je problematizovanje nastojanja da se konzerviraju i odbrane demokratske institucije koje postoje na Zapadu. On smatra da je koncept demokratije uzdrman. Kao što su u prethodnom veku smatrali Veber i Šumpeter, sami pojmovi „predstavljanje”, „suverenitet naroda” i „kolektivni interesi” su prosvetiteljske dogme bez političke sadržine, tako udaljene od kulture naroda. Na zaštitu „demokratije” poziva najrazvijenije društvo koje je najdalje otišlo u tehnološkoj revoluciji, u globalizovanju i svemoći internacionalnih korporacija. Na trećem mestu, autor smatra da se ekonomsko finansijska moć koncentriše u rukama nekoliko supersila i zbog toga je primena međunarodnog prava apsolutno podređena voluntarizmu njihove vojne nadmoći. Međunarodno pravo i njegove institucije su sve više određeni ekonomskim i političkim interesima moćnih, pre svega SAD i njenih evropskih saveznika.

Ključne reči: *ljudska prava, demokratija, mir, pacifizam, globalizacija*

1. LJUDSKA PRAVA: JEDNA ZAPADNA IDEOLOGIJA NA ZALASKU

Glavna teza od koje polazim u ovom tekstu je da istorijski proces koji mi, zapadnjaci, nazivamo „globalizacija” ne ide u prilog uspehu i širenju

* Professore ordinario, Università di Firenze, Centro di Filosofia e del Diritto Internazionale e della Politica Globale; e-mail: zolo@tsd.unifi.it

osnovnih ljudskih prava počevši od prava na život. Pod „globalizacijom“ podrazumevam rastuću ekspanziju društvenih odnosa između ljudskih bića izazvanu tehnološkim razvojem, brzinom saobraćaja i informatičkom revolucijom.¹

Pored toga nameravam da istaknem i to da i očuvanje i zaštita demokratskih institucija koje još uvek postoje na Zapadu, postaju problematični. I najzad, hteo bih da privučem pažnju na jedan još alarmantniji problem: na paralizu međunarodnog prava i međunarodnih institucija pred problemom rata u svetu. Dodajem da je, po mom mišljenju, međunarodno pravo na globalnom nivou sve više uslovljeno političkim i ekonomsko-finanjskim interesima velikih sila počevši od Sjedinjenih Američkih Država.

Godine 1948. tvorci *Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima* proklamovali su da svako ljudsko biće ima pravo na život. Nadali su se da će time zaustaviti nasilje iz prošlosti i zauvek izbrisati tragediju Drugog svetskog rata². Ali ozvaničenje "prava na život" nije postiglo očekivani uspeh. Naročito poslednjih decenija nisu nedostajale pojave kao što su, masakr hiljade vojnika i nevinih civila, sistematsko („tepih“) bombardovanje celih gradova i ubijanje po kratkom postupku osoba smatranih odgovornim za teroristička dela. Po mom mišljenju to je dokaz da proces globalizacije teži da se suprostavi principima potvrđenim *Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima* i ide za tim da poništi sam princip "prava na život".

Univerzalna deklaracija je imala zaslugu što je učinila ljudska prava nedeljivim umesto (ranije) konfuzno rascepanosti na građanska, politička, socijalna prava³. Ali, u isto vreme, ne mogu se prećutati ograničenja tog dokumenta: po meni neprihvatljiv je njegov navodni univerzalizam i u isto vreme tipično zapadni individualizam⁴.

Tokom procesa globalizacije nedovoljnost *Univerzalne deklaracije* postajala je sve očiglednija. Kao što već poodavno pokazuju izveštaji *Amnesty International*-a, razmere kršenja ljudskih prava su sve veće. Ta pojava se tiče velikog broja država, uključujući i sve Zapadne. Organi i

¹ O toj temi možete videti moj rad *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.; brazilsko izdanje: *Globalização. Um mapa dos problemas*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2010.

² Videti čl. 3 *Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima*: „Svaki pojedinac ima pravo na život, na slobodu i sigurnost svoje ličnosti“.

³ O toj temi možete videti T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

⁴ Treba istaći neke važne praznine: zaboravljena prava žena, smrtna kazna *de facto* potvrđena, uopšte nema kritike kolonijalizma, nema nikakve naznake o neophodnosti borbe protiv siromaštva ...

agencije zadužene za obezbeđenje poštovanja ljudskih prava – pre svega Savet za ljudska prava Ujedinjenih nacija⁵ – nemaju nikakvu izvršnu moć. Njihove odluke se sistematski ignorišu i odbacuju. Pomislite na zločine koje su Sjedinjene Države izvršile u Abu Graibu, u Bagramu, u Guantanamo, u Fallujau, ne zaboravljajući one koje je Izrael učinio na palestinskoj teritoriji, posebno u Gazi masakrom u razdoblju decembar 2008 - januar 2009. Odgovorni za te zločine bili su zaštićeni od kazne i to su još uvek, zahvaljujući i saučesništvu Međunarodnog krivičnog suda u Hagu. Luigi Ferrajoli je sa autoritetom napisao: "Doba prava je i doba njihovog najgrublje kršenja i najdublje i najnepodnošljivije nejednakosti"⁶.

Dovoljno je nekoliko podataka za dramatičnu potvrdu sumraka "doba prava" u eri globalizacije. Međunarodna organizacija rada izračunala je da tri milijarde ljudi danas žive ispod praga siromaštva, sa dva dolara prihoda dnevno⁷. John Galbraith u predgovoru *Human Development Report-u* Ujedinjenih nacija iz 1998. godine, potkrepio je dokazima da je 20% najbogatijeg dela svetskog stanovništva steklo 86% sve robe i usluga uopšte stvorenih, dok je 20% najsiromašnijih od toga konzumiralo samo 1,3%. Danas, posle otprilike deset godina, ove cifre su se, nažalost, promenile: 20% najbogatijih konzumira 90% proizvoda, dok 20% najsiromašnijih konzumira od toga samo 1%⁸. Pored toga, izračunato je da 40% planetarnog bogastva poseduje 1% svetske populacije⁹, dok 20 najbogatijih ljudi na svetu raspolazu resursima jednakim onima koje poseduju milijardu najsiromašnijih ljudi¹⁰.

Podaci koje su dostavile Ujedinjene nacije takođe pokazuju da jedna milijarda ljudi preživljava u uslovima "apsolutnog siromaštva" u privredno najzaostalijim zemljama: oko polovine se nalazi u južnoj Aziji, jedna trećina je u Podсахarskoj Africi i jedan značajan broj je i u Latinskoj Americi¹¹. U prostranom pojasu ovih zemalja milijardu i 700.000 ljudi nema pristupa vodi za piće i predviđa se da će se taj broj udvostručiti do 2020. godine. Svake

⁵ Savet je osnovan 15. marta 2006. rezolucijom Generalne skupštine i predstavlja njen pomoćni organ bez ikakve obavezujuće moći. Protiv rezolucije glasali su Sjedinjene Države, Izrael, Ostrva Marshall, Palau.

⁶ Uporedi L. Ferrajoli, „Diritti fondamentali e democrazia costituzionale”, u P. Comanducci, R. Guastini (priredili), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2004., str. 347.

⁷ Uporedi International Labour Office, *Global Employment Trends*, Genève, ILO, 2008., str. 9-11.

⁸ Uporedi L. Gallino, *Con i soldi degli altri. Il capitalismo per procura contro l'economia*, Torino, Einaudi, 2009., str. 9.

⁹ Uporedi F. Rampini, „Chi sono i ricchi e perché sono sempre più ricchi”, *la Repubblica*, 6. novembar 2011., str. 32-33.

¹⁰ Uporedi L. Gallino, *Con i soldi degli altri*, cit., str. 9.

¹¹ Videti P. Ekins, *A New World Order: Grass Roots Movements for Global Change*, London, Routledge, 1992.

godine umire preko 2 miliona dece zbog nedostatka vode ili zbog toga što je ona zatrovana, što izaziva 80% zaraznih bolesti. Pored toga, nedostatak vode je uzrok drastičnog smanjenja proizvodnje prehrambenih proizvoda i povećanja bolesti vezanih za neuhranjenost. Takođe, od posledica gladi i žeđi 25.000 dece umire svakog dana od bolesti koje su bezopasne za dobro uhranjenu decu¹².

Sve to se događa i zato što velike sile primenjuju kompleksne strategije u kojima se preklapaju merkantelističko nadmetanje između država, ekonomski regionalizam i sektorski protekcionizam. Jedan primer od koga se ledi krv u žilama nedavno je dao Luciano Gallino: regionalne poljoprivredne površine izbrisane su sa lica zemlje – od Indije do Latinske Amerike, od Afrike do Filipina – i zamenjene su ogromnim monokulturama. Seljaci i njihove porodice, isterani sa svojih njiva, sklanjaju se u ogromne urbane *slums* (slamove, sirotinjska naselja – prim. prev.) planete. Veoma često se ubijaju, jer ne uspevaju da isplate dugove koje su napravili pokušavajući da kupe semenje i đubrivo po cenama koje su nametnule evropske i američke *corporations* agrobiznisa. U Indiji, između 1995. i 2006. godine, bilo je najmanje dvestotine hiljada samoubistava malih poljoprivrednika¹³. Slične pojave zabeležene su i u Kini.

2. JEDNA DEMOKRATIJA BEZ BUDUĆNOSTI

Ako pod demokratijom podrazumevamo uređenje u kojem je većina građana u stanju da nadzire mehanizme političkog odlučivanja i da uslovljava procese odlučivanja, onda je opravdano smatrati da je demokratija danas u ozbiljnoj krizi. Kao što su već u prošlom veku Max Weber i Joseph Schumpeter naslutili, sami pojmovi "predstavništva", "narodnog suvereniteta" i "kolektivnog interesa" već su iluminističke dogme bez političke važnosti i veoma udaljeni od kulture naroda¹⁴.

Uz to, veoma je neizvesno šta danas treba podrazumevati pod "političkim partijama". Kao što je Leslie Sklair tvrdio, a Luciano Gallino dokumentovao, demokratije već delaju kao uređenja kojima dominira

¹² Uporedi L. Gallino, *Con i soldi degli altri*, cit., str. 8-9.

¹³ L. Gallino, „Cosi l'Occidente produce la fame nel mondo”, *La Repubblica*, 10/05/2008.

¹⁴ A to se događa uprkos tome što se radi o principima koje su neku deceniju ranije usvojili, idući za tragom Webera e Schumpetera, ugledni teoretičari kao Hans Kelsen, Giovanni Sartori, Raymond Aron, Robert Dahl, Norberto Bobbio. Videti H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1955.; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, il Mulino, 1957.; R. Aron, *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard, 1965.; J. Plamenatz, *Democracy and Illusion*, London, Longman, 1973.; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984.; R. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

takozvana "nova kapitalistička transnacionalna klasa". Ona upravlja procesima globalizacije sa visina kristalnih kula u metropolama kao Njujork, Vašington, London, Frankfurt, Nju Delhi, Šangaj¹⁵. U tom kontekstu sistem političkih partija je u priličnim nevoljama. Partije nisu više prenosioci političkog predstavnštva koje podržavaju sopstveni aktivisti i birači. Sad se već u središtu demokratskog života triumfalno uzdiže televizijski ekran, preko kojeg se politički lideri obraćaju građanima izlažući, u skladu sa preciznim strategijama televizijskog *marketinga*, proizvode koje nameravaju da prodaju. Preko tajnih kružoka partije distribuiraju sopstvenim saradnicima finansijska sredstva, ekonomske i političke koristi i privilegije¹⁶.

Pored toga, pouzdane analize donose sve jasnije na videlo *bipartisan*¹⁷ logiku koja navodi političke partije da se međusobno dogovore o svemu onome što je bitno za njihovu stabilnost kao bogatih birokratskih aparata. Jedan senzacionalan primer predstavlja impozantno samofinansiranje partija koje u potpunosti izmiče svakoj kontroli ili sankciji¹⁸. A tesna veza kolektivne solidarnosti je takva da omogućava skupu partija da konkurišu ostalim subjektima nacionalne poliarhije. Što se tiče Italije, pomislite samo na strukture vlasti koje nije preterano nazvati "kvazidržavnim": Mafija, kalabrijska N'drangeta, napuljska Kamora, dileri drogom, velike poslovne banke, osiguravajuće kompanije i, ne poslednje, tajne službe. Na istoj talasnoj dužini sa ovim "javno-privatnim" subjektima većina partija dejstvuje van političkog sistema i katkad, protiv pravnog uređenja. Pomislite samo – još uvek se radi o Italiji – na gustu mrežu javnih tendera koja deluje kao milijarderski centar korupcije i primanja mita političkih lidera, javnih funkcionera i menadžera.

Treba dodati da javno mnjenje ne raspolaže izvorima informacija nezavisnim od svetskog telekratskog sistema. Lokalne informacione vlasti povezane su sa međunarodnom strukturom multimedijalne industrije. Transnacionalne korporacije koje su monopolizovale televizijske stanice, većinom su ustoličene u Sjedinjenim Državama: između ostalih *Time Warner*, *Disney*, *Bertelsmann*, *Viacom*, *News Corporation*, *Sony*, *Fox*. Reklamne emisije šire po celom svetu jako sugestivne simbolične poruke

¹⁵ Videti L. Sklair, *The Transnational Capitalist Class*, Oxford, Blackwell, 2001.; L. Sklair, „The end of capitalist globalization”, in M.B. Steger (priredio), *Rethinking Globalism*, Maryland, Rowman and Littlefield, 2004., str. 39-49; L. Sklair, „The globalization of human rights”, *Journal of Global Ethics*, 5 (2009), 2, str. 81-96; L. Gallino, *Con i soldi degli altri*, cit., str. 123-40.

¹⁶ Uporedi N. Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971., posebno na str. 9-45, 53-89.

¹⁷ Upućujem na moj esej „Il ‘doppio Stato’ e l’autoreferenza del sistema dei partiti”, u D. Zolo, *Complessità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987., str. 137-53.

¹⁸ Upućujem na moj esej „Il ‘doppio Stato’ e l’autoreferenza del sistema dei partiti”, u D. Zolo, *Complessità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 1987., str. 137-53.

koje veličaju bogastvo, potrošnju, spektakl, nadmetanje, uspeh, čari ženskog tela. Nagoni za sticanjem onih koji primaju te poruke na taj način se stimulišu u skladu sa interesima kapitalističke ekonomije sad već dominantne na svetskom nivou¹⁹.

Procesi globalizacije čine sve manje verovatnim očuvanje delikatnih mehanizama demokratije. Oni se zamenjuju formama vršenja vlasti koje su koncentrisane u rukama malobrojnih eksperata bez skrupula. Izvršna vlast zauzima mesto – parlament je sad već lišen autonomnih funkcija – onoga što je nekad bila volja "suverenog naroda". Otuda odsustvo aktivnog učešća građana i opadanje osećanja pripadnosti nekoj kulturnoj i demokratskoj zajednici.

Pored toga, proces globalizacije doveo je u krizu strukture *Welfare state-a* (države blagostanja –prim. prev.) i potpomogao je nastanak režima koji su, mada još uvek mašu zastavom demokratije, u stvarnosti, elitističke, tehnokratske i represivne oligarhije. To su režimi usmereni na čistu ekonomsku i finansijsku delotvornost, na blagostanje dominantne klase i diskriminaciju siromašnih državljana, posebno doseljenika koji se neretko tretiraju kao "varvarski okupatori".

U tom okviru, proces globalizacije još više pogoršava društvene neuravnoteženosti koje *Welfare state* nije rešila. Globalno nadmetanje nameće konkurenciju pre svega u najslabijim proizvodnim sektorima počevši od radne snage. Zavisani rad je sada već oskudan, privremen, segmentiran, malo plaćen, između ostalog i zbog konkurencije zemalja koje karakteriše višak radne snage i slaba zaštita radnika²⁰.

U većini zapadnih zemalja procesima globalizacije odgovara duboka transformacija kaznenih i represivnih politika: transformacija za koju je Loïc Wacquant skovao izraz "od socijalne države do kaznene države"²¹. Zapadne zemlje daju sve veću važnost policijskoj zaštiti lica i njihove imovine. A zatvorska administracija teži da se proširi sve više. Naime, smatra se da je zatvor najefikasniji instrument da se odupre poremećajima izazvanim

¹⁹ U poslednjoj deceniji posebno, proces komunikativne integracije je bio toliko intenzivan i brz da je potvrdio ideju o "kibernetikom globalizmu" sposobnom da umreži svet, to jest, da ga obavije u gustu potku informativnih i komunikativnih veza, ne isključujući mreže za kibernetiko-satelitsko praćenje i špijunažu, kako za industrijske, tako i za vojne svrhe. Jedan primer toga predstavljaju Echelon i sporazum UK-USA, koji integriše agencije za elektronsku špijunažu pet glavnih angloameričkih zemalja. Naredna etapa, već uveliko pokrenuta, neće biti ništa drugo nego industrijalizacija i militarizacija kosmosa.

²⁰ Videti: G. Gareffi, M. Korzeniewicz, R.P. Korzeniewicz, *Commodity Chains and Global Capitalism*, Westport, Greenwood Press, 1994.; R. Jenkins, *Transnational Corporations and Uneven Development*, London, Methuen, 1987.

²¹ Videti L. Waquant, *Les prisons de la misère*, Editions Raisons d'Agir, Paris 1999., it. prev. Milano, Feltrinelli, 2000.

rušenjem socijalne države i društvene sigurnosti koji sve više nasrće na slabe i obespravljene subjekte.

Egzemplaran primer predstavljaju kaznene i zatvorske politike koje se poslednjih trideset godina upražnjavaju u Sjedinjenim Državama i, sa izvesnim zakašnjenjem, i u Velikoj Britaniji i ostalim evropskim zemljama uključujući Italiju. Sjedinjene Države zauzimaju prvo mesto u zatočenju sve većeg broja osuđenika. Od 1980 godine do danas zatvorenička populacije se više nego utrostručila, dostižući 2007 godine cifru od 2.300.000 zatvorenika²². Za sada nema zvaničnih podataka o rasprostranjenosti samoubistava u zatvoru.

3. SUMRAK PACIFIZMA

Što se tiče mira, po mom mišljenju njega međunarodne institucije nisu nikad tako otvoreno kršile bez imalo uvažavanja međunarodnog pisanog i običajnog prava. U kontekstu globalizacije agresorski rat se sve više legalizovao i "normalizovao" kao "pravedan rat". Velike zapadne sile izjavile su da koriste rat kao esencijalan instrument za širenje ljudskih prava i demokratije po celom svetu. A kao garanciju budućeg mira one pribegavaju *war on terrorism* (ratnom pohodu protiv terorizma –prim. prev.), koji se proteže u skoro svaki ugao planete²³. Poslednjih dvadeset godina međunarodne institucije, pre svega Savet bezbednosti Ujedinjenih nacija i Međunarodni krivični sud, beskrupulozno su potpomogle ratnu politiku Sjedinjenih Država i njihovih saveznika.

Proizvodnja i trgovina ratnim naoružanjem, uključujući nuklearno i kosmičko, sad su već van kontrole takozvane "međunarodne zajednice" i njenih institucija. A upotreba tog oružja zavisi od "odluke o ubijanju" koju donose državni i nedržavni organi prema svojoj strateškoj računici, ne samo političkog, već pre svega ekonomskog karaktera. Izvan bilo kakvog sudskog postupka, izriču se kolektivne smrtne kazne za hiljade osoba koje nisu odgovorne nizakakavo krivično delo, niti nose bilo kakvu moralnu krivicu. Smrt, tortura, teror su sastavni delovi jednog obreda koji više ne izaziva nikakvu emociju. Globalno gubilište pruža jednu svakodnevnu predstavu, očekivanu i ponavljajuću tako da je već otužna za velike televizijske mase.

Svako može videti neuspeh autokratskog pacifizma Ujedinjenih nacija i Međunarodnih krivičnih sudova *ad hoc*, osnovanih po volji Sjedinjenih Država. Da bi se to dokazalo dovoljan je kratak pregled agresorskih ratova

²² Videti L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

²³ O toj temi videti R. Pape, *Dying to Win: The Strategic Logic of Suicide Terrorism*, New York, Random House, 2005.; it. prev. Bologna, Il Ponte, 2007.

koje su pokrenule zapadne sile počevši od početka devedesetih godina prošlog veka. Radi se o ratovima koji se mogu definisti "terorističkim" zbog krvoločnog nasilja kojim su vođeni i kojim se još uvek vode. Započet 2001. godine, rat u Avganistanu je još u toku po volji američkog predsednika Barack-a Obama-e. Ali tu se radi o "terorističkim ratovima" i zato što su oni uzrok terorističkog odgovora od strane islamskih zemalja koje su napadnute, mučene i vojno okupirane²⁴.

Zato se može tvrditi da je terorizam danas nova vrsta rata. On je srce "globalnog rata" koji je pokrenuo Zapad. A terorizam je jedan od razloga za širenje nesigurnosti i straha u tom zapadnom svetu. U eri globalizacije sumrak ljudskih prava i demokratije poklapa se sa sumrakom solidarnosti i otvaranja dijaloga sa "različitim". To je globalni sumrak koji pomračuje plemeniti san koji je imao Norberto Bobbio: san o jednom ujedinjenom i pacifikovanom svetu kojim bi vladala jedna nadnacionalna vlast²⁵.

Ako se ovo tumačenje može prihvatiti, onda je dopušteno tvrditi da su Zalivski rat 1991 godine i potom ratovi pokrenuti protiv Savezne Republike Jugoslavije, Avganistana, Iraka, Libana, Palestine i Libije označili trijumf "humanitarne" pritivnosti u terorističkoj upotrebi vojne moći. Posebno ratovi koje je NATO vodio prvo protiv Savezne Republike Jugoslavije a zatim protiv Libije, mogu se uzeti kao arhetipovi terorističkog agresorskog rata koji se vešto predstavlja kao humanitarni rat. U stvarnosti radilo se o agresorskim ratovima usmerenim da se ostvari neoimprijalistički plan o globalnoj hegemoniji na političkom, vojnom i iznad svega ekonomskom terenu.

Erozija ljudskih prava, demokratije i mira je prema tome rezultat jednog globalnog procesa koji su htele zapadne sile, a koji su obezbedile ekonomsko-finansijske institucije koje upravo ugrožavaju same osnove ljudskog postojanja.

4. ZAKLJUČAK

Zaključujem pitajući sebe samog i onoga ko čita ovaj tekst može li se nazreti neko rešenje za tragedije koje prolivaju krv po svetu. Ne mogu a da

²⁴ U razmaku od nekih dvadesetak godina agresorski ratovi na području Zapada i Srednjeg Istoka pogodili su Irak (1991), Srbiju, Avganistan, ponovo Irak (2003), Liban, palestinske teritorije, Libiju, da navedem samo one najvažnije. U tim ratovima vođenim u ime univerzalnih vrednosti, nije bilo nikakvih "humanitarnih" ograničenja primenjenih ratnih instrumenata.

²⁵ Norberto Bobbio 1990. je godine napisao : „Ljudska prava, demokratija i mir su tri neophodna momenta samog istorijskog pokreta: bez priznatih ili zaštićenih ljudski prava nema demokratije; bez demokratije nema ni minimalnih uslova za mirno rešenje sukoba”; uporedi N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990., str. VII.

ne pomislim na hiljade dece koji svakog dana umiru zbog neuhranjenosti, na stotine hiljada sitnih poljoprivrednika samoubica, na bezobzirnu diskrepanciju bogatstva i siromaštva, moćnih i slabih, između nas i "drugih". Mislim na propast demokratskih institucija i depresiju novih generacija bez kolektivne solidarnosti i budućnosti. Mislim na Libiju razrušenu strahovitim bombardovanjima NATO-a i na decenijski rat koji se još uvek vodi u Avganistanu.

Moram priznati, ako je moje priznanje uopšte pažnje vredno, da ne očekujem bolji svet. Ljudska prava, demokratija i mir upravo zalaze iza gustih oblaka globalizacije i terorističkih ratova koje ona povlači za sobom. Nisam optimista, kao što to nije bio ni Norberto Bobbio. Moj pesimizam mi ne dozvoljava da nazrem tračak svetlosti na horizontu. Pa ipak ne zaboravljam maksimu kojom se Bobbio nadahnuo:

"Ponekad se događalo da zrno peska nošeno vetrom zaustavi motor neke mašine.

I kad bi verovatnoća da zrno peska nošeno vetrom završi u zupčanicima motora i zaustavi mu kretanje iznosila milijardu milijarditih delova, mašina koju upravo konstruišemo je previše monstruoza da ne bi vredelo truda izazivati sudbinu"²⁶.

To je osnovni razlog zašto ne poričem da je vredno truda boriti se *in extremis* i izazivati sudbinu.

²⁶ Uporedi N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino, 1984., str. 94-5.

Danilo Zolo

I DIRITI UMANI, LA DEMOCRAZIA E LA PACE IN UN'EPOCA DI GLOBALIZZAZIONE

In questo saggio Zolo affronta tre temi dei quali si è intensamente occupato nella sua attività di teorico politico e di scrittore. I diritti umani, anzitutto il diritto alla vita, sono presentati da Zolo come una ideologia e un movimento politico in grave crisi nel contesto del processo di globalizzazione. E per „globalizzazione” egli intende la crescente espansione delle relazioni sociali fra gli esseri umani, dovuta anzitutto allo sviluppo tecnologico, alla rapidità dei trasporti e alla rivoluzione informatica. In secondo luogo Zolo intende sostenere che sta diventando problematica anche la conservazione e la difesa delle istituzioni democratiche tuttora esistenti in Occidente. Egli sostiene che il concetto di democrazia è ormai al tramontato. Come già nel secolo scorso Max Weber e Joseph Schumpeter avevano intravisto, le stesse nozioni di „rappresentanza”, di „sovranità popolare” e di „interesse collettivo” sono ormai dogmi illuministici senza alcun rilievo politico e lontanissimi dalla cultura popolare. Per „democrazia” si intende ormai una società dominata dalla rivoluzione tecnologica, dalla globalizzazione e dallo strapotere delle corporations internazionali. In terzo luogo Zolo sostiene che il potere economico-finanziario si è concentrato nelle mani di poche superpotenze e l'applicazione del diritto internazionale è ormai subordinato alla loro assoluta volontà militare. Il diritto e le istituzioni internazionali sono sempre più condizionati dagli interessi politici ed economico-finanziari delle grandi potenze, a cominciare dagli Stati Uniti d'America e dai loro alleati europei.

PAROLE CHIAVE: *Diritti umani -- Democrazia – Pace – Pacifismo
-- Globalizzazione*

(Prevod: Zoran Katanić)

Milica V. Matijević, M.A.
Researcher
Institute of Comparative Law,
Belgrade

Originalni naučni rad
UDK: 336.211 (497.115)

ON CERTAIN ASPECTS OF THE SYSTEM OF TAXATION OF IMMOVABLE PROPERTY IN KOSOVO AND PROPERTY RIGHTS OF INTERNALLY DISPLACED PERSONS

The immovable property tax system established in Kosovo after the 1999 conflict could serve as a useful case study of the way in which the public policies could negatively affect the returns process. The paper examines legal framework regulating the immovable property tax in Kosovo vis-à-vis its effects on internally displaced persons' property rights and their prospects of return. The relevant legislation is analysed through the prism of the limited capacity of internally displaced persons (IDPs) from Kosovo to use their immovable property in the place of origin and with regards to its compatibility with the applicable international human rights standards. The author argues that although the imposition of immovable property tax is a legitimate restriction of the right to property, this goal should not be pursued in a way that could aggravate vulnerability of displaced persons and further undermine their prospects of return.

Key words: *displacement, post-conflict property repossession, return, immovable property tax, protection of IDPs, proportionality test, indirect discrimination*

INTRODUCTION

Post-conflict property repossession is not an end in itself. When dispossessions by physical treats, fear, intimidation and other methods used during the civil conflicts are finally remedied, a number of other steps must be taken to enable those who were forcefully displaced to restart their lives. Public policies play an important role in that process. Without the competent

authorities paying attention to the specific needs of the displaced population in every aspect of their policy and practice, property repossession is less likely to lead to the sustainable return. In fact, a public policy that ignores the specific features of the life in displacement can reverse results of the property repossession.

The immovable property tax system re-established in Kosovo after the conflict could serve as a useful case study of the way in which the public policies could negatively affect the returns process. This paper analyses the legal framework regulating the immovable property tax in Kosovo with regards to its effects on internally displaced persons' property rights and their prospects of return. The author argues that although the collection of immovable property tax is a legitimate restriction of the right to property, this goal should not be pursued in a way that could aggravate vulnerability of displaced persons and further undermine their prospects of return.

The relevant legislation is first examined through the prism of the limited capacity of internally displaced persons (IDPs) from Kosovo to use their immovable property in the place of origin. Here, by analysing several displacement-related obstacles to the effective enjoyment of IDPs in their rights over immovable property, the paper shows that the property tax system established in Kosovo could lead to indirect discrimination of this group. In the second part of the paper, the property tax law is examined vis-à-vis its compatibility with the applicable international standards. In light of these observations several recommendations on how to remedy the identified deficiencies of the immovable property tax system in Kosovo are brought forward in the conclusion.

1. Re-establishment of the immovable property tax system in the post-conflict Kosovo

The basis of the system of taxation of immovable properties in the post-conflict Kosovo was laid down by the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK). Already in 2001, UNMIK enacted basic rules and initiated a municipal pilot programme for the imposition of taxes on immovable property.¹ In 2003 a comprehensive legal framework for the taxation of immovable property was set.² The system of collection of property taxes so established was based on a decentralized model of tax collection where each municipality sets its own tax goals and a method of collecting tax revenues.

¹ UNMIK Regulation 2001/23 on the Pilot Program for Imposition of Taxes on Immovable Property in Kosovo, brought on 29 September 2001.

² UNMIK Regulation 2003/29 on Taxes on Immovable Property in Kosovo, brought on 5 September 2003.

Although the complete revenues from the immovable property taxes were to be retained and used by municipalities, the system was not effective. For instance, in 2006 only one municipality met its tax revenue targets, while thirteen municipalities collected less than one-half of planned revenues.³ In the same year only one per cent of the total public revenue was generated through the immovable property tax collection.⁴

After several attempts aimed at establishing a functional system of collection of property taxes, in 2010 the decentralized model of tax administration was replaced with a top-to-bottom approach. The new system introduced a unified method of tax collection to be applied by all municipalities. The municipal property tax offices were authorised to collect revenues on their own only if they had met the prescribed requirements.⁵ In addition to this a Kosovo-wide survey was initiated in the same year with the objective of collecting data on all registered properties.⁶

Although the substantive tax norms remained in essence the same as set by UNMIK, only after these organisational changes the true effects of the tax policy created in Kosovo could be observed. The increased efficiency of property tax collection revealed several aspects of the newly established tax system that could have far reaching negative consequences on the position of IDPs.

³ Despite the fact that in 2005 the Provisional Institutions of Self-Governance in Kosovo adopted the Incentive Grant for the Property Tax, which provided for additional monies to be distributed from the central government to the municipalities that reached their 2006 revenue targets. See more on this in: Melinda Bair, *Tax Policy as a Mechanism to Secure Kosovo's Independence: A Proposal to Reform the UNMIK Tax Regulations*, available at <http://pbosnia.kentlaw.edu/melinda-bair-ROLXFinalBair.htm> (last accessed on 6 September 2012).

⁴ Information found in a brief description of the SIDA Project for the improved property tax collection in Kosovo, available at: <http://www.sida.se/English/Countries-and-regions/Europe/Kosovo/Programmes-and-projects1/Improved-Property-Tax-Collection-in-Kosovo/> (last accessed on 6 September 2012).

⁵ Otherwise, the tax-collection process should be run centrally by the Immoveable Property Tax Department of the Kosovo Ministry of Finance. Article 23 of the Law on Taxes on Immoveable Property No. 03/L –204, enacted by the post-UDI Kosovo Assembly on 7 October 2010.

⁶ Property Tax Department of the Kosovo Ministry of Finance, *Property Tax Guide*, 2011, p.7, available at <http://tatimineprone-rks.org/en/> (last accessed on 15 August 2012).

2. Legal framework regulating tax on immovable property and the specific position of IDP owners of immovable property in Kosovo

Since 2010 the tax on immovable property is in effect regulated⁷ by the Law on Taxes on Immovable Property (further: “Law on Property Tax”).⁸ Previously, the tax authorities were applying UNMIK Regulation 2003/29 on Taxes on Immovable Property in Kosovo, promulgated in September 2003, and slightly amended in 2004⁹ and 2006 respectively.¹⁰

In its major parts the Law on Property Tax repeats the provisions contained in the UNMIK legislation. Both sets of laws establish a uniform property tax liability for all natural or legal persons who own or possess property in Kosovo. Although around 250.000 persons have been displaced from Kosovo since 1999,¹¹ the tax laws enacted in Kosovo do not differentiate between the taxpayers residing in Kosovo and IDPs who, for the various conflict-related reasons, do not benefit from their property rights. Moreover, neither international nor local legislators took into account displacement-related obstacles to IDPs and their property being effectively included in the newly established property tax system.

3.1. Tax on immovable property and the actual use of property

The tax liability and all related rights and duties are established uniformly for any natural person owning or lawfully possessing immovable

⁷ After the unilateral declaration of independence (UDI) in February 2008, numerous laws and other legal acts have been adopted in Kosovo that are substituting, in effect, the previous legislation. No legislation passed by the Kosovo Assembly after the UDI has been promulgated by the United Nations Special Representative of the Secretary General (SRSG), which is contrary to the UN SC Resolution 1244 and the legal framework created by UNMIK (see Section 1.1 of UNMIK Regulation No. 1999/24 on the Law Applicable in Kosovo and Section 9.1.45 of UNMIK Regulation No. 2001/9 on Constitutional Framework for Provisional Self-Government in Kosovo). Given this, nothing in this paper should be taken to imply recognition of the legitimacy of the legislation adopted after the UDI. The author believes that the resolution of this issue should be endorsed through a mutually agreed settlement between the authorities in Kosovo and the authorities of the Republic of Serbia.

⁸ Law on Taxes on Immovable Property No. 03/L –204.

⁹ UNMIK Regulation 2004/24 amending Regulation 2003/29, as amended, on Taxes on Immovable Property in Kosovo, brought on 26 July 2004.

¹⁰ UNMIK Regulation 2006/59 amending Regulation 2003/29 on Taxes on Immovable Property in Kosovo, brought on 22 December 2006.

¹¹ According to the last estimates, the Republic of Serbia is currently hosting approximately 210.000 persons. See UNHCR, *2012 UNHCR Country Operations Profile – Serbia* (and Kosovo: SC Res. 1244), p. 252, available at: <http://www.unhcr.org/4ec2310915.pdf> (last accessed on 6 September 2012).

property in Kosovo.¹² The law does not provide for any exception on the ground of displacement¹³ even though a significant portion of the Kosovo pre-conflict population still lives in displacement. IDP owners are liable for payment of property taxes although they could not use their immovable property because of the conflict or displacement. They are held liable for the taxes on property even when their immovable property has been illegally occupied. Whether or not the IDP owners sought protection of their property rights before the judicial or quasi-judicial bodies in Kosovo has no relevance in determining their tax liability.

Displacement or other conflict-related obstacles to the use of property cannot be invoked as a reason to appeal the tax bill. The right of appeal, as envisioned in Article 22 of the Law on Property Tax, covers only the cases of excessive taxation. According to it, the appeal can only be lodged on the ground that the assessed value of the property is not in accordance with its market value, that there are errors in the property tax database, such as applicable tax rate, or “that the tax bill is otherwise incorrect”.¹⁴

Even though the low socio-economic status common for many IDPs is to a great extent caused by impossibility to use their immovable property in Kosovo, there are no legal provisions that would provide for their tax relief. Where the payment of property tax would place undue hardship on a taxpayer he or she can only ask for a tax deferral¹⁵ but under no circumstances could the taxpayer be permanently exempted from the accrued property taxes.¹⁶ According to Article 24 of the Administrative Instruction 08/2011 on Immovable Property Tax Collection, if a taxpayer cannot pay the tax debt due to his or her financial conditions, the taxpayer should address the Ministry of Social Welfare for assistance. Since IDPs cannot become beneficiaries of the social welfare system due to the residence related

¹² Article 4 of the Law on Property Tax.

¹³ The only exception to the general tax liability established by the Law on Property Taxes is envisioned in relation to the property “exclusively exploited for public benefit purposes” by certain category of organisations and institutions. Article 8 of the Law on Property Tax exempts from the payment of property taxes institutions of the Kosovo government, UN and its specialized agencies operating in Kosovo, EU and its agencies, KFOR, ICO, EULEX, other intergovernmental organisations, as well accredited NGOs, religious institutions and cultural and historical monuments. The same was the case with UNMIK Regulation 2003/29, which provided exemptions in its Section 7.

¹⁴ Although it is not fully clear what is the exact meaning of the last criteria contained in Article 22 para. 1 of the Law on Property Tax. See also Article 3 of the Administrative Instruction No. 05/2011 on Appeal Procedures for Immovable Property Tax.

¹⁵ Article 16 of the Law on Property Tax.

¹⁶ Article 24 para. 5 of the Administrative Instruction No. 08/2011 on Immovable Property Tax Collection.

requirements introduced after the unilateral declaration of independence (UDI),¹⁷ in practice they should pay taxes even if that could affect their and their family members life sustenance.

3.2. Tax on immovable property and illegally occupied property

Although the legislator did not see the need to exempt from tax liability those whose property is or has been illegally occupied, it did recognise the necessity of ensuring that widespread instances of illegal occupation of IDPs' properties do not affect the level of collected tax revenues.

The Law on Property Tax is unique in Europe¹⁸ with regards the way it defines the taxpayer. The rule that determines who shall be or could be held liable for property tax is laid down in its Article 5 which reads as follows:

- “1. The person liable for the payment of property tax is, in the first instance, the property owner.
2. If the property owner cannot be determined or cannot be located, the taxpayer is the natural or legal person who uses the immovable property.
3. If the owner or lawful user of immovable property cannot be determined, or can be determined but *has no access to the immovable property*, the taxpayer shall be the physical or legal person that *actually uses the property*. Such decision shall not confer any rights on the user regarding the right of ownership (italic added).”

The cited article shows that its drafters were aware that a great number of owners might not be able to use their immovable properties in Kosovo either because they are displaced or because their property has been illegally occupied. In order to ensure collection of property tax even in those cases,

¹⁷ The post-UDI changes of legal framework have significantly affected the rights of IDPs arising from the concept of “habitual residence” used by UNMIK to ensure that IDPs enjoy rights equally to those enjoyed by the non-displaced population. See Article 4 of the Law No. 04/L-096 on Amending and Supplementing the Law No. 2003/15 on Social Assistance Scheme in Kosovo, enacted on 10 May 2012.

¹⁸ According to a survey on the European property tax systems, in some of the European countries users are made responsible for paying the property tax when they use property owned by the state or when the owner is unknown. See: Richard Almy, *A Survey of Property Tax Systems in Europe*, (Final draft), 67-68, 2001, available at www.agjd.com/EuropeanPropertyTaxSystems.pdf (last accessed on 15 August 2012).

the law establishes some kind of primary and secondary tax liability. The rule contained in Article 5 designates the owners or lawful possessors to be the “principal taxpayers” while those who are lawfully or unlawfully using property are the “secondary taxpayers”.

When placed in the post-conflict context of Kosovo it becomes clear that the given provisions indeed cover the most usual scenarios of what happened to the immovable property of IDPs after displacement. Without mentioning them explicitly, the law presupposes three types of situations typically experienced by displaced persons in relation to their property rights. Firstly, if the property owner cannot be located, which would usually be the case with an IDP owner, the alternative taxpayer will be the person who uses the property with or without the consent of the owner. Secondly, if the immovable property records do not contain data about the owner of a property and the tax authorities cannot identify the owner by surveying of a property because he or she is an IDP, tax can also be paid by the person who lawfully or unlawfully uses the property. The third paragraph of Article 5 covers cases where the owner whose whereabouts are known to tax authorities is not able to exercise his or her property rights because the property has been illegally occupied, which is again very typical for the IDPs’ property. In the last case the illegal occupant or, in the terminology used by the legislator, “the physical or legal person that actually uses the property”, could also be held liable for the payment of taxes.

Further reading of this article shows that although the illegal occupant can have tax liability, the IDP owner as the principal taxpayer retains the responsibility for payment of property taxes.

The primary tax liability of the owner, as established in Article 5, stays intact even if the immovable property has been subject to the repossession proceedings before the Kosovo Property Agency (KPA) – a mass claims mechanism established for resolving conflict-related property repossession claims.¹⁹ Although the number of claims still pending before this body and other figures²⁰ clearly indicate that the post-conflict property repossession process in Kosovo is far from being completed, whether or not a property is being under dispute before the KPA was obviously of no relevance for the legislator. The same holds true for the repossession proceedings initiated before the local courts.

¹⁹ <http://www.kpaonline.org/> (last accessed on 22 September 2012).

²⁰ Such as frequency of illegal reoccupation of immovable property after the eviction conducted by the KPA. See: Kosovo Property Agency, *Annual Report for 2011*, 12-21, available at: <http://www.kpaonline.org/PDFs/AR2011.pdf> (last accessed on 15 May 2012).

There are also other problems arising in relation to the text of Article 5. For instance, the Law on Property Tax establishes the rule on “principal residence deduction“ whereby the taxpayer is granted deduction of ten thousand (10.000) Euro from the taxable value of the property which serves as his or her principal residence.²¹ In case where there is the dual tax liability of the owner and the illegal occupant the question is whose principal residence will be relevant for the application of the given rule.²²

On the same line, it is also not clear who is the primary source of information on the basis of which the tax bill or other decisions of tax authorities are to be determined. According to the law, the illegal occupants are not only “secondary taxpayers” but they also have other tax-related responsibilities. For instance, they are liable for the registration of property in the property tax register; they should enable inspection of property during the property survey; they can appeal the tax bill, etc. Under these circumstances, it is not clear which information will be registered in the property tax register if, for instance, the information provided by the owner were different than those provided by the illegal occupant.

3.3. Fiscal cadastre and the conflict-related changes of the immovable property in Kosovo

The conflict in Kosovo was characterized by massive destruction of property. For that reason identification of “the properties which are to be included in the tax base” was among the first tasks before the tax authorities.²³ This task was, however, not completed, until 2010.²⁴ According to the available information, the re-surveying of the real estate in Kosovo was completed seven years after the tax duty was nominally re-introduced.

In addition to this, the accuracy of the newly established immovable property register, which serves as the principal source of information for the tax authorities about the existing property rights, has been questionable for the various reasons. Before the conflict many property transactions were not

²¹ Article 9 of the Law on Property Tax.

²² Similar question arises in general when it comes to IDP owners as it is not clear whether the tax authorities would treat their abandoned homes in Kosovo as principal residence even though their current residence is in the place of displacement.

²³ That was among the first criteria for the certification of municipalities according to Section 3 of UNMIK Regulation 2001/23.

²⁴ According to the relevant information, the only Kosovo wide surveying for the property tax purposes took place in 2010. See http://tatimineprone-rks.org/images/uploads/files/Copy_of_Survey_EN.pdf (last accessed on 20 August 2012).

registered as a result of the legislation enacted during Milosevic regime²⁵, because the property would often be inherited without the completion of the inheritance proceedings or for other reasons. Following the 1999 conflict a significant portion of property records was destroyed or moved to Serbia proper. Even more problems arose in relation to re-registration of property of IDPs. One of the consequences of forced displacement was that a great number of IDPs lost documentation. For that reason, in the process of property repossession before the Housing and Property Directorate and Claims Commission (HPD/CC)²⁶, claimants were granted only the right to register as the lawful possessors, even in those cases when it was certain that they had had the ownership title.²⁷ In addition, a notable portion of the immovable property assets belonging to IDPs has been object of illegal sales based on forged documents.²⁸ As a result of this a wide gap had emerged between the official property records and facts on the ground which has not been closed yet.

The risk of having an incorrect property tax register is further deepened by certain provisions contained in the Administrative Instruction No. 03/2011.²⁹ This bylaw, in its Article 4 prescribes that, for the purpose of taxing property, data can be gathered by “surveying of premises and gathering data on the ground about taxpayers [and] [...] from the existing documents which are *sufficiently legal* so as to be considered as correct (italic added)”. Apart from contradicting the basic rules on the acquisition of ownership rights on immovable property in Kosovo³⁰, this provision could undermine reliability of the fiscal register. In light of the described problems with the immovable property rights register³¹ this bylaw makes possible that

²⁵ See: Law on Changes and Supplements on the Limitation of Real Estate Transactions (*Official Gazette of the Socialistic Republic of Serbia*, No. 30 of 22 July 1989), as amended on 18 April 1991 (*Official Gazette of Republic of Serbia*, No. 22 of 18 April 1991).

²⁶ In 1999, the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK) established a Housing and Property Directorate and Claims Commission (HPD/CC) to settle residential property disputes in Kosovo. See: UNMIK Regulation 1999/23 on the Establishment of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission of 15 November 1999.

²⁷ Section 22.5 of UNMIK Regulation 2000/60 On Residential Property Claims and the Rules of Procedure and Evidence of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission, brought on 30 October 2000.

²⁸ See: OSCE Mission in Kosovo, *Fraudulent Property Transactions in the Pejë/Peć Region*, 2009, 4.; OSCE Mission in Kosovo, *Kosovo Communities Profile*, 2010, 252.

²⁹ Administrative Instruction No. 03/2011 on Gathering and Registration of Information on the Property and Taxpayer.

³⁰ See Law No. 03/L-154 On Property and Other Real Rights of 25 June 2009.

³¹ UNMIK Regulation 2002/22 on the Promulgation of the Law Adopted by the Assembly of Kosovo on the Establishment of an Immoveable Property Rights Register, brought on 20 December 2002.

the fiscal cadastre includes data which are based solely on the information collected through the field survey or on the “documents which are *sufficiently legal*”.³² Additionally, the bylaw also provides that the information about the property can be collected from the taxpayer whereby the taxpayer is taken to be a person whose tenure over the property “shall be *‘if possible’* supported by the documents (italic added)”.³³ The actual risk is that in this way the illegal forms of tenure, such as tenure based on usurpation and dubious transactions, can be treated in the same way as legal tenure and that this would further undermine the accuracy of the property tax register.

Where the property of an IDP was altered by illegal constructions after the conflict, this would mean that the property tax register could contain not only an inaccurate data on who has a property title but also what is the taxable value of the property. As a consequence of it IDP owners could be held liable for the taxes for immovable property that was illegally constructed on their property.

3.3.1. Taxation of property destroyed during the conflict

Although a great portion of immovable properties destroyed or gravely damaged during the conflict was never reconstructed nor have their owners, in greatest majority of cases being IDPs, ever received compensation for the losses suffered, they are asked to pay property taxes. For the purpose of determining tax rates, all the properties in Kosovo are classified in one of seven categories. One of these categories is determined as “abandoned immovable property and uninhabited structures” i.e. “land and uninhabited and unsteady buildings that cannot be used without making major renovations and changes of materials”.³⁴ A quick look at the list of property tax rates set by municipalities for year 2011 shows that 28 out of 34 municipalities have charged taxes for the property classified as “abandoned”. For instance, in Klinë/Klina³⁵ municipality the tax rate to be applied to the abandoned property is 0,20 % of its market value, which is equal to the tax

³² Article 4 of the Administrative Instruction No. 03/2011.

³³ Article 8 of the Administrative Instruction No. 03/2011.

³⁴ Article 7 para. 2 of the Law on Property Tax. This presents one of the few differences between the Law on Property Tax and the first UNMIK law on property tax, UNMIK Regulation 2001/23, which in its Section 6.2 provides that “[a] municipality may establish that below a certain threshold of value, property will be exempt from taxation.”

³⁵ The names of the municipalities used throughout the paper are in accordance with the rules contained in UNMIK Regulation 2000/43 on the Number, Names and Boundaries of Municipalities, of 27 July 2000.

rate charged in the same municipality for the residential and commercial property.³⁶

3.4. Access to information about the immovable property tax system while in displacement

Another problem arising from the fact that the law treats IDPs in the same way as the other immovable property owners although they are not physically present in Kosovo can be seen in the way the tax authorities have approached the issue of their access to information.

A logical precondition of a functional tax system is the effective and timely dissemination of information about the property taxation. An adequate provision of information to the taxpayers is even more so an essential prerequisite of a tax system when the tax obligations have been newly established or re-established. After the conflict, it took more than a decade to establish a functional tax system in Kosovo. Although the property taxation was nominally established already in 2003, it was not until 2010 that the tax authorities commenced issuing tax bills in a systematic manner while the first tax bills reached IDPs in 2011.³⁷ Given the time gap between the end of conflict until the re-establishment of the tax obligation, as well the physical remoteness of IDPs from the administrative centres in Kosovo, it could have been expected that the tax authorities would have invested significant efforts to pass the necessary information to displaced population. Yet, apart from the general public information campaign conducted in Kosovo, no public information activities specifically designed for the IDP recipients could be identified.

Moreover, it is unclear in which way the tax authorities have planned to establish and maintain communication with the IDP owners. There is no functional postal service between Kosovo and Serbia proper which makes a postal correspondence between the authorities in Kosovo and IDPs to be virtually impossible. In the given circumstances, it is not surprising that many IDPs learn about their tax obligations first time when they try to obtain possession list from cadastre or receive some other municipal service.³⁸

The lack of understanding on the part of legislator that certain portion of immovable property owners might not be able to receive in time all the necessary information about their tax duties is also visible in a way the legislator regulates situation when the tax bill was not successfully delivered.

³⁶ Available at <http://tatimineprone-rks.org/en/> (last accessed on 15 August 2012).

³⁷ According to data collected through the provision of free legal assistance to IDPs within the EU-funded Project "Further support to refugees and IDPs in Serbia".

³⁸ Ibid.

According to the Administrative Instruction No. 08/2011 on Immovable Property Tax Collection, it is for the taxpayer to contact the Municipal Property Tax office if he or she did not receive the tax bill.³⁹ Furthermore, the fact that the taxpayer did not receive the tax bill cannot be taken as a sufficient reason to release him or her from the duty to pay penalty for the delayed payment.⁴⁰

Even more worryingly, although many IDPs received the first tax bill only in 2011, they are held liable for a tax debt accrued for an undetermined number of past years. The lack of transparency of the tax bills prevents IDPs from understanding in which way their tax debt has been calculated.⁴¹ The limited access to information about the tax liability also limits the possibility of lodging an appeal for the accrued tax debt. According to Article 5 para. 1.1 of the Administrative Instruction No. 05/2011, appeals can in principle be lodged only for the bills issued in the current fiscal year. Municipal Board for Complaints, the first instance body that should review the appeals, can only exceptionally review appeals lodged for the tax owed for the previous fiscal years.⁴²

Another limitation of the possibility of challenging tax bill through the appeal procedure of this kind is closely related to the duty of a taxpayer to register taxable property. Namely, the Law on Property Tax establishes duty of the “persons owning, using or occupying immovable property [...] to register that property in the municipal property tax database, and supply the relevant municipality with information concerning the immovable property subject to registration, on or before 1 March of each tax period”.⁴³ According to Article 20 of the Law a failure to fulfil this duty has as a consequence “forfeiture of the right to appeal the tax bill”. Under these provisions one could imagine a situation where an IDP is taxed for the building that was illegally constructed on his illegally occupied property without even having the right to appeal the tax bill because he or she “failed” to timely register the illegally constructed property before the tax authorities.

³⁹ Article 7 para 12.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ According to data collected through the provision of free legal assistance to IDPs within the EU-funded Project “Further support to refugees and IDPs in Serbia”, none of the tax bills received by the Project beneficiaries included specific information about the date from which the tax debt was owed neither an indication of a method used by the tax authorities for the calculation of the tax debt.

⁴² Article 5 para. 1.7 of the Administrative Instruction No. 05/2011 on Appeal Procedures for Immovable Property Tax.

⁴³ Registration of a property is an obligation established in Article 10 of the Law on Property Tax Article 10.

3.5. Failure to pay immovable property tax and the specific position of IDPs

Depending on the phase of the tax collection process a failure to pay taxes and other tax-related debts can lead to a number of different sanctions. If a taxpayer fails to pay taxes, the tax authorities may confiscate or establish mortgage right over his or her personal property, sell his or her personal property, terminate municipal services delivered in relation to the immovable property or, in the final stadium of the tax collection process, seize, establish mortgage rights or sell his or her immovable property.⁴⁴ Within the range of different measures that can be undertaken by the tax authorities for the purpose of collecting taxes, two will be analysed in more detail because of their extremely negative impact on the property and other rights of IDPs. These are the termination of municipal services and the confiscation of immovable property.

3.5.1. Termination of municipal services

According to Article 18 of the Law on Property Tax “if a taxpayer fails to pay the full amount of the outstanding tax, penalties and interests [...] it shall be lawful for the municipal tax collectors to terminate municipal services to the taxpayer’s property”.⁴⁵ In the range of municipal services, which can be terminated for the non-payment of property taxes, the denial of access to cadastre is one that IDPs face more often than others.⁴⁶ This measure should be singled out also for its particularly negative interrelation with some of the already mentioned deficiencies of the property rights guarantees in Kosovo.

According to the relevant bylaw, the extracts from the immovable property rights register or cadastre plans are not to be issued for the immovable property over which there is an outstanding tax debt.⁴⁷ In the

⁴⁴ Procedure for the enforcement of all the enlisted measures standardly involves sending of the written notice to the last known address of a taxpayer and placing of a written notice at his or her residence or working premises.

⁴⁵ The municipal services that shall not be delivered to the taxpayer who fails to pay property taxes are defined in the Administrative Instruction No. 07/2011 on Orders to Ban Offering Municipal Services Aiming Enforced Payment or Property Taxes. These municipal services are supposed to be related to the immovable property, yet, the OSCE Mission in Kosovo in some municipalities has identified instances of the issuance of civil registration documents being conditioned with the payment of property taxes. See: OSCE Mission in Kosovo, *Access to Civil Registration in Kosovo*, July 2012.

⁴⁶ According to data collected through the provision of free legal assistance to IDPs within the EU-funded Project “Further support to refugees and IDPs in Serbia”.

⁴⁷ Article 3 of the Administrative Instruction No. 07/2011 on Orders to Ban Offering Municipal Services Aiming Enforced Payment or Property Taxes.

Kosovo context characterised by problems related to the accuracy of the immovable property register and to the widespread instances of illegal occupation of private property, a denial of access to the cadastre further decreases the IDPs' chances to protect their properties. Without having access to the public records, the capacity of IDPs to prove ownership or other title over the property is barely possible. As a consequence of this not only are they asked to pay taxes for the property they have no access to, but also they are further hampered in their attempt to protect their property rights before the relevant institutions. Such a measure can also become an obstacle for the free disposal of one's property or can lead to the sale of property at price that is below the market value of the property.

3.5.2. Confiscation of immovable property

Even more worrying is the possible loss of property title as a consequence of a failure to pay accrued taxes. The Law on Property Tax prescribes that "[i]f, after two years from the final notice for payment of tax the taxpayer's debt has still not been paid, the municipality may deliver a notice of seizure or establishment of mortgage right for the immovable property".⁴⁸ As in other aspects of the tax collection process, while drafting these provisions the legislator did not give any consideration to the specific position of IDPs.

Firstly, there is the already raised question of whether a fair balance between the public policy objectives and individual rights could be set when it comes to taxing of property belonging to IDPs. The displaced owners are taxed for the property they could not use for reasons which are not their personal choice but simply because there were no conditions for their return to the place of origin. Furthermore, if the property belonging to IDPs, as it is often the case in Kosovo, is or has been illegally occupied, taxation of it would in effect mean that IDP owners are asked to pay taxes for the property they could not use because the responsible institutions failed to protect their property rights. All these questions are even more troubling in light of the possibility of such immovable property being seized and sold by the tax authorities.

Second important question to be answered is on the basis of which parameters would the tax authorities categorize IDP property as residential or commercial? According to the last paragraph of Article 19, the residential property "cannot be sold in a public auction or otherwise involuntarily seized". Yet, the question is whether the tax authorities will grant this right to the taxpayers whose temporary residence is elsewhere due to displacement? This question is even more valid in the light of the post-UDI

⁴⁸ Article 19 para. 1.

changes of the legislation that have significantly altered the possibility of IDPs to have residence in Kosovo,⁴⁹ and the fact that by law the illegal occupant is a “secondary taxpayer”. In the Kosovo context it is not that hard to imagine the situation where an IDP owner, whose property is used by illegal occupant for commercial purposes, is threatened with its seizure because the tax authorities considered it to be the commercial property even though it served as the rightful owner’s residence before the conflict.

Another notable feature of these provisions is that the law does not set any mechanism which would ensure that ownership, or any other legal tenure over property existing at the moment of public sale, are adequately protected. Namely, according to Article 3 of the Administrative Instruction No. 09/2011 For the Loss of the Right on Property, the notice of sale shall contain declaration that the “property will be sold **“as if it is”** with no guarantee to the [...] ownership (emphasis added)”.⁵⁰

The analysed provisions also lack other important safeguards for IDPs. The law does not envision any specific procedure for notifying the IDP owner that his or her property will be the object of a public auction. A copy of the notice for sale should be sent to the “taxpayer” and not exclusively to the property owner or lawful possessor i.e. it is not clear whether the notice of upcoming sale would be considered as successfully delivered if it has reached solely the illegal occupant. There is also the problem of notifying IDP owners, whose whereabouts in majority of cases are not known to the tax authorities. Further question is how could the notification be delivered without an effective postal system connecting the places in Kosovo and Serbia proper?⁵¹ It is also of little avail for IDPs that the Law stipulates the notice of sale to be published “at least in one of the daily newspapers with big circulation in Kosovo [and] placed at least in three public visible places in the municipality or local community in which the property to be sold is located”.⁵² Taking into account the very basic

⁴⁹ See footnote no. 20.

⁵⁰ This is particularly worrying when it comes to IDP taxpayers in light of the problematic accuracy of the immovable property register in Kosovo and the fact that the law establishes tax liability of the illegal occupant as the secondary taxpayer.

⁵¹ If the attempt to submit the notice to the taxpayer personally has failed, “a copy of the notice should be sent to the last known address of the taxpayer”.

⁵² For instance, the Law on Property Tax does envision that the “list of properties subject to seizure shall be announced in a major Albanian language publication of general circulation in Kosovo and a major Serbian language publication”, but the bylaw which further regulate the forfeiture of property does not repeat this provision but just stipulates that “[t]he announcement of sale will be published in the local newspaper if there is such a newspaper in the region. In such a place where there is no newspaper at the general circulation in that region, then the announcement of sale will be stuck on the walls of the nearest municipal offices of the place of its sequestration and in at least two other public places.”

features of displacement, it is obvious that none of these methods of announcing forfeiture and sale of property could be reliable when it comes to IDPs.

3. Compatibility of the legal framework regulating the immovable property tax with the applicable international human rights standards

International public law recognizes the right of national authorities to control the use of private property in accordance with the public interest. This entitlement includes the power to impose taxes and take measures which are necessary to secure their payment. The right of a state to limit the right to property, if that is necessary for the enforcement of its tax legislation, is expressly recognized in the second paragraph of Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights (European Convention). According to the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), State Parties to the Convention enjoy a wide margin of appreciation in this field.⁵³ The decisions about what kind of taxation policy a state should pursue “will commonly involve the appreciation of political, economic and social questions, which the Convention leaves within the competencies of the Contracting States”.⁵⁴

4.1. Taxation of the immovable property of IDPs and the right to return

This, however, does not mean that national authorities are free to impose any tax regime they deem may fit to their public policies. As the ECtHR stated in *WASA Omsesidigt, Forsakringsbolaget Valands Pensionsstiftelse v. Sweden*,⁵⁵ a government should strike proper balance between the need to generate revenues and other public policy objectives.

The above-presented analysis of the legal framework regulating property tax in Kosovo provides elements for the conclusion that the authorities in Kosovo have not achieved such balance. Return of displaced population is among the principal duties of the local authorities.⁵⁶ Yet, the

⁵³ Kosovo is not a signatory of the European Convention or of any other international or regional human rights instrument. However, its provisions are applicable in Kosovo by virtue of Article 22 of the post-UDI Constitution of Kosovo.

⁵⁴ *Kaira v. Finland*, Application No. 27109/95, Decision of 15 May 1996.

⁵⁵ Application no. 36689/02, Decision of 9 January 2007.

⁵⁶ This duty is explicitly laid down in Article 156 of the post-UDI Constitution of Kosovo from 2008 and it also arises from its Article 22, which provides for the direct applicability of the main international human rights instruments in Kosovo. Nevertheless, on 28 March 2012, the Government of Kosovo adopted a Decision No. 02/68 with the aim of amending the post-

property tax system in Kosovo was set without taking into account the special position of more than 200.000 internally displaced persons. On the same line, there are also no indications that the legislator has given any consideration to the fact that the post-conflict property repossession process in Kosovo is far from being completed. In fact, the risk is that the taxation of the immovable property of IDPs could in itself further hinder the return and property-repossession process. The accrued tax debt over immovable property of IDPs could easily join other serious obstacles to return such as limited access to property and housing, frequent security incidents against private property and the general lack of economic opportunities.⁵⁷

The position of the authorities in Kosovo seems to be contrary not only to the need to properly balance different policy objectives but also to the international standards on post-conflict property restitution and protection of IDPs. The economic sustainability of return policies could be hindered if the accrued taxes are charged for “the newly reposessed but as yet unproductive property of IDPs”.⁵⁸ The United Nations Guiding Principles on Internal Displacement⁵⁹ provide that competent authorities have the primary duty to establish conditions for the voluntary return of IDPs to their homes or places of habitual residence. According to its Principle 29, IDPs who have returned or resettled “shall not be discriminated against as a result of their having been displaced”. On the same line the Pinheiro Principles⁶⁰ require from the competent authorities to “ensure the right to housing, land and property restitution through all necessary legislative means, including through the adoption, amendment, reform, or repeal of relevant laws, regulations and/or practices”.⁶¹

UDI Kosovo Constitution of 2008, including its Article 156. On 15 May 2012 the Constitutional Court of Kosovo decided that the proposed deletion of Article 156 could affect the individual rights and freedoms guaranteed by the Constitution (see: Constitutional Court Decision in Case K038/12).

⁵⁷ Such as theft, vandalism, burglaries and looting of empty returnee houses. See: OSCE Mission in Kosovo, *Community Rights Assessment Report* (Third Edition), 2012, 14-15; OSCE Mission in Kosovo, *Municipal Responses to Security Incidents Affecting Communities in Kosovo and the role of Municipal Community Safety Councils*, 2011, 1, 26.

⁵⁸ Brookings Institution – University of Bern: Project on Internal Displacement, *Protecting Internally Displaced Persons: A Manual for Law and Policymakers*, 2008, 202. In Kosovo this has been recognized in 2008 with regards the unsettled debts for the public utilities services involving property under the administration of the KPA. According to UNMIK Regulation 2008/5, the unsettled debt should not be charged from the property right holder for the property which was administered by the KPA, for the periods when the given property was illegally occupied.

⁵⁹ E/CN.4/1998/53/Add.2.

⁶⁰ E/CN.4/Sub.2/2005/17.

⁶¹ Principle 18.1

4.2. Tax on immovable property and the “ability to pay” principle

For these reasons, it does not seem that the legislator in Kosovo has succeeded in setting the fair balance between the general interest of the community and the individual rights. As the European Court found in *Travis v. Italy*, “[...] the financial liability arising out of the raising of tax or contributions may adversely affect the guarantee secured under Article 1 [of the First Protocol] if it places an excessive burden on the person or the entity concerned or fundamentally interferes with his or its financial position”.⁶² The similar principle is also contained in Article 1 of the International Covenant on the Civil and Political Rights (ICCPR) according to which the national authorities should abide by the “ability to pay principle” when designing their taxation policies.⁶³

As typical for protracted displacement, many IDPs from Kosovo live in poverty because their monthly income does not suffice to cover their life sustenance needs.⁶⁴ According to the available statistics, most of the IDP households with insufficient monthly income do own an apartment or a house in Kosovo (49%) yet, more than half of these persons are subtenants (48.9%) or live with relatives or friends (21.6%).⁶⁵ A plausible conclusion that could be established from these data is that low socio-economic status of IDPs might have been further aggravated by the imposition of immovable property taxes for the property they possess in the place of origin. Yet, as we have seen, the legislator in Kosovo places an unalterable duty on IDPs to pay property taxes. This tax liability cannot be challenged on the ground that a taxpayer could not use his or her property because of displacement nor the applicable law provides any subsidiary tax relief mechanism for IDPs.

4.3. Taxation of immovable property and the duty to protect

Although the poverty of IDPs is often a consequence of the lack of access to their properties in the place of origin because those have been illegally occupied, the tax legislation does not provide any form of exemption for this category of taxpayers. By introducing the concept of illegal occupant as the secondary taxpayer, the Law on immovable Property

⁶² Application No. 13013/87, Decision of 14 December 1988.

⁶³ Kosovo is not a signatory of the ICCPR. However, ICCPR binds its institutions, as its provisions are directly applicable in Kosovo by virtue of Article 22 of the post-UDI Kosovo Constitution of 2008.

⁶⁴ UNHCR and Commissariat for Refugees, *Assessment of the Needs of Internally Displaced Persons in Serbia*, February 2011.

⁶⁵ *Ibid*, 3-4.

takes into account this kind of situations only to ensure the unimpeded collection of tax revenues.

By doing this, it could be further argued, the legislator risks widening the gap between the actual level of protection of property rights in Kosovo and the requirements laid down in Article 1 of the First Protocol. Namely, although Article 5 of the Law on Property Tax includes a safeguard that it “shall not confer any rights on the user regarding the right of ownership” there is a danger that to make possible for the illegal occupants to pay property taxes could further instigate their unlawful expectations over property.⁶⁶ As a result of this it could become even harder for an IDP to evict the illegal occupant from his or her property.

Another type of violation of the right to property as guaranteed by the European Convention could be also caused by the fact that the law does not take into due account changes to property caused by conflict and displacement. To establish the duty of IDPs to pay taxes for the property which has been illegally constructed on their occupied property could place on them an excessive burden. The same could be stated for the taxation of property that was destroyed during the conflict. Here the connection between the tax liability and the use of property is even less visible in the light of the fact that the compensation scheme for the immovable property destroyed during the conflict has not been established yet, nor it is within sight at the moment.

4.4. Foreseeability and procedural fairness of the immovable property tax law

The inadequate level of information about the property tax system being provided to IDP taxpayers is another cause of potential violations of Article 1 of the First Protocol. As shown in the previous sections, due to the non-existence of media with regional coverage or a postal service that could connect places in Kosovo and in Serbia proper, IDPs have no possibility of receiving information about property tax. In spite of this, they are asked to retroactively pay them. As shown, IDPs are also almost left without the possibility to challenge the tax debt accrued for the past fiscal years. This

⁶⁶ For instance, in the Development Strategy of the Kosovo Cadastre Agency it is observed that some portion of taxpayers is “under the impression that being included in the property tax registry implies inclusion in the cadastre registry as well”; In: Kosovo Cadastre Agency, *Business Plan 2009 – 2014 and Development Strategy 2009-2011*, Pristina, 2008, 96.

could lead to the violation of Article 13 in conjunction with the procedural guarantees contained in Article 1 of the First Protocol.⁶⁷

4.5. Taxation of immovable property and the principle of equal treatment

The fact that the neither international nor the local legislator recognised IDPs as a specific category of taxpayers is a unifying feature of all the deficiencies of the property tax law identified throughout the paper. The Law on Property Tax and related bylaws treat IDPs in the same way as the other taxpayers despite the fact that, with minor exceptions, they cannot benefit from their property. This in turn leads to IDPs being exposed to a financial burden that is much greater than the financial burden placed on ordinary taxpayers with unimpeded access to property.

In accordance with international standards, the law applicable in Kosovo expressly prohibits indirect discrimination, which occurs when an apparently neutral law places certain category of persons at particular disadvantage compared with other persons. The law applicable in Kosovo prohibits indirect discrimination on a variety of grounds including status.⁶⁸ Article 14 and Protocol 12 to the European Convention protects individuals placed in analogous situations from being discriminated in their enjoyment of the rights guaranteed by the Convention, including the right to property. As the ECtHR said in *Darby v. Sweden*, difference in treatment will be discriminatory if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.⁶⁹ In the Kosovo context, it could be argued, the legislator places an excessive burden on IDP taxpayers by treating them in the same way as other taxpayers with the aim of securing certain level of tax revenues, which negatively affects the enjoyment of their property and other rights.

5. Conclusion

There is no doubt that the imposition of immovable property tax is a legitimate way for the competent authorities to collect public revenues. Yet, the need to secure public revenues should be balanced with the other public policy objectives and carefully assessed vis-à-vis its impact on individual rights. Harmonizing different priorities and making sure that individuals are

⁶⁷ In *Hentrich v. France* the ECtHR held that the applicant “bore an individual and excessive burden which could have been rendered legitimate only if she had had the possibility – which was refused to her – of effectively challenging the measure taken against her.” Application No: 13616/88, Judgment of 22 September 1994, para. 49.

⁶⁸ See Article 2 of Anti-Discrimination Law No. 2004/ 3 of 19 February 2004.

⁶⁹ Application No: 11581/85, Judgment of 23 October 1990.

not exposed to excessive taxation is even more so a demanding task in post-conflict times. As seen in this analysis, the property tax system established in Kosovo after 1999 focuses on raising tax revenues to the extent which could put at peril other important policy objectives such as property repossession and return of displaced population as well the overall respect for property rights. The way in which the property tax legislation in Kosovo disregards the vulnerable situation of IDP/returnee owners could lead to nullification of the results achieved in the field of property-repossession. So misconceived property tax system could also reverse the already poor results in the field of return and reintegration of internally displaced.

In order to be in accordance with the Pinheiro Principles a program for property restitution and return of victims of forced displacement must take a comprehensive approach.⁷⁰ Public policies, including tax policies, should be designed in such a way as to create an environment conducive to return. Otherwise, what has been achieved in the field of property restitution and return might be easily reversed by the operation of a tax system that does not take into account the needs of IDPs. In fact, in its most worrisome shape, the property tax system could in itself lead to the dispossession of IDPs⁷¹ and further undermine their prospects of return. For these reasons it is suggested that the property tax system in Kosovo should be brought into compliance with international human rights standards and the duties of the local authorities vis-à-vis return of displaced population. These changes should, among else, eliminate the possibility of retroactive taxation of the immovable property belonging to IDPs, provide that their property is automatically exempted from the payment of the property tax⁷² and ensure that returnees are provided with the tax exemption for certain period of time following their return.

⁷⁰ See on this David L. Attanasio Nelson, Camilo Sánchez, Return Within the Bounds of The Pinheiro Principles: The Colombian and Restitution Experience, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 11, No. 1, 2012.

⁷¹ Dispossession of IDPs through the forfeiture of their property for the accrued tax debts.

⁷² Except when the given property has been subject of the rental or lease agreements or other type of voluntary contractual agreements whereby the owner is receiving payment for the use of his or her property.

Мр Милица В. Матијевић
Истраживач сарадник
Институт за упоредно право
Београд

О НЕКИМ АСПЕКТИМА СИСТЕМА ОПОРЕЗИВАЊА НЕПОКРЕТНОСТИ НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ И ИМОВИНСКИМ ПРАВИМА ИНТЕРНО РАСЕЉЕНИХ ЛИЦА

На Косову и Метохији је након сукоба из 1999. године уведен систем опорезивања непокретности који би могао да послужи као пример тога на који начин јавне политике могу негативно утицати на процес повратка расељених. Чланак анализира правне акте којима је регулисан порез на непокретности на Косову и Метохији у погледу њиховог утицаја на имовинска права интерно расељених те права на одржив повратак ових лица. Последице датог законодавног оквира разматране су у светлу ограниченог приступа интерно расељених лица њиховим непокретностима на Косову и Метохији као и спрам усклађености датих прописа са важећим међународним стандардима за заштиту људских права. Ауторка стоји на становишту да, иако наплата пореза на непокретности представља легитимно ограничење права на мирно уживање имовине, ова се активност не сме спроводити на начин који би довео до погоршавања положаја интерно расељених лица и ограничавања њихове могућности повратка у место порекла.

Кључне речи: *расељење, повраћај имовинских права након сукоба, заштита интерно расељених лица, повратак, тест пропорционалности, посредна дискриминација*

Нина Кршљанин,
Правни факултет,
Београд

Оригинални научни рад
УДК: 343.241(497.11)“04/14“

СТАЛЕШКА НЕЈЕДНАКОСТ У КАЗНЕНОМ ПРАВУ ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА¹

Различно кажњавање припадника различитих сталежа је често у кривичном праву великог броја средњовековних земаља, па тако и у Немањинској Србији. Рад анализира ову појаву у Душановом законнику и повељама пре њега и покушава да утврди основне принципе ове диференцијације. Упркос стереотипном схватању, не ради се само о блажем кажњавању виших, а тежем нижих сталежа. Пре свега, код неких кривичних дела се само припадници одређеног сталежа предвиђају као учиниоци – било то због правне или фактичке немогућности или неизгледности да припадник одређеног сталежа учини дело. Када су у питању дела која могу учинити припадници свих сталежа, на примеру већег броја кривичних дела (напуштања брачног друга, убиства, силовања, увреде речју и делом...) се показује како је властела заиста у већини случајева била заштићена од казни које су сматране срамотним, али је такође за исто дело плаћала виши износ имовинских казни, како би казна подједнако погодила све учиниоце. Коначно, у случају злочина где су учинилац и жртва из различитих сталежа Душанов законик при одређивању казне посвећује велику пажњу значају заштитног објекта, а нарочито сталешкој части и потреби очувања мирних међусталежских односа

Кључне речи: *сталежи; Душанов законик; неједнакости; властела; казне*

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду ‘Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)’“

УВОД

Различито третирање појединих слојева становништва не само у погледу њихових права и обавеза (који произлазе из улоге и положаја дотичног слоја, односно сталежа, у друштву), већ и у погледу кажњавања за кривична дела² је позната и уобичајена ствар у средњовековним правима. Упоредноправно гледано, нема правног система у којем казна за сва или барем нека кривична дела није блажа што је виши положај учиниоца, или тежа што је виши положај жртве кажњивог дела, често, и обоје. Ни средњовековно српско право није изузетак од овог правила. Како повеле, тако и Душанов законик садрже и сматрају нечим сасвим нормалним сталешку неједнакост у погледу кажњавања учинилаца кривичних дела. Тарановски чак тврди да је "обичајно право, које се примењивало и у једној и у другој јурисдикцији (од стране патримонијалних судова према зависном становништву и од стране државних судова према властели – прим. Н. К.), било, или тачније, постало различито", и то у толикој мери, да се може рећи да су од одредби које су имале за извориште исту полазну тачку "у току времена постала два различита система кривичног права, свакако бар две различите правне оцене кривичних дела, и то зависно од тога, да ли је њихов субјект био себар или властелин."³ Ипак, говорити о два различита *система* права се чини претераним. Колико год да су санкције често биле другачије за припаднике различитих сталежа, ипак се не може порећи да су норме које су их прописивале биле засноване на истим или сличним начелима – само уз узимање у обзир разлике у положају и функцији сталежа којима су учиниоци припадали, што је за човека оног времена била сасвим нормална, уобичајена и разумна, ствар. Вреди приметити и да се не ради увек о томе да властелу погађају блаже казне него себре. Квалитативно је то можда истина, будући да је властела често била поштеђена казни које су сматране срамотним или неприличним за част њиховог сталежа – претежно телесних. Ипак, квантитативно је ситуација бивала и обрнута: властела је обично плаћала *виши* износ имовинских казни него себри, несумњиво због веће платежне моћи.

² Треба имати на уму да се овде за средњовековно казнено право користи модерна терминологија. У средњем веку није било разлике не само између дела различите тежине и значаја (нпр. данашњих кривичних дела и прекршаја), већ и између кривичних дела и грађанскоправних деликта. Стога ће се изрази кажњиво дело, кривично дело и деликт (као и казнено и кривично право) у даљем тексту користити као условни синоними, без обзира на разлику која између њих постоји данас.

³ Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1996, 371.

Вреди имати на уму још једну врсту сталешке диференцијације. Наиме, нека кривична дела су по природи ствари могли учинити само припадници одређеног сталежа (ту је реч о фактичкој неједнакости, коју право подржава и регулише њене последице), али притом је било и случајева где је припадник одређеног сталежа дело можда теоретски и могао извршити, али је у пракси то бивало толико ретко или тешко да средњовековни законодавац (који је нормирао само случајеве који су у пракси представљали реалне проблеме) није бирао да регулише такве изузетке.⁴

Ако се ти случајеви изузму, па се анализирају само дела која могу учинити припадници свих сталежа, али их очекује различита казна, онда не остаје превише материјала за поређење. У очуваним повељама нема много регулисаних кривичних дела где су прописане различите санкције у зависности од положаја учиниоца или жртве. Ово није за чуђење, већ напротив, логично произлази из природе и сврхе повеља. С обзиром на то да су адресати већине били феудалци, било световни или црквени⁵, нормално је да повеље не помињу много дела где се као учинилац могао појавити и себар и властелин. Пошто се од феудалаца очекивало да на непосредном нивоу воде рачуна о примени одредаба повеље⁶, логично је да су у њој пре свега прописивана кривична дела зависног становништва, којем је феудалац лично имао право да суди. До доношења Душановог законика су злочини властеле⁷, свакако, били претежно регулисани обичајним правом, а тек секундарно понеком повељом или евентуално међународним уговором.⁸

⁴ О томе детаљније када буде речи о оваквим делима у Душановом законнику.

⁵ У градским повељама ово није био случај, али пошто да је до данас сачувана само једна, нема начина да се закључи да ли је и у којој мери у њима било регулисано казнено право, па сходно томе да ли би оне омогућиле квалитетније решавање тренутног питања да су сачуване у већем броју.

⁶ Што им је и било у интересу јер је велики број повеља истовремено представљао како нормативне акте са одредбама општег карактера, тако и даровнице којима су они добијали поседе и привилегије.

⁷ Засебна тема је питање кажњивих дела прописаних у Законоправилу Светог Саве. Његове казнене одредбе, засноване на ромејском (византијском) праву – будући преузете из Прохирона – нису садржале сталешке разлике у кажњавању. Сходно томе, морало би се поставити питање његовог односа (као ипак примарно црквеног извора права) са владалачким повељама (као државним правом), нарочито на црквеним властелинствима – али оно излази ван оквира теме овог рада.

⁸ Наравно, ова категорија се одваја под условом да се међународни уговори какве су српски владари закључивали сматрају засебним и суштински другачијим извором права у односу на повеље

СТАЊЕ У ПОВЕЉАМА КОЈЕ ПРЕТХОДЕ ЗАКониКУ

Најстарији познати акт у којем се појављује сталешка диференцијација у казненом праву је друга Жичка повеља, која садржи неколико оваквих инстанци. Прво, за мушкарца који би супротно божанском закону напустио своју венчану жену је било прописано да плати краљу шест коња ако је властелин, два коња ако спада у *друге* војнике (највероватније властеличиће), а два вола ако је од 'убогих људи', то јест себар.⁹ Разлика по основу сталешке припадности очигледно постоји, али није – како би се на први поглед могло помислити – таква да фаворизује више сталеже, већ напротив, висина казне прати сталешки положај. Ако се апстрахују предрасуде које модерни посматрач можда има према повластицама виших сталежа у средњем веку, ово је крајње логично. Циљ казне (чија је основна сврха свакако била ретрибутивна) је да нанесе учиниоцу кажњивог дела зло у оној сразмери коју правни поредак сматра адекватном тежини злочина. Како није било разлога да се сматра да је напуштање жене од стране себра ишта тежи преступ него ако то учини властелин, онда не би ни било логично прописати фиксан износ имовинске казне, кад би то сваки нижи (и сиромашнији) слој становништва погодио теже него онај изнад њега. Према томе, казне у повељи су градиране тако да сваког преступника у адекватној, сличној, мери погоде. Овим је начело формалне једнакости свих људи пред законом учинило уступак пред принципом правичности.

Даље следи норма о жени која учини овај преступ. И ту се види разлика, али је повеља далеко мање конкретна у погледу санкције: **"Женамъ такожде повелѣваем: аще ли котора въ прѣстоуплени« закона въпадет, аще боуде Ѹтъ властель, то властельскимъ наказани«мъ да наказоу«т се; аще ли Ѹтъ нижнихъ, то противоу родоу да наказоу«т се."**¹⁰ Осим што нема средње категорије, већ се само издвајају властеоско или 'ниже', то јест себарско, порекло, може се видети само да су у складу са овим постојале различите казне. Прилично је очигледно да норма не упућује напросто на претходну одредбу, где су прописане казне за мушкарце – јер нити би било потребе да се казне за оба пола одвојено регулишу када би биле исте, нити би се горња одредба могла адекватно

⁹ "Аще ли котори Ѹбрѣщеть се сию страшноую заповѣдь да прѣстоупае, симъ наказани«мъ да наказѣт се: аще ли котори боудеть Ѹтъ властель, да оуземлет се на немъ кралю .ѧ. конь; аще ли Ѹтъ инихъ воиникъ, да оузима«тъ се на немъ по .В. кона; аще ли Ѹтъ оубогихъ люди створить се, да оузима«тъ се на нихъ по .В. воли." Наведено према Владимир Мошин, Сима Ћирковић и Душан Синдик (изд.), *Зборник средњовековних ћириличких повеља и писама Србије, Босне и Дубровника: Књига I, 1186-1321*, Београд 2011, 94.

¹⁰ В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 94-95.

применити, будући да она предвиђа три категорије становништва, док су у случају кажњавања жена предвиђене само две.¹¹ Сходно томе, може се само закључити да се радило о казни која је у обичајном праву већ била позната.

Слично делује и следећа одредба која регулише ситуацију ако неко, били то њени родитељи или неко са стране, отргне жену од мужа: "Аще ли котора родители стемлет се или инѣмь коимь симь, то такови да наказоу«т' се против\$ сан\$ сво«м\$."¹² Кривца очекује санкција у складу са његовим сталежом. Ни из једне одредбе се не види да ли је санкција и даље тежа за припаднике властеоског сталежа, или су, напротив, они сада привилеговани. Наравно, у недостатку доказа (или барем јаким индиција) супротног, мора се претпоставити да је у целој повељи заступљен исти принцип у погледу кажњавања. Наговештај тога се примећује и у одредби која регулише ситуацију када жена сама 'полуди' и напусти свог мужа, јер се ту види барем о којој врсти казни се ради: "Аще ли ст себѣ сама имѣтъ бѣсновати се, ставлѣющи сво«го м\$жа, да аще има добиткъ наказ\$«т се, аще ли добытка не има, то своимь тѣломь да наказ\$«т се, ѳкоже б\$детъ изволени« м\$жа «е."¹³ На први поглед, ова одредба нема сталешког значаја, јер то да ли ће жена бити кажњена телесно или имовински зависи само од чињенице да ли има сопствену имовину, одвојену од мужевљеве, а у том погледу нису постојала различита правила за властеоске и себарске жене. Међутим, практично гледано, свакако је било далеко чешће да се себарка нађе у оваквом положају, јер су властеоске жене у брак уносиле много већу прикију. Према томе, ова одредба је у пракси (најчешће) штитила жене властеоског сталежа од телесне казне. Маркантно је и што се напомиње да се телесно кажњава она жена која *нема* своју имовину, али можда се ради о лаконском изражавању које је требало да значи да нема довољно да плати казну. Дакле, и овде се морало радити о томе да су

¹¹ Више, у одељку о властели, је већ изнета претпоставка о томе како су се и жене војника (мислећи не само на супруге, него жене из њихове породице уопште – ћерке, сестре и сл.) сврставале у исту категорију као и жене властеле, па да на тај начин ова одредба чак и додатно потврђује припадност војника властеоском сталежу, будући да је разлика која се може свести на начин вршења војне службе била релевантна само за припаднике мушког пола. Ипак, то се не може даље проширити како би се тумачило да су и жене војника, будући да се сматрају припадницама властеоског сталежа, кажњаване на исти начин као мушка властела, то јест глобом у износу од шест волова, јер је код диференцијације дотичне казне примат ипак имао чисто економски положај, који се њима није могао ништа другачије вредновати него мушкарцима из њихове породице.

¹² В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 95.

¹³ В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 95.

предвиђени различити казнени износи (вероватно у природи¹⁴) за жене властеоског и себарског сталежа. У супротном би се пречесто могло десити да износ који властеоска жена може да исплати из сопствене имовине сиромашнија преступница не може чак и ако има своју (скромнију) имовину одвојену од мужевљеве. Премали износ, прилагођен претежно себарским женама, би, опет, био сувише лагодан за жене властеоског сталежа, а и у нескладу са казнама прописаним за мушкарце, од којих је свака, иако прилагођена материјалном положају оне класе становништва од које треба да се наплаћује, чак и објективно гледано, ипак, нимало занемарљиве вредности.

Тарановски сматра да се у Бањској и Грачаничкој хрисовуљама краља Милутина појављују "фрагментарни подаци о сталешком кривичном праву себарском".¹⁵ Заиста, ове повеље садрже податке о суђењу меропсима (у 'Закону Србљем') или Власима (по одговарајућем закону) за одређена кривична дела, па сј, без обзира на то што се нигде не помиње експлицитно да се властела за иста дела кажњавала другачије, логично претпоставити да су наведени облици кривичних дела важили само за себре, то јест да су само они кажњавани поменути казнама. Додуше, велики број тих кривичних дела спада у категорију оних која су само себри могли учинити. Тако се, на пример, забрана Србљима (меропсима) да се жене Влахињама сасвим експлицитно односила само на један слој становништва.¹⁶ Ипак, има и оних која су могла учинити и властела, па иако се из повеља не види да су казне за властелу биле другачије, из свих одредби је имплицитно, а из неких чак и експлицитно очигледно да повеље мисле само на злочин учињен од стране себара.

Рецимо, Бањска хрисовуља у оквиру свог 'закона људима црквеним' прописује (уз неколико процесних такси) глобе за следећа дела: одбој, руку, печат, потку, самосуд, мехоскубину, крв, крађу

¹⁴ Осим чињенице да већ једна одредба предвиђа природне казне, те да је логично да би се исти начин кажњавања одржао у целом тексту повеље, на ово делом указује и реч *добитак*, која, попут римске пекуније, уз своје значење имовине такође означава и стоку. Види Ђуро Тошић, "Добитак" у Сима Ђирковић, Раде Михаљчић (прир.), *Лексикон српског Средњег века*, Београд 1999, 160-161.

¹⁵ Т. Тарановски 1996, 371.

¹⁶ "Срѣбинъ да се не жени оу Власѣхъ. Ако ли се њ жени оу невѣсть игоум' новоу, да се њ гравии и свеже и њнъ Влахъ њт кога се боуде женилъ, и да се врати вез' вол« њ петъ на њчино мѣсто, а кои боудоу старин'ници и не въз'могу се повраатити, ни «д'нъ да нѣ воиникъ, нъ вси к«латори." В. Мошин, С. Ђирковић, Д. Синдик, 464. Нема сумње да за ширењем категорије потенцијалних учинилаца овог дела не би могло бити потребе, јер је разлог за прописивање дела био да влашки зетови, меропси, не би прелазили у Влахе и смањивали количину земљорадничког становништва преко потребног за опстанак свих, укључујући и сточаре.

(одређену као *међусобну* крађу) и физички напад на владалце.¹⁷ 'Закон Власима' у истој хрисовуљи засебно прописује глобе само за међусобну крађу и крађу коња.¹⁸ Од ових је можда за потку, мехоскубину и насиље према црквеним владалцима јасно да су чисто себарски деликти, док су друге *могла* учинити и властела, али је неизгледно да би они били кажњавани овако ниским износима, а поготово да би дуговали прописану натуралну глобу за крв у платнима.¹⁹ Најочигледнији доказ да су све наведено глобе за себарске деликте представља одређивање крађе као *међусобне*: дакле, у питању је ситуација када је један себар украо нешто од другог. Будући да одређивање конкретних износа глоба није претендовало да исцрпно наброји сва кажњива дела за која се могло судити, не треба из тога извлачити закључке да је то био једини кажњиви вид крађе. Изгледно је да је у обичајном праву постојала добро позната казна за крађу, која је овде модификована за случај да је злочин извршен међу себрима на поседу манастира. Једини други изгледан специфичан вид би била крађа од цркве, која је могла бити кажњавана по канонском праву, мада су је регулисали и световни прописи.

Грачаничка хрисовуља садржи, у нешто штуријем виду, неке од престапа помињаних и у Бањској: "**Чловѣкѡу(sic) крадь дроуга си да плати цркви .Г. перьпери, главобичиил(sic) .Г. перпере, мѣхоскоубина .а̇. динарь.**"²⁰ Сви деликти су себарски: крађа се и овде, мада мало неспретније, одређује као међусобна, иза необичног (и вероватно погрешно

¹⁷ "А њ глобахъ: њтѡи .ИИ. динарьъ, а роука, печать, пот'ка, самосоудъ по .а̇. динарь, съл'ба сѣм'чии .В. динарѡ, послоухѡ .В. динарѡ, и гдѣ годѣ се соудъ чини vsака глоба цркви. Мѣхоскоубина ѡко и њтѡи а њкръвавив'ше цркви .Г. плат'на а наводъчии .Г. плат'на. А глоба междоусоб'наа крагѡ, како и оу влаш'комъ законѣ. Владал'ца бив'ше .а̇. њв'ць, и боица да се врьже въ тѣм'ницоу, и да се не поустии прѣжде .Г. мѣсеце. К'то ли га к« прѣжде поустии да «сть проклетъ" В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 465. Поређења ради, основни порез (соѣе) у Душаново време се плаћао у износу од једне перпере (12 динара) или једног каба жита. (Види члан 198. Душановог законика у Стојан Новаковић (изд.), *Законик Стефана Душана, цара српског, 1349 и 1354*, Београд 1898, 146.) Кабао је износио око 82 литра, односно око 62 кг жита. Види Милош Благојевић, "Соѣе – основни порез средњовековне Србије: Једна перпера или кабао жита", *Глас Српске академије наука и уметности СССХС, Одељење историјских наука*, књига 11/2001, 32-33 и Милош Благојевић, *Земљорадња у средњовековној Србији*, Београд 2004, 261.

¹⁸ "И крагѡ мегѡсобна .а̇. воловь, а кон'ска самъ .а̇. конь." Из контекста би се могло претпоставити да се и међусобна крађа односи не на крађу било ког предмета, већ управо стоке, осим засебно нормираних коња. Ипак, нема начина да се то потврди или оповргне. В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 468.

¹⁹ Ово је једина инстанца појављивања ове врсте глобе у очуваним документима, па се да закључити да је из неког, потенцијално привредног, разлога била специфична за поседе Бањског манастира.

²⁰ В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 503.

написаног) појма 'главобичил' се највероватније крије насиље према владалцима из Бањске хрисовуље²¹, а за мехоскубину је свакако било познато да је, и без нарочите напомене, представљала деликт између двојице себара. С обзиром на то да се ради о релативно кратком периоду у оквиру владавине истог краља, разлика у износима глоба у поређењу са Бањском хрисовуљом је можда необична, али опет не треба да наводи ни на какве закључке о суштинској разлици у погледу осталих карактеристика ових кривичних дела, а камоли да је код виших износа глоба могла бити предвиђена и властела, јер би такво тумачење било системски недоследно. Ради се, напросто, о различитим приликама на двема метохијама које су довеле до различитог износа казни (треба имати у виду да је Бањска повеља донета по узору на раније и са рецепцијом њихових одредби, па је могуће да бар делимично садржи старији слој права од Грачаничке – али је сасвим могуће и да се једноставно ради о фактичким разликама међу властелинствима које су повлачиле за собом економске и правне), што у време када је правни партикуларизам био владајуће начело српског правног система није било ништа необично.

СТАЊЕ У ДУШАНОВОМ ЗАКониКУ

Душанов законик садржи оба принципа сталешке диференцијације. Када је у питању разликовање у погледу подобности лица (на сталешкој основи) да изврши неко дело, он садржи већи број случајева 'фактичке дискриминације' оба сталежа.

Разликовање по предвиђеном учиниоцу

У дела код којих Законик предвиђа само себре као учиниоце пре свега спада бежање од господара (односно са његове земље), које је очигледно деликт који су само они могли учинити баш због свог правног положаја. Законска норма не говори о себрима уопште, већ само о меропсима²², али ово је и логично, јер је једино код њих везаност за земљу била потпуно изражена, пошто је земљорадња била њихова основна обавеза. Осим тога, може се сматрати да су од свих категорија себарског становништва они били у најтежем положају (погођени најнапорнијим обавезама), тако да су сигурно и њихови

²¹ Читање овог појма је изазивало недоумице код истраживача, па га тако Павловић чита као "глазовь на", а Ћоровић као "главоитнии". (Види поређење у В. Мошин, С. Ћирковић, Д. Синдик, 504.)

²² "Меропьх ако побѣгне коуде отъ своѣго господара оу иноу земли или оу царевоу, где га обрѣте господарь нѣговь, да га осмоудіи и нось мою разпори и оуемчи да е опеть еговь, а ништо да мою не оузме." Члан 201. Душановог законика; наведено према С. Новаковић 1898, 146.

покушаји да побегну од свог господара и његове експлоатације (законите или не) били чешћи него када су у питању остали себри.

И за потку – нарушавање сеоских међа – Законик предвиђа да је себарски деликт, мада овог пута из чисто практичних, а не стриктно правних разлога. "Пог'ка мегю сел'ми ·и· перперь, а влахомь и арбанасомь ·р· перперь," прописује члан 77. Душановог законика.²³ Далеко од тога да властела није могла да учини ово дело, али тешко је замислити да би властелин имао разлога и воље да (лично!) повређује сеоску међу: то би пре могли учинити сељаци из суседног села или сточари који пролазе са својим грлима стоке. Дакле, и формулација члана, и казне су прилагођене само категоријама изгледних учинилаца – у складу са оним што се дешавало у пракси.

Иста врста деликта је и већ поменута мехоскубина, која представља (како се види из члана 98.) чупање косе и браде између два себра, обична сељака: "И ако се оскоубѣта два себра; мехоскоубине ·а· перперь."²⁴ Властелин или "добар човек" се (по 97. члану) могао појавити само као жртва сродног деликта: "Кто се обрѣте искоубь брадоу властѣлиноу или доброу чловѣкоу; да се томоу-зи обѣ роуцѣ отсѣкоу."²⁵ (Детаљније о различитом кажњавању због статуса жртве види ниже.) Као учинилац дела које подразумева међусобно чупање косе и браде од стране двојице људи се није могао појавити. Наравно да ни у овом случају није било *фактички* немогуће да властелин учини ово дело, нити одсуство казнене нормe значи да би се такав поступак властеле толерисао без кажњавања, већ се сматрало да би властелину било испод части да се спусти на овако примитиван ниво физичког обрачунавања, па је то у пракси свакако било веома ретко – и није сматрано потребним да се регулише.

Код неких дела, пак, су само властела били предвиђени као учиниоци. Одличан пример је 'затирање државе' – незаконита пленидба и пљачка од стране властелина територије која му је дата на управу: "Властѣломь и властѣличик«мь коимь «сть дало царство ми землю и градовѣ; ако се кто одь ныхь обрѣте опленивь села и людѣи и затрѣвь прѣ-з-аконь царства ми што ествь царство ми оузаконила на събороу; да моу се оузмѣ дръжава; а он'-зи што боудѣ строуль да вьсе плати оть свое коук«, и да се каже како и прѣбѣгльць."²⁶ Очигледно је да се само властелин може појавити као

²³ С. Новаковић 1898, 62.

²⁴ У Раваничком и Текелијинском-Софијском преписима је износ 12 перпера, али ту се изгледно ради о интерполацији. С. Новаковић 1898, 75-76. Свакако је појам имао исто значење и у повељама.

²⁵ С. Новаковић 1898, 75.

²⁶ Члан 142. Душановог законика; С. Новаковић 1898, 109. Призренски рукопис има

учинилац, и то правно гледано, јер је само властелину могла бити дата територија у државу. Експлицитан додатни помен властеличића није од нарочитог значаја, јер вероватно служи само да нагласи да су се и они могли наћи у овом положају, без обзира на то што су они вероватно добили територије на управу компаративно ретко.

Члан 184. регулише сличну материју, с тим што је деликт везан за примање – то јест заточење – неког лица у тамници без цареве заповести у писаном облику: "Властѣле и кѣфалие царства ми кои држе градовѣ и трговѣ; никто отъ ныхъ да не приме чѣга чловѣка оу тѣмницоу безъ кнѣге царства ми; аште ли кто кога приме прѣ-з-аповѣдъ царства ми, да плати царствоу ми ·ф· перперъ."²⁷ Само су властела и кефалије (такође најчешће постављане из редова властеле²⁸) могли имати управну власт над градовима и трговима и држати тамнице у њима – тако да себри услед мешавине правних и фактичких фактора нису могли бити учиниоци овог дела.²⁹

Слично је у погледу довођења лопова и разбојника на царски двор прописао члан 173. Законика: "Властѣле и властѣличикѣ кои гредоу оу дворѣ царства ми, или грѣкъ, или нѣмѣць, или срѣбинѣ, или властѣлинѣ или инѣ кто любо, тере довѣде собомѣ гоусара или тата, да се он'-зи господарѣ каже како татѣ и гоусарѣ."³⁰ Све и да нема наглашавања да се ради о властели и примера који служе да појасне да је порекло властеле ирелевантно у погледу њихове подложности овом

суштински погрешан назив "О властѣличикѣ", док је другде он примеренији: "О властѣлѣхъ кои затирають државоу".

²⁷ С. Новаковић 1898, 142.

²⁸ Види Милош Благојевић, *Државна управа у српским средњовековним земљама*, Београд 2001, 246-266.

²⁹ Члан 185, који прописује сличну норму за царске тамнице, не говори о властели, већ неутрално одређује учиниоца: "Тѣм'жде образомѣ, кто држе тѣмнице царства ми; да никога не приме ничѣга чловѣка безъ кнѣге повелѣнѣа царства ми." (С. Новаковић 1898, 142.) Не ради се ни о каквој недоследности. Напросто, 184. члан се обраћао надлежним господарима, односно управитељима тамница, што су могли бити само властела или кефалије. Наравно да се они нису лично старали о пријему у тамнице, већ су за то имали своје потчињене људе, стражаре, али они су били ти који доносе одлуке, па су самим тиме за њих и одговарали, док су поменути стражари само обављали фактички део примања затвореника, поступајући како им је господар наредио. У царским тамницама је, пак, цар лично био господар и управитељ, па се одредба очигледно обраћа директно његовим потчињенима, то јест стражарима царских тамница, који су, изгледно, морали бити обични људи, припадници себарског сталежа, јер то није била дужност достојна позива властеле. Властелин се ту могао појавити евентуално као њихов старешина или надзорник (у којем случају би ова одредба обухватила и њега), али очигледно је да дотична дужност није била резервисана за властелу, иначе би били експлицитно поменути.

³⁰ С. Новаковић 1898, 135.

пропису, било би очигледно да ово кривично дело може учинити само властелин. Јер, у овом члану се ради о властели која је имала неког посла на царском двору, појављивала се тамо службено – без обзира на то да ли је спадала у стални састав двора или не – и у оквиру своје пратње, на коју је имала право, довела са собом лопова или разбојника. Соловјев напомиње "да се властеоска пратња ("дружина") састојала од професионалних војника спремних да ратују, а да у миру штите свог господара и помажу експлоатацију сељака. У такву пратњу лако је могао да дође и неки разбојник или лопов, као извршилац воље феудалца."³¹ Себри свакако нису спадали у ужи круг дворана; но, и ако су имали неког другог легитимног разлога да се појаве на царском двору, сасвим сигурно нису на њега долазили са другим људима у некаквој службеној пратњи, у оквиру којих би могли покушати да прокријумчаре познатог лопова или разбојника.³²

Из чисто правних разлога је само властелин учинилац и престапа о којем је податке сачувао само Раковачки препис – неплаћања соћа. На први поглед може деловати чудно, јер се у погледу обавезе плаћања помиње било ко – 'сваки човек' – а у погледу санкције за неплаћање – само властелин: **"Доходькъ царскыи, сок« и наметъ и арачь, да дава въсакъ чловѣкъ – къбьль жита, половина чистаа а половина прѣпроста волѣ перперь динарми, а рокъ томоу житоу да се оусипа на Митровъ дньъ, а дроуги рокъ на**

³¹ Александар Васиљевич Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Београд 1980, 316. Аутор на истом месту истиче и занимљивост – да "реч 'гусар' означава од XVв. у Угарској војника-коњаника, а реч 'хајдук' војника-пешака, или властеоског слугу." Није немогуће, заиста, да су и читави војни одреди састављани од регрутованих способних криминалаца, можда управо у покушају да се њихова вештина преокрене у корист државе уместо на њену штету.

³² Овде се вероватно не ради о томе да је неко из властеоске пратње, ко раније није вршио такве злочине, тек на самом двору извршио или покушао неко од ових кривичних дела, већ управо о томе да је дотично лице познати лопов или разбојник у смислу у Законнику више изложене новеле о овим кривичним делима. Колико год да би се и у првом случају дало говорити о одговорности властелина за понашање његових потчињених, њихов избор и особине (све до паралеле са римским *culpa in eligendo*), тешко је замислити да би неко покушао разбојнички напад на двору, где је свакако морало бити довољно наоружане страже да лако савлада обесног гусара. Изгледније је да би се одлучио за потајну крађу. Али, да је реч о томе, законодавац не би помињао гусаре. Затим, кривично дело је одређено као само *довођење* оваквих лица на двор, што значи да су она морала бити гусари или тати од самог доласка, а не то постати тек накнадно, у току пребивања на двору. Надаље, с обзиром на новелу о гусарима и татима и Душанов јак труд да делање ових злочинаца што ефикасније сузбије, за очекивати је да би властелин који прими једног од њих у своју службу, а тим пре се дрзне да га доведе на царски двор, свакако био веома строго кажњен. Коначно, казна за ово дело је у складу са осталим казним одредбама из поменутих новела, где су се сви који су лоповима и разбојницима помагали, делали у договору са њима или на било који начин ометали истрагу у погледу ових дела и сами кажњавали као тати и гусари. Упореди чланове 145-147. (Види С. Новаковић 1898, 112-115.)

Рождство Христово. Ако ли сокó властелинь не да на те рокове, властелинь ть да се свеже на царскомъ двороу и да се дръжи докле плати двоинномъ."³³ Објашњење се крије у организацији живота и управе властелинства. Сви себри су дуговали цару плаћање соћа у натури или у новцу, али прикупљање пореза је обављао властелин, који је затим укупни сакупљени износ предавао владару. По Соловјеву, "властелин је само посредник између меропха и цара: он има да прикупи соће од сељака и да га преда државној благајни."³⁴

Наравно да се могло десити да себар не плати соће на време, али се држава у то није мешала. Логично је да владар не би покушавао да задире у интерна збивања на властелинству, обезбеђена управним имунитетом господара имања, а, осим тога, појединачни износ неплаћеног соћа не би био вредан трошка спровођења оваквих мера. (А да је финансијски аспект био веома значајан се види, осим уопштено из чињенице да свака држава води рачуна о сопственом фискалном интересу, из казне коју овај члан прописује за властелина. Осим обавезе плаћања сада двоструког износа дуга (која представља очекивану казну за имовинске деликте) санкција садржи и принудну меру, притвор са трајањем до тренутка исплате дуга и казне, очигледно намењену томе да обезбеди што брже испуњавање обавезе.) Према томе, властелин је могао у оквиру сопствене јурисдикције да према сопственом нахођењу одлучи на који начин ће приморати задоцнеле себре да плате соће. Све док би он на време исплатио укупан износ који је његово властелинство дуговало према броју на њему насељених људи, држава се у то није мешала. Њена пажња и санкција из члана 198. су следили тек у случају да сам властелин не плати соће у року.

Различите казне за учиниоце из различитих сталежа

Законик познаје и различите казне за разне категорије учинилаца код већег броја деликата. За бабунску реч (јеретичко, богумилско казивање³⁵) се властелину прописује новчана казна од сто перпера, док

³³ Члан 198. Душановог законика, наведено према С. Новаковић 1898, 146.

³⁴ А. В. Соловјев 1980, 332.

³⁵ Овај израз су својевремено Шафарик, Мађејовски и Новаковић, преко сличности са одговарајућим изразима мађарског, пољског и румунског језика, доводили у везу са врачањем и чаробњачким речима. Иако се претежно слаже са том етимологијом ("Морамо признати да је порекло речи *бабун* тамно; изгледа да је та стара словенска реч заиста означавала неке мађионичаре, чаробњаке: стога се она не налази само у српско-хрватском језику, него и у чешком, пољском, украјинском, румунском и мађарском језику у том или сличном значењу." А. В. Соловјев 1980, 247.), Соловјев, наводећи цитате из бројних извора (Номоканона, српских синодика из XIII, босанских записа из XIV века...) потврђује оно што је већ Новаковић наговестио – да је та реч у Србији означавала богумиле. Види С. Новаковић 1898, 198 и А. В. Соловјев 1980, 246-247.

је себра³⁶ очекивала глоба од само дванаест, али кумулативно са телесном казном – бојем штаповима.³⁷ Овде се виде оба већ примећена начела ове диференцијације: властела се изузима од телесног кажњавања које би било понижавајуће за њихову част, али се због свог економски јачег положаја кажњава већим новчаним износом, чиме се обезбеђује једнакост.

Пример који би се наизглед могао убројати у претходну категорију, само уз напомену да је заснован на фактичкој могућности припадника нижег сталеза да изврши дело, постоји у члану 111. Законика који говори о 'судијиној срамоти'. Пошто је у питању кривично дело које подразумева како употребу знатне физичке силе, тако и висок степен непоштовања према државној власти, овде Законик предвиђа различите казне за властелина или за *село* (као колективни ентитет), али не и за себра-појединца – управо због тога, што је било ако не немогуће, оно крајње неизгледно да би он могао сам извршити дотично дело: "Кто се наиде соудію осрамотивъ; ако боудѣ властѣлинь, да моу се вѣсе оузме; ако ли село, да се распѣ и плѣни."³⁸ На први поглед би се заиста могло помислити да себри нису предвиђени као учиниоци овог дела. Међутим, како се уз пажљивије читање да приметити, не ради се о томе да је себар сталешки непогодан учинилац овог дела: такво резонување не би имало логике, јер је посреди насилна радња потпуно независна од сталешке припадности, а било би и у супротности са чињеницом да је *село* као колектив предвиђено као потенцијални учинилац. Реч је, напосто, о томе што један себар, за разлику од властелина – који је, најчешће, како сам ратник, тако и има на располагању већи број других наоружаних људи под својом командом

Петар Скок наводи како је етимологија ове речи (чије значење не оспорава) непозната, али претпоставља да је она из српског прешла у друге словенске језике, где је употребљена за означавање сујеверја или чаробњаштва. Види Petar Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, knjiga prva: A-J*, JAZU, Zagreb 1971, 83-84. Миодраг Петровић, са друге стране, има теорију да је израз *бабуни* означавао католике, те да се "бабунска реч" односила на католичку реч, изговорену од стране православаца. Види Миодраг М. Петровић, "'Бабунска реч' у Законнику цара Стефана Душана 1349. и 1354. године", *Археографски прилози*, 25/2003, 143-161. Иако су неки аргументи које износи – попут тога да и Душанов законик за католичанство користи фразу *јерес латинска* – сасвим смислени, аутор ипак не успева да побије постојање богумила-дуалиста на територији Србије, што поставља као предуслов свог тумачења.

³⁶ У већини рукописа се експлицитно помиње себар, док Призренски наводи "ако ли не боудѣ властелинь", али међу овим формулацијама нема суштинске разлике. Види С. Новаковић 1898, 67.

³⁷ "Кто рече бабуун'скоу речъ; ако боудѣ властелинь да плати ·р· перперъ; ако ли не боудѣ властелинь, да плати ·ви· перперъ и да се бие стапи." Члан 85. Душановог законика, наведено према С. Новаковић 1898, 67.

³⁸ С. Новаковић 1898, 85.

– не би могао да има силу потребну да се ово дело изврши.³⁹ Принцип примењен при кажњавању је исти као и у другим одредбама где постоје различите категорије учинилаца: казна је у оба случаја конфискација целокупне имовине, формулисана како је примерено што за појединца, што за село као колектив, које се уз пленидбу имовине још и расипало, то јест расељавало са места где се налазило. Дакле, казна је требало да учиниоце на сличан начин и подједнако тешко погоди. Не ради се о томе да се себри као сталеж не могу појавити у улози учинилаца, већ се претпоставља да би они то дело могли учинити само удруженим, заједничким снагама, па се стога ово дело за себарске учиниоце *a priori* предвиђа као колективни деликт.⁴⁰ Иако је и овај члан леп пример практичног размишљања о честим проблемима и регулисања само онога што се реално дешава у пракси (свакако присутног у великом броју одредби где се само припадници једног сталежа појављују као учиниоци), овде се ипак ради само о специфичности у погледу могућности извршења дела (а затим и кажњавања) везаној за себре, а не о диференцијацији на сталешкој основи, те се ова одредба ипак пре убраја у ову него у претходну категорију.

Када је у питању убиство – које Законик веома детаљно регулише, са доста посебних околности (не само сталешких, које су овде релевантне) од којих зависи одговорност учиниоца и санкција, и неколико квалификованих облика – праве се битне разлике у односу на статус учиниоца и жртве. Овим одредбама, због њихове комплексности и несумњивог значаја, треба посветити нарочиту пажњу.

Себар који убије властелина кажњаван је кумулативно тешком телесном казном – одсецањем обеју руку – и нимало занемарљивом новчаном казном од 300 перпера.⁴¹ Властелин који би убио себра не би

³⁹ На сличан начин би се могло претпоставити да и члан 101, који говори о најезди, као учиниоце има на уму властелу, јер себри тешко да би имали средства потребна за овакав препад: "Силе да нѣсть никоѡу ништо оу земли царства ми; ако ли кога обрѣте наезда или сила похвал'наа; они-зиѣ коны наезны бѣси да се оузѡу; половина царствоу ми, а половина оноѡу-зиѣ кога-но соу наѡхалиѣ." С. Новаковић 1898, 77-78.

⁴⁰ "Да један властелин, једна врста владаоца на своме властелинству, држи се охоло према државном судији те га осрамоти, то је могуће, али да се на исто одважи један сељак, то скоро сасвим није могуће те не ваља ни да се предвиђа. Међутим цело село, гомила истих сељака, може да у извесним приликама изађе из обичне покорности према власти, о чему је социјална стварност Душановог доба сигурно пружала довољно емпиричког материјала," наводи Т. Тарановски, 453. Соловјев види везу овог члана са 107. чланом, који регулише одбој: "Кто се наиде отбивъ судина сокал'ника, или пристава, да се плѣни, и да ѡу се вѣсе оузѡмѣ што има." (С. Новаковић 1898, 82.) Соловјев и овде (без детаљног образложења, али вероватно због заједничког помена пленидбе и одузимања имовине) закључује да су предвиђени учиниоци само властелин и, изузетно, село. Види А. В. Соловјев 1980, 264 и 268.

⁴¹ Натурални еквивалент ове казне би био 18600 килограма – дакле, преко 18 тона –

био подвргнут телесној казни, али би плаћао више него троструко већи износ новчане казне – хиљаду перпера.⁴² Овде је реч о истовременом узимању у обзир положаја учиниоца и жртве – тачније, о убиству припадника другог сталежа. Соловјев истиче, узимајући као референтну санкцију ранију обичајноправну вражду од 500 перпера, како "док с једне стране Душанов законик нарочито строго кажњава убиство феудалца које изврши себар, с друге стране, бори се против насилничке властеле, те поштрава казне властелину који би убио себра", те одатле закључује да је "Душанов законик правичнији него други сталешки законици онога доба", наводећи примере из Литавског статута где је казна за убиство сељака безусловно и драстично мања.⁴³ Тај резон је квалитетан, али пати од извесне мањкавости и није доведен до свог логичког краја. Са једне стране, Соловјев пореди одредбе Законика који узима у обзир истовремено положај учиниоца и жртве са Литавским статутом који посматра само статус жртве: јасно је да такав поступак није потпуно умесан, јер се одредбе руководе различитим резонем. Са друге стране, он пропушта да примени системско тумачење и погледа ову одредбу у светлу других прописа Душановог законика о убиству. Јер, после читања ове одредбе се логично намеће питање – а која казна се примењивала у случају да себар убије другог себра, или властелин властелина? На њега одговор даје ранији члан 87. Законика: **"Кто нѣсть дошьль нахвалицомь по силѣ терѣ « оучинилъ оубиство, да плати ·т· перперь; ако ли боудѣ пришьль нахвалицомь, да мою се обѣ роуцѣ отсѣкоу."**⁴⁴ Општеприхваћено тумачење је да се овај члан примењивао

жита. Поређења ради, без претензија на тачност, то се може превести у модерне бројке. Са данашњом откупном ценом жита од око 20 дин/кг (види <http://www.poljopartner.rs/VestDetaljno.aspx?id=24327&grupa=1, 03.09.2012.>) , ова глоба би значила да сељак мора да плати преко 370000 динара, тј. око три и по хиљаде евра. То само по себи никако није мали износ за сељачко домаћинство – а томе треба додати чињеницу да су пољопривредни приноси у средњем веку, с обзиром на технике обраде земље, били знатно мањи и захтевали много више улагања него данас, из чега произлази да је средњовековном земљораднику било много теже (или, другачије речено, требало много више времена) да заради и уштеди овај износ. Из ових и других аргумената се закључује да су глобе у средњовековној Србији наплаћиване од целе 'куће', то јест породице (великог задружног домаћинства), а не од појединца. Види Љубомирка Кркљуш, "Колективна одговорност у Душановом законнику", *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, Бања Лука 2000, 150, о чему је већ било речи у Нина Кршљанин, "Колективна одговорност у Душановом законнику", *Правни живот*, 10/2011, том 2, 416-417.

⁴² "Ако оубіе властѣлинь себра оу градоу или оу жоупѣ, или оу катоуноу, да плати тысоуштоу перперь; ако ли себрь властѣлина оубіе; да мою се обѣ роуцѣ отсѣкоу; и да плати ·т· перперь." Члан 94. Душановог законика; наведено према С. Новаковић 1898, 73.

⁴³ А. В. Соловјев 1980, 254.

⁴⁴ С. Новаковић 1898, 68. Занимљиво је што Соловјев сматра да се у случају умисљајног убиства *кумулятивно* са прописаном казном одсецања руку примењивала "или вражда од 500 перпера (по српском праву), или потпуна конфискација имовине

само када се не може применити 94: на убиство унутар истог сталежа. То значи да је Законик код овако тешког и опасног кривичног дела обраћао пажњу на степен кривице учиниоца⁴⁵, али је већи значај од тога придавао одржавању мира међу властелом и себрима, то јест сталешких односа без тензије – тако да је норма о међусталешком убиству имала примат над оном која узима у обзир степен кривице.⁴⁶ Тумачити ове две одредбе одвојено је недопустиво, јер би то била претерана симплификација и изоставили би се многи фактори који су веома битни за њихово разумевање.

Самим тим, може се закључити да Законик није различито вредновао живот себра и властелина као такав, нити сматрао да себре *a priori* треба теже кажњавати за убиство него властелу, јер статус учиниоца или жртве сами по себи не утичу на начин кажњавања, већ се посматрају кумулативно. И себар и властелин носе исту казну ако убију припадника сопственог сталежа – тек се за убиство ван сталешких граница примењује строжа казна. За себра који убије властелина је конструисана једноставно: заједничком применом казне за умишљајно и нехатно убиство унутар истог сталежа. Нема сумње да је ово поштравање требало да застраши себре, како би добро размислили пре него што дигну руку на своје господаре и заштитнике.

Вреди приметити да казна коју властелин сноси уколико убије себра *није* безусловно блажа него ако убије другог властелина, иако би се то дало помислити. Код умишљајног убиства ово јесте посредни: убиство другог властелина је сматрано довољно тешким злочином да би властелин био подвргнут тешкој телесној казни сакаћења, док би у случају умишљајног убиства себра прошао само са новчаном казном. Додуше, вреди приметити да ни та глоба није нимало блага: плаћање износа од хиљаду перпера је и крупној властели морао бити осетан материјални губитак; новчана казна овако високог износа се у Законнику појављује у још само једном случају – за поротнике који се криво

'расап' (по византијском праву)." А. В. Соловјев 1980, 249. Ова тврдња је сувише смела, а приде заснована на претпоставци да помен нахвалице у овом члану упућује само на властелу, што се такође не би могло прихватити без конкретних доказа.

⁴⁵ Што показује за средњовековне појмове висок степен развоја правне свести.

⁴⁶ Другачије тумачење, у крајњој линији, није могуће. Јер, ако би се узело да одредба о степену кривице има примат, онда норма која регулише убиство између сталежа никада не би дошла на ред, будући да код сваког убиства мора постојати било умишљај, било нехат. Модерним оком гледано, могло би се конструисати да се међусталешка одредба примењује тек ако се у конкретном случају степен кривице не може поуздано утврдити, али то је како очигледно вештачка и контекстуално непримерена хипотеза, тако и ситуација која (у том хипотетичком случају) поново отвара проблем кажњавања убиства унутар истог сталежа без утврђене кривице, тако да се не би могла прихватити.

закуну.⁴⁷ Наравно, никакав новчани губитак се не може мерити са трајним сакаћењем, тако да је ова казна ипак несумњиво лакша. Међутим, ако се ради о нехатном убиству, ствар је другачија: ненамерно убиство свог садруга по сталежу ће властелина коштати само три стотине перпера, а себра – чак хиљаду. Не може се мислити да је ово пропуст који законодавац није узео у обзир, нити да му је било сувише компликовано да и у случајевима убиства између сталежа пропише засебне казне за умишљај и нехат. Само се један закључак може извући – очување мирних и добрих односа између сталежа је сматрано важнијим, јер је њихово нарушавање вукло за собом теже последице по државу и друштво. Властелин који намерно дигне руку на другог властелина је можда у очима законодавца чинио тежи злочин него ако би то учинио себру – јер је властела требало да једни друге посматрају не само као припаднике повлашћеног сталежа, већ и као владаре ратнике и своје садруге у борби, тако да би овакво убиство представљало својеврсно намерно оштећење цареве војне силе, што се граничи са издајом, а свакако и личан чин издајства против сопствених сабораца. Али ако би властелин тако нешто учинио без намере да убије, онда би његов злочин био блажи од убиства себра, *било оно умишљајно или нехатно*. Јер, у случају нехатног убиства другог властелина поменути елемент издаје нестаје, и главне последице злочина погађају само жртву и њену породицу. Убиство себра од стране властелина, умишљајно или не, представља злочин који је морао изазвати немир, страх и осуду међу зависним становништвом, јер је онај ко је требало да буде заштитник и беневољентан господар одузео живот ономе ко се уздао у његову заштиту. А то је могло довести до заоштравања класних односа – од стварања атмосфере неповерења и антипатије, па све до отворене побуне. То је, а не оцена вредности живота појединачног себра, оно што је довело до оваквог кажњавања. Може се у светлу овог тумачења поново размотрити убиство извршено од стране себра. Ако би он убио властелина, то би носило са собом сличне последице у виду заоштравања међусталешких, додатно појачане чињеницом да је убијен припадник владајућег сталежа, да је штићеник дигао руку на заштитника. Са друге стране, у случају где су и учинилац и жртва себри није могло бити елемента издаје који је постојао код убиства међу властелом, јер себре као сталеж није везивао никакав виши заједнички циљ, за разлику од властеле, повезане обавезом војне службе и

⁴⁷ Види члан 154. Законика у С. Новаковић 1898, 120-121.

верности према владару.⁴⁸ Стога се убиство властелина од стране себра сматрало тежим преступом од убиства другог себра, без обзира на степен кривице.⁴⁹

Могло би се, дакле, закључити да је Законик код овог кривичног дела раније назоре о адекватности кажњавања себара и властеле узео само као оквирни узор, унутар којег су увођени новитети и спровођена комплекснија вредновања која нису била својствена старијем праву. Иако основни дух није измењен, акценат је ипак бачен на нешто чему у повељама – што због степена правног развоја, што због фокуса тематике који произлази из њихове правне природе – није било места.

Душанов законик баца акценат на сталешку разлику учиниоца и жртве код још само два кривична дела – силовања и увреде части. Код силовања, будући да нема диференцијације у погледу кривице⁵⁰, Законик јасно предвиђа да у случају силовања припаднице истог (сопственог) сталежа и властелина, и себра очекује одсецање обеју руку и носа. Ако би себар силовао владику (властелинку), био би осуђен на смрт, и то на срамотан начин – вешањем.⁵¹ За обрнут случај – силовање

⁴⁸ Несумњиво је да је себре који су живели у истом месту могла повезивати реална блискост заснована на међусобном познавању, заједничком раду и добросуседским односима. Али, овде се не ради о томе. На тај исти начин је и један властелин могао бити близак другом – тако што су се заједно борили, потицали из породица које су биле у добрим односима или напосто дружили – али Законик свакако није могао при прописивању казне узимати у обзир личне односе убице и жртве. Суштина резона је у томе што је властелу међусобно спајала веза верности свом владару и сизерену, војне обавезе коју му дугују и обавезног поверења између ратника који се боре за исти циљ, чак и ако се у конкретном случају ради о појединцима који се никада нису видели. Међу себрима, због разнородности самог сталежа и одсуства заједничког вишег циља, по природи ствари није могло бити овакве идејне и духовне везе, нити апстрактне обавезе верности коју је она подразумевала.

⁴⁹ Вреди поменути да очување сталешког мира није једина вредност коју Законик претпоставља степену кривице. Код квалификованих облика убиства – убиства свештеног лица или члана ближе породице – учиниоца је очекивала смртна казна без обзира на постојање умишљаја. (Види чл. 95. и 96. Законика у С. Новаковић 1898, 74-75.) Као и у горњем случају, очигледно је разлог то што су се вредности због чије заштите је ово кривично дело прописано – вредности *осим* људског живота, оне које формирају посебан облик кривичног дела – цениле тако високо да ни одсуство директне намере да се жртви одузме живот није сматрано за довољан разлог да се учиниоцу ублажи казна.

⁵⁰ Ово је нормално и не представља никакав доказ слабијег степена развоја ове регулативе. Питање могућности извршења кривичног дела силовања из нехата је представљало контроверзу чак и у модерном праву. Очекивати да средњовековни закон предвиди ту могућност би било бесмислено – слично као и да се од њега очекује да регулише могућност силовања мушкарца од стране жене.

⁵¹ "И кои властѣлинь оузме владыкоу по силѣ, да мою се обѣ роуке отсѣкоу, и носѣ оуреже; ако ли себѣрь оузме по силѣ владыкоу, да се обѣси; ако ли свою друоугоу оузмѣ по силѣ, да мою се обѣ роуке отсѣкоу, и носѣ оуреже." Члан 53. Душановог законика, наведено према С.

себарке од стране властелина – Законик није предвидео санкцију, што је навело Михаљчића на закључак да овај облик сексуалног насиља у Душаново време није био кажњив.⁵² Међутим, још је Соловјев доказао да је у овом случају примењивана казна прописана у Скраћеној Синтагми – одсецање носа и конфискација трећине имовине⁵³ – што представља и једино валидно системско тумачење.⁵⁴ Иако се не ради о томе да се част жене властеоског сталежа апсолутно вреднује више него оне из себарског (јер онда ни за припаднике њихових сталежа не би биле исте казне), већ се казна мења само у случају прекорачења сталешке границе, овде је – за разлику од убиства – властела јасно привилегована. Очигледно је сматрано да је себар оваквим чином према жени властеоског сталежа наносио њеној племићкој части екстремну увреду, тако неопростиву да се мора казнити смрћу.⁵⁵ У обрнутом случају, колико год да се не може говорити о схватању да је властелин имао право да злоставља себи потчињене жене – јер тада ни казна из Синтагме не би постојала – ипак је очито да се због чињенице да је жртва испод њега по положају, а самим тим и по части, овај преступ није сматрао довољно тешким да се направи изузетак од уобичајеног правила и властелин буде телесно кажњен. Ипак, сам злочин је, чак и кад није било додатне димензије увреде сталешке части, био веома срамотан, па ни властелин није могао умаћи казни одсецања носа. Иако она такође представља сакаћење, очигледно је да није требало да учиниоца начини инвалидом, будући да није нарочито

Новаковић 1898, 46. Неки аутори, попут Радојчића, су сматрали да се овде ради о отмици, али је то мишљење слабије заступљено у науци. Види Никола Радојчић (изд.), *Законик цара Стефана Душана 1349 и 1354*, САНУ, Београд, 1960, 104.

⁵² Види Раде Михаљчић, "Метода *ex silentio*", *Сабрана дела, књига V: Изворна вредност старе српске грађе*, Београд 2001, 66-67.

⁵³ Види А. В. Соловјев 1980, 218.

⁵⁴ Ако се прихвата сада већ опште уважено становиште да су Скраћена Синтагма и такозвани Закон цара Јустинијана компилације које су заједно са Закоником чиниле саставне делове законодавства цара Душана, намењене да се заједно користе у српском царству, мора се прихватити и да је њихова садржина била при редакцији колико-толико усклађена. Ако су редактори Синтагме задржали одредбу свог изворника о казни за силовање, намеравали су да се она користи. Да је требало да ово дело буде потпуно другачије регулисано Душановим закоником, дотична одредба је могла бити избачена при скраћивању Синтагме. А пошто Законик заправо регулише два, односно три (ако се два облика силовања у оквиру истог сталежа броје одвојено) експлицитно одређена *посебна* случаја силовања (колико год да они заједно обухватају око три четвртине материје), онда је једино логично да се општа одредба садржана у Синтагми примењује на преостали случај за који нема посебне регулативе – силовање себарке од стране властелина. Овомишљење заступа и Соловјев, тврдећи да се тумачење по којем је злочин остајао некажњен не може прихватити. А. В. Соловјев 1980, 217-218.

⁵⁵ О значају овог дела у Србији Душановог времена сведочи и чињеница да је једино силовање жене властеоског сталежа од свих облика овог кривичног дела по члану 192. убројано у царске дугове.

утицала на његову способност за рад и живот, већ пре свега да га жигосе као учиниоца нечасног дела, што је силовање пре свега било.⁵⁶

Конечно, ова врста диференцијације се појављује и у члану 50, код дела које модерни истраживачи обично називају увредом, а чије биће Законик одређује као псовање и срамоћење: "Властѣлинь кои оп'соу« и осрамоти властѣличикѳ, да плати ·р· перперь; и властѣличикъ ако оп'соу« властѣлина, да плати ·р· перперь и да се бие стапи."⁵⁷ Ово дело је двоструко специфично у односу на горе поменута. Прво, диференцијација се прави између вишег и нижег слоја припадника *истог* сталежа; то је, притом, једино место у Законнику где се прави разлика између властеличића и остатка властеле. Не може се не повући паралела са одредбама Жичке повеље, где су војници – који су највероватније били исти слој који се у Душаново време назива властеличићима – били засебна категорија за кажњавање, одвојена од себара, али и од властеле. Ипак, постоји и разлика: властеличићи, односно војници, у Жичкој повељи су кажњавани истом врстом казне као и властела, а различитом од себара⁵⁸, али у нижем износу, очигледно због свог лошијег економског положаја. Овде је, пак, посредни исти новчани износ глобе, с тим што властеличићи уз дотичну казну трпе још и количински неодређено телесно кажњавање штаповима.

Наставак ове тематике доноси члан 55, који уводи у једначину и себре. "И ако себрь оп'соу« властѣлина, да плати ·р· перперь и да се осмоуди; ако ли властелинь или властеличикъ оп'соу« себра, да плати ·р· перперь."⁵⁹ У Атонском препису овај члан изгледа, по Новаковићу, "са свим другојачије", али заправо је реч о обрнутој формулацији, без суштинске измене у значењу: "И ако властелинь или властеличикъ опсоуе себра, да плати ·р· перперь; ако ли себрь опсоуе властелина или властеличикѳ, да плати ·р· перперь и да се осмоуди."⁶⁰ Једина додатна информација коју овај препис даје јесте потврда онога што се и по Призренском могло претпоставити, али је овде експлицитно казано – да

⁵⁶ Могло би се поставити питање и да ли се неки од наведених принципа појављује у погледу кривичног дела блуда властелинке са својим човеком – очигледно, себром. "Ако ли владыка блоудь оучини съ своимъ чловѣкомъ, да имь се обѣма роукѣ отсѣкоу и нось оуреже," прописује 54. члан Законика. (С. Новаковић 1898, 46.) Ово је, ипак, специфичан случај, где се и властела, и себри кажњавају за дотично дело, обоје као учиниоци, али рестриктивно у погледу пола. У питању је спрега питања сталешке и женске части, разрешење којег доводи до закључка да – за разлику од силовања, где је већ објашњено како се попуњавала привидна празнина – обрнути случај заиста није био кажњив.

⁵⁷ С. Новаковић 1898, 43-44.

⁵⁸ Властела и војници су плаћали глобе у коњима, а себри у воловима.

⁵⁹ С. Новаковић 1898, 47.

⁶⁰ *Ibid.*

се властеличићи убрајају у властелу, то јест исто третирају у случају да себар њих увреди. Дакле, увреда властелина (или властеличића) према себру је кажњавана на исти начин као и увреда властелина према властеличићу⁶¹, али једнакост није важила у другом правцу. Властеличић који увреди властелина је, ипак, кажњаван блаже него себар. Можда је свака телесна казна за властелу била срамотна, али смуђење (које се, уосталом, по свим постојећим подацима примењивало само на себре) је то било у далеко већој мери, будући да је осим nanoшења бола још и жигосало кажњеника, којем спаљена коса и брада не би могла поново израсти.

Новчани део казне је у свим сталешким комбинацијама исти. Ово је на први поглед необично, јер се већ видело да и повеље и Законик праве разлику у погледу оптерећења различитих сталежа. Могуће је да казна потиче из обичајног права, из периода када оваква диференцијација није била правило, а част је довољно високо вреднована да је дело заслуживало тако висок износ казне. Могуће је, истина, и да је норма новијег порекла, али да је због схватања о великом значају личне части овај високи износ прописан за све сталеже, док је сматрано да се поштравање казне у случају увреде властеле довољно обезбеђује додатним телесним казнама.

Вреди обратити пажњу и на другу специфичност ових норми: оне регулишу само случајеве где постоји сталешка разлика између учиниоца и жртве, али не и случај када су они из истог сталежа. То је додатни аргумент у прилог схватања, да је у ранијем праву (највероватније обичајном – које је и после Законика наставило да важи тамо где му није противуречило) већ постојала норма која је регулисала овакав облик увреде. Да се претпоставити да је себар био теже кажњаван за увреду властелина него други властелин, али очито унутар самог властеоског сталежа није било диференцијације. Законик је, дакле, желео да истакне већи значај части и угледа 'правог' властелина (велике и мале властеле) у односу на част властеличића, прописавши у случају разлике у положају за властеличића казну која је не само тежа, већ укључује и елемент телесног кажњавања, од којег је властела у целини обично изузимана – док је властелин исто кажњаван за псовање властеличића или себра. Као да се властеличићи желе подсетити да у поређењу са вишим слојевима они ипак не могу уживати привилегије које имају када се разлика прави само у односу на себре. Додатан аргумент у правцу овог тумачења се добија ако се повуче паралела

⁶¹ Тарановски сматра да се у овоме види "правац социјалне политике Душанове, као и правичност законодавчева према 'малим људима' (чл. 70), којима је принципијелно била обећана иста заштита, као и великим." Т. Тарановски 1996, 452.

између овог члана и више поменутог 85, који регулише бабунску реч. Структура ова два члана је такоређи истоветна: властелин се за одређено дело кажњава новчаном глобом у одређеном износу, док се други учинилац, по положају испод њега, кажњава истоврсном глобом, али кумулативно са телесном казном батинања. У случају властеличића и увреде је износ глобе можда исти, али то је зато што је код овог дела исти за све сталеже. Очигледно је да кумулативна телесна казна у оба случаја служи истој сврси – додатном кажњавању оног лица које положај, барем компаративно, не штити од ове врсте санкције.⁶²

Такође је могуће (пошто је новчани део казне у оба прописана случаја исти) да обичајноправна казна за увреду унутар властеоског сталежа и јесте износила сто перпера, али да је постојала засебна, данас непозната, нижа казна за увреду између себара. Онда чак не би ни било нелогично што се напомиње да властелин за увреду властеличића плаћа већ познату казну – јер је могуће да се хтело нагласити да тада казна остаје иста, за разлику од случаја где властеличић увреди властелина, у којем је поштрена. Тиме се не би толико ниподаштавала част властеличића – јер би властелин морао да плати за увреду властеличића колико и за увреду властелина – већ би се само подвлачили значај и вредност части виших слојева властеле, за чију увреду би властеличић морао отрпети додатну болну, а тим пре понижавајућу казну. Плаћање истог износа од сто перпера, пак, у случају увреде себра од стране властелина (или властеличића), би заправо представљало поштравање казне зарад заштите међусталешких односа, али без елемената који би унизили част властеле, слично као и код убиства. Ипак, све је ово само хипотеза, која при тренутном стању познате изворне грађе не може бити потврђена. Одсуство сталешког карактера новчаног дела санкције се види и у члану 95, који за увреду свештеника прописује исту глобу – 100 перпера.⁶³ То би могло навести на закључак да је обичајноправна санкција у свим случајевима износила 100 перпера (што је мање

⁶² Соловјев, у складу са својим схватањем статуса и порекла војника/властеличића, нуди другачије тумачење: "Сматрамо да је то у вези са чињеницом да су у властеличиће могли улазити и слободни сељаци који врше војну службу и тиме се издвајају из редова обичних себара. Такви су били, на пример, Паштровићи, којима су Млеци 1423. г. признали право племства, иако су то били слободни сељаци с обавезом вршења војне службе." А. В. Соловјев 1980, 215-216. Ово није лако прихватити. Да су властеличићи били, бар делимично, толико ближи себарском сталежу колико он имплицира, да ли би и износ новчаног дела казне остао исти као за властелу? Осим тога, пример Паштровића се не може прихватити као валидан доказ, јер се односи на наредни век (наравно, то само по себи не би морало ништа значити, али прелаз из XIV у XV век је на овим просторима протекао доста преломно) и другу државу, чије је право засновано на суштински другачијим начелима.

⁶³ С. Новаковић 1898, 74.

вероватно⁶⁴), или да је ово кривично дело у потпуности законски новитет, те да је псовање и вређање раније било само друштвено неприхватљиво, али да није уз јавну осуду повлачило и кривичну санкцију.⁶⁵ Али, какав год да је претходни развој овог кривичног дела, сталешка диференцијација у оквиру његове регулативе у Законнику је очигледна.

Коначно, вреди поменути један члан у којем се разлика наизглед прави само у односу на статус жртве. У питању је деликт који модерни истраживачи називају увредом делом, будући да се чини чупањем косе и браде, које су за средњовековног човека биле симбол угледа. За разлику од већ помињане мехоскубине, код које је реч о међусобном чупању себара, па ни казна није нарочито оштра, овде се ради о једностраном чупању браде: **"Кто се обрће искоубь брадоу властѣлиноу или доброу чловѣкоу; да се томоу-зи обѣ роуцѣ отсѣкоу."**⁶⁶ Тарановски сматра да фраза *добар човек* означава угледног човека који не спада у властеоски сталеж, себра на добром гласу⁶⁷, док Соловјев овај појам шири и на "грађанина, градског или сеоског попа, а и неке врсте сељака – најпре оне сеоске 'кнезове, премићуре, престојнике', који посредују између феудалног господара и потчињених себара, па и утицајне себре, економски јаче, који обично фунгирају као сведоци и поротници."⁶⁸ За ово нема јасних доказа, али је објашњење логично и једноставно, па се може прихватити у недостатку бољег. Дакле, док је код основног облика мехоскубине новчана казна била довољна за увреду коју је себар нанео себру, у случају када би на овај начин угрозио част властелина или угледног човека из себарског сталежа, тежина увреде је била толика да је за њу пређено казном сакаћења, и то истом којом се кажњавало и умишљајно убиство! Треба имати на уму и да је код класичне мехоскубине дело тако формулисано да су оба учесника

⁶⁴ Тај износ би био превисок за деликт ове врсте међу себрима – јер нити се њиховој части придавао толики значај да би њена повреда заслужила овакву казну, нити је логично да би се овако тешка казна, за себра изузетно висока, формирала сама од себе и примењивала на нижи слој становништва.

⁶⁵ Тарановски, наводећи више поменути пример казне за псовање свештеног лица, из њеног истог новчаног износа закључује "да није се законодавац бринуо, да се увреда части свештеног лица поштрено казни, него да се уопште казни. Пошто је требало, да се за то побрине, вероватно није псовање било уопште кажњиво. Вероватно је изазивало само ванправну реакцију, која је спадала у област нарави. Можда тек Душаново законодавство уводи казнену заштиту против псовања за свештена лица, као што се служи и казним средствима да очисти од псовања међу сталешке односе." Т. Тарановски 1996, 452-453.

⁶⁶ С. Новаковић 1898, 75.

⁶⁷ Т. Тарановски 1996, 375, 450-451

⁶⁸ А. В. Соловјев 1980, 256.

истовремено и учиниоци, и жртве, то јест да је сваком од њих његова жртва већ узвратила истом врстом зла коју је и он њој нанео, па је могуће да је казна баш зато релативно блага. Али то не значи да је овај елемент учешћа жртве довољан да оправда толико строгу казну у другом случају: напротив, то је могао бити само додатни и релативно мали фактор, док је основни чинилац била тежина увреде, односно вредност заштитног објекта – властеоске части и части још увек недовољно јасно објашњених 'добрих људи'.

Реч је, притом, о облику дела квалификованом само статусом жртве, док учинилац може бити било ко. Тарановски према овоме има резерве, али не налази боље тумачење. "Тешко је ипак претпоставити, да ако би угледном себру ишчупао браду властелин, да би онда био кажњен одсецањем руку (уп. чл. 94). Немамо података о томе, како се чл. 97. примењивао у пракси, нити знамо за ондашње живо обичајно право, на које се Законик редовно обзира, те нисмо у стању решити сумње, које чл. 97. изазива," пише он.⁶⁹ Соловјев одбацује те резерве и закључује да је веома значајно "што Душанов законик напушта у том члану строго сталешко гледиште и изједначаје извесне категорије грађана и сељака са властелом."⁷⁰

ЗАКЉУЧАК

Може се закључити да Душанов законик преузима из повеља различито третирање припадника властеоског и себарског сталежа у сфери кривичног права. За обе категорије извора је карактеристичан приступ ограничавања потенцијалног круга учинилаца кривичног дела на једну или више сталешких категорија не само онда када су припадници изостављених сталежа заиста у правној или фактичкој немогућности да дело изврше, него и онда када би појављивање учинилаца из тих категорија било мало вероватно или тешко изводљиво. Другим речима, доследно се примењује и другде присутна пракса да се нормира само оно што представља опште правило, а не и изузетак, чиме се сужава круг потенцијалних учинилаца.

Надаље, Законик код неких дела која могу учинити припадници различитих сталежа прописује за њих различите казне. Без обзира на то што се дела за која је то случај у Законнику и она код којих таква регулатива постоји у очуваним повељама не поклапају, јасно се види да је преузето нешто што је много значајније од нормирања појединих деликата и њихових санкција, а то је *принцип* различитог третирања

⁶⁹ Т. Тарановски 1996, 375.

⁷⁰ А. В. Соловјев 1980, 256.

властеле и себара. И у повељама и у Законику постоје трагови опште тенденције да властела сноси теже имовинске казне, али да се начелно изузима од телесног кажњавања. Логику није тешко увидети – част вишег сталежа би била повређена применом телесних казни, али зато економска моћ властеле дозвољава да се од њих за исто дело наплати виши износ казне него од себара.⁷¹ Овим се остварује и принцип правичности: јер, да су износи казни били исти, оне не би подједнако тешко погађале учиниоце из различитих сталежа. Казна која би била примерена за себра властелину не би представљала нарочит издатак, па би самим тиме и сврха казне била изиграна, јер учиниоцу не би било нането зло у сразмери са преступом. Казну која би адекватно погодила властелина себар можда не би ни био у стању да плати, или би га њена исплата свела на просјачки штап – што би било сувише оштро у поређењу са тежином дела, па ни та казна не би остварила свој прави циљ. Једини изузетак је кривично дело псовања (увреде речима), које прописује разлику у погледу врсте и уопште примењивости телесних казни на учиниоце, али све кажњава истим новчаним износом. Ово нема приметног основа у очуваним повељама, тако да су извори тих одредби непознати, и може се само претпоставити да се она бар делом заснива на старијем обичајном праву.

Законик, ипак, за најтеже злочине подвргава и властелу телесним казнама. С обзиром на расположиво стање у изворима – где већина сачуваних повеља не садржи податке о кажњавању најтежих дела – није лако рећи да ли је и ту посредни преузимање ранијег права или иновација. Ипак, пошто су оштрије телесне казне – пре свега казне сакаћења – заједно са широм применом смртне казне ушле у српско право из ромејског, и то у највећем броју баш кроз Душанову кодификацију, може се претпоставити да је у питању новина коју уводи Законик. Додуше, то не значи да се он у потпуности одриче старог начела. Истина је да је преузимање нових врста телесних казни из ромејског права и ширење круга дела за која су оне прописане имало за последицу да и властела буде подвргнута овој врсти казни; али ипак се примећује да Законик то чини рестриктивно, само за најтежа дела, те да се властела телесно кажњава можда чешће него раније, али опет далеко ређе него себри. Дакле, ради се о синтези старог и новог начела: схватања да властелу због положаја и угледа не треба телесно кажњавати и принципа по којем за тежа дела телесне казне треба у сваком случају применити. Што се тиче других облика разликовања

⁷¹ Занимљиво је и питање фискалног интереса државе у погледу прикупљања глоба. У којој мери су оне представљале значајну ставку у тадашњим финансијама, на коју се рачунало за исплату зарада чиновницима – и да ли је такав систем формиран тек у Душаново време, или још за владавине његових претходника? Посреди је значајна тема која може бити предмет засебног истраживања.

казне за различите сталеже – конкретно, различитих врста натуралних глоба у зависности од статуса учиниоца, присутних у Жичкој повељи – у том погледу нема рецепције старог права, јер Законик у великој већини случајева своди глобе само на новчане, у складу са привредним развојем и све већим бројем робноновчаних трансакција.

Колико год да постоји утицај ранијег права, приметно је да Законик уводи још једну значајну новину: различито градирање казне у зависности од сталешког положаја и учиниоца и жртве истовремено, то јест од тога да ли припадају истом сталежу. Овде се обраћа пажња и на част вишег сталежа и импликације које носи њено вређање од стране припадника нижег, али и на сталешке односе на глобалном плану и последице које у њиховој стабилности може изазвати међусталешки злочин. А тај приступ показује социјално-правне финесе које у корпусу правне грађе повеља нису присутне.⁷² Ипак, овај принцип очигледно није преузет ни из ромејског казног права, јер оно не прави никакву сталешку диференцијацију. Сходно томе, мора се закључити да је у питању синтеза правила из нових и старих узора. Иако на први поглед модерном правнику не би деловала нарочито развијено, она заправо представља веома квалитетно и пажљиво изведен баланс између два значајна принципа. Први је принцип одређивања тежине (врсте и обима) казне у складу са значајем заштитног објекта, који обезбеђује да се учиниоцу тежег дела изрекне адекватно строжа казна.⁷³ Други је принцип правичности, који осигурава да за исто дело сваки учинилац добије казну која ће га исто погодити, тако што прави разлику у казнама аналогну разлици међу припадницима властeosког и себарског сталежа.

⁷² Ово се не може тврдити са потпуном сигурношћу, будући да сачуване повеље нису често нити детаљно регулисале материју где би се могао бацити акценат на односе између сталежа, нарочито у области казног права. Ипак, вероватно ни оне повеље које нису сачуване, из више разматраних разлога, нису садржале овакву регулативу. Могуће је, додуше, да принцип није потпуно нов, већ да су неки његови зачеци постојали у обичајном праву, али логично је да је неписано право могло отелотворити само основну идеју, а не и развити је са свим финесима које постоје у Законнику.

⁷³ Могло би се рећи да се овај принцип подразумева у сваком казном праву, али овде се он жели подвући како би се нагласило да је примењен и код оних кривичних дела где данашњи човек не би лако увидео разлику у значају заштитног објекта – као, рецимо, код међусталешког убиства – али са средњовековне тачке гледишта она итекако постоји.

ИЗВОРИ

1. Владимир Мошин, Сима Ћирковић и Душан Синдик (изд.), *Зборник средњовековних ћириличких повеља и писама Србије, Босне и Дубровника: Књига I, 1186-1321*, Београд 2011.
2. Стојан Новаковић (изд.), *Законик Стефана Душана, цара српског, 1349 и 1354*, Београд 1898.

ЛИТЕРАТУРА

Милош Благојевић, Државна управа у српским средњовековним земљама, Београд 2001.

Милош Благојевић, "Соће – основни порез средњовековне Србије: Једна перпера или кабао жита", *Глас Српске академије наука и уметности СССХС, Одељење историјских наука*, књига 11/2001, 1-44.

Милош Благојевић, Земљорадња у средњовековној Србији, Београд 2004.

Љубомирка Кркљуш, "Колективна одговорност у Душановом законнику", *аушанов законик – 650 година од његовог доношења*, Бања Лука 2000, 143-151.

Нина Кршљанин, "Колективна одговорност у Душановом законнику", *Правни живот*, 10/2011, том 2, 413-428.

Раде Михаљчић, "Метода ex silentio", *Сабрана дела*, књига V: Изворна вредност старе српске грађе, Београд 2001, 65-67.

Миодраг М. Петровић, "'Бабунска реч' у Законнику цара Стефана Душана 1349. и 1354. године", *Археографски прилози*, 25/2003, 143-161.

Никола Радојчић (изд.), *Законик цара Стефана Душана 1349 и 1354*, САНУ, Београд, 1960.

Petar Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika*, књига прва: А-Ј, ЈАЗУ, Zagreb 1971.

Александар Васиљевич Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Београд 1980.

Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави*, Београд 1996.

Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (прир.), *Лексикон српског Средњег века*, Београд 1999.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

1. <http://www.poljopartner.rs/VestDetaljno.aspx?id=24327&grupa=1>, 03.09.2012.

Nina Kršljanin

**CLASS INEQUALITY IN THE PENAL LAW OF
DUŠAN'S CODE**

Differences in punishment of members of different classes are a frequent occurrence in the penal law of many mediaeval countries, including Serbia under Nemanjić rule. The paper analyses this phenomenon in Dušan's Code and the preceding charters and attempts to determine the basic principles of this differentiation. Despite stereotypes, they cannot be summed up as laxer treatment of the higher and stricter punishment for the lower classes. Firstly, in the cases of some crimes only members of certain classes are prescribed as offenders – be it due to legal or factual impossibility, or the likelihood of a member of a certain class to commit such a crime. As for those crimes that could be committed by all classes, it is shown on the examples of several crimes (abandoning one's spouse, murder, rape, insult by word or action...) that the nobility (vlastela) was indeed generally protected from those penalties that were considered shameful, but it also paid larger fines levied on property, so that fines would affect all offenders equally. Finally, in cases of crimes where the perpetrator and the victim were from different classes, Dušan's Code is greatly concerned with determining the penalty with regards to the significance of the protective object, particularly to class honour and the need to preserve peaceful relations between classes.

Key words: *classes; Dušan's code, inequality, penal, Serbia*

Dr Snežana Miladinović¹
Vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Crne Gore

Originalni naučni rad
UDK:347.472 (497.16)

FOUNDATIONS IN THE GENERAL PROPERTY CODE FOR MONTENEGRO

U istoriji Crne Gore zadužbinarstvu i zadužbinama pripada posebno mjesto. U pravnoj istoriji, norme kojima su regulisane zadužbine mogu se, bez pretjerivanja, nazvati biserima neprocjenjive vrijednosti. Rečeno posebno važi za odredbe Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, izašlog iz pera Valtazara Bogišića.

Naime, razdio XI petog dijela Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru Valtazar Bogišić je posvetio zadužbinama. U svega dvanaest članova Bogišić je uspio da sublimira sve što je potrebno za potpuno, jasno i nedvosmisleno regulisanje zadužbina, počev od pojmovnog određenja, uslova i načina osnivanja, preko pravila o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada, do uslova za eventualno preuređenje i prestanak zadužbina.

Valtazar Bogišić je u Opšti imovinski zakonik unio model u čijoj osnovi su načela autonomije volje, dobrovoljnosti, trajnosti, društvene korisnosti i javnosti. U ovom tekstu analizirane su odredbe Opšteg imovinskog zakonika kojima su regulisane zadužbine. Ukazano je na njihovu sadržinu, ali i na uticaj koje su izvršile na savremeni model zadužbina.

Ključne riječi: *Zadužbine, Valtazar Bogišić, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*

¹ Dr Snežana Miladinović, Associate Professor of Faculty of Law at the University of Montenegro

"All of us die only once, but great people die twice:
once when they disappear from the earth,
and second time when their foundation perishes."
(Ivo Andrić - "Na Drini ćuprija")

In the history of Montenegro foundations have a special place. In the history of law, norms which regulate the foundations may, without exaggeration, be called pearls of inestimable value. Not only because of their wisdom, beauty of language and contemporary solutions, but because of the fact that they were the cornerstone on which powerful imperial foundations were created, monasteries and churches, hospitals, shelters for strangers, shelters for the poor, orphanages, schools, bridges, fountains for travellers, and also the will of the poor who are by giving little actually giving the most. What is said above is especially true for the regulations of the General Property Code for Montenegro, written by Valtazar Bogišić.

Ways to express humanity, altruism, benevolence and mercy, in consideration of the legal institutes, were numerous, ranging from *donatio mortis causa*, through legacy, inheritance contracts, orders, and foundations². Foundations, initially, were mostly monasteries and churches built by rulers and members of royal families for salvation and eternal memory. The royal foundations were the places at which famous people gathered, decisions crucial for the survival and development of the country were made, real pearls of medieval literature were written, laws were written and kept, the first printing was established, literacy and enlightenment ideas were spread from them, architecture and fresco painting experienced its peak, but also first hospitals, orphanages and schools were built there ... In short, everything that is important for the life of a country and people in our country is concentrated in the shelter of the foundation. In peaceful times, foundations were centres from which important ideas, literacy and culture were spread, and people's identity and individuality was kept. In times of war they were a source of support of any kind, but also of strength to endure and survive against all odds. Because of that the foundations and its founders have had so high position on the scale of values, and their memory is preserved through the centuries, in the people's memory through stories, songs, proverbs, legends...

²The will had been mainly made by "singles", childless people who have left the property to churches and monasteries for the salvation of souls.

Section XI of the fifth part of the General Property Code for Montenegro Valtazar Bogišić dedicated to foundations. In only twelve articles Bogišić managed to sublimate all that is necessary for full, clear and unambiguous regulation of the foundation, starting with conceptual definitions, conditions and ways of establishing, through the rules of internal organization and working methods, to the conditions for a possible reorganization and termination of the foundation³.

When studying the legal structure and customs, which served him as the basis for the formulation of standards on foundations, Valtazar Bogišić encountered a wealth of preserved regulations, charters, and objects, and not less important, the deep-rooted national remembrance, respect and evaluation. There are sources that Bogišić also highly appreciated: proverbs, poems, legends and folk memory⁴.

Bogišić had in details analyzed the text *Nomokanon – Svetosavske Krmčije*, which is the first in a series of rules that regulate, among other things, foundations as well⁵. Part of a complex system of *Krmčije* are regulations on the protection of socially vulnerable persons, from which we learn what is considered the social case and what measures were envisaged to mitigate and remedy the situation. For Bogišić particularly important was the part of *Nomokanon* related to the establishment of "noble houses" through the will. The 25th article of the 45th chapter of *Krmčije* is: "If someone in the last legacies in writing expresses a desire to establish an honourable house, or a church, or a shelter for strangers, or dwellings of the poor, kitchen or hospital, we order that the church (the house) shall be completed by the expiration of five years with the care of Bishop or elder of the area, and if the deviser determines suitable shelters for foreigners, or

³ Art.755-766 of the General Property Code for the Principality of Montenegro. Snežana Miladinović, *Foundations*, Službeni glasnik, Belgrade, 2002

⁴ Konstantin Jiriček, *History of Serbs*, Book II, Cultural History, Belgrade, p. 67-82., p.218-231, Radoslav Pavlovic, *How churches "flew away" here*, Belgrade, 1961., SANU, the Department of Social Sciences , Book III. Recall that Valtazar Bogišić collected folk songs. See: *Folk Songs from the oldest mostly coastal records*, collected and published by Valtazar Bogišić, LIO, Gornji Milanovac, 2003. (Facsimile edition: Division II Bulletin of the Glasnika Srpskog učenog društva, Book X, folk songs from the most ancient maritime records, collected and published by Bogišić V., Book I, with discussions about "bugarštice" and vocabulary, Belgrade, 1878.).

⁵ Dr Miodrag Petrovic, *Krmčija of St. Sava on the Protection of the excluded and socially vulnerable people*, Belgrade, 1990., P.9-20. The regulations of *Krmčije* protected the poor, the sick and people with physical defects for whom homes are built. Basically *Krmčije* is learning about social justice and philanthropy. In connection with the application and interpretation of legal provisions *Krmčije* provides to " pay more attention to a sense of law, not words, and to interpret the laws to a greater love for man." - compare this regulation of *Krmčije* with Art. 993 of OIZ stating: "He who knows only the words of the law, still does not know the law when he does not understand its meaning and sense."

foster parents of the poor or other similar trustees or if he enables to his successors this choice, we order that the bishop of the place in every way fulfils written heirs, controlling whether the building is progressing good, so if he finds that managers are not useful, he is authorized to put competent people in their place without any damage in order to make everything done according to the will of the deceased⁶. "It is clear, therefore, that these are norms that regulate foundations mortis causa. Krmčije also contains regulations on the way of establishment, objectives, duration, as well as supervising the work of the foundation.

Work of "honourable homes" also needs appropriate property, and Krmčije as the main source of acquiring real estate assets provided legacy of real estates. "Honourable Homes" were able to inherit property that was intended to feed and help the poor⁷. Part of the property could have been used by renting, but with constant supervision to avoid misuse, thereby damaging the "honourable home" and threatening the beneficiaries. Even the manner of concluding contract of lease was regulated by swearing an oath of staff of "honourable homes" (distributors, managers, archivists) that it will not harm the "honourable house"⁸. Important source of studying the foundations for Bogišić were monastery charters, as *lex specialis* of monasteries and churches, and typicons of monasteries Hilandar and Studenica⁹. Bogišić also thoroughly studied "Dušan's Code", which had, related to the regulation of rights on disposal of heritage in the event of

⁶ The same, Krmčije (Ilovički transcript) 25th commandment 45th Chapter 219a - 220

⁷ Miodrag Perovic, op.cit, p.17., Says that in chapter 1 second branch of Ilovičke Krmčije (242a) it is predicted that "an unnamed property bequeathed to the poor is accepted by " shelter for strangers "and after he sold it, he uses the money to buy the poor what they need. In the event that the city has more "shelters for strangers" in that way bequeathed property is received by the poorest of them, as decided by the bishop and the priests. And if the city does not have a shelter for strangers, the assets shall be divided by bishop or distributor to the poor, or to those who most need it, not keeping anything. "-" Order 242B) Krmčije even provides that "donated property must be free of any burden such as debt and the like. In the event that the bequeathed property is under the weight of some kind, it is in all transferred to the donor or his heirs, so that the honourable house doesn't suffer damages. "

⁸ Miodrag Petrovic, mentioned work, p.19. In the commandment 287a) of Krmčije it is said to negotiate leases in the presence of the tenant and his two successors, and in commandment 287b) that the lease cannot last longer than 30 years. Very important is Chapter 6 (287b), which prohibits Honourable House staff and their immediate and distant relatives to be tenants.

⁹ Radomir Popovic, Church property in Nemanjić Serbia, Belgrade, 1989., P.5-77th, G. Babić, V. Korać, S. Ćirković Studenica, Yugoslav Review, Belgrade, 1986., P.10-22., 90-94., 146-153., 180-188., Sava-Hilandarac, History of Monastery Hilandar, the National Library of Serbia, Belgrade, 1997. , T. Pejović-monasteries on the territory of Montenegro, Presmedij, Novi Sad, Republic Institute for the Protection of Cultural Monuments, Cetinje, 1995., V. Ćirović, History of the Serbian people, Belgrade, 1997., (Volume I).

death, provided the disposition in favour of the church and the right of inheritance "for the soul to reveal."¹⁰

In the period of validity of these acts on the territory of present-day Montenegro some very valuable foundations were created. In the Middle Ages in the Skadar Lake basin about twenty great religious buildings of cultural and historic value was built for which this area is known as "Zetska Sveta Gora". In the period from 1376 to 1378 in honour of The Virgin Mary, the Monastery or Starčevo or Starčeva Gorica was built, whose founder was Elder Makarije¹¹. Monastery Moračnik was built on Moračnik in about 1400th, which was first mentioned in 1417th in the Charter of Balša III, who was his patron. In the early years of the fourteenth century a church of St. George which was built in Beška, whose founder was Đurađ III Stracimirović Balšić. His wife, Jelena was the founder of a small church of the Holy Virgin, which was built near the church of St. George in 1439th year. These foundations were showered with gifts of rulers and wealthy individuals. Significant foundations were also made and beyond "Zetska Sveta Gora". Stefan Crnojević built in 1471st the monastery and church of the Ascension of the Virgin in Kom at Zabljak, and the ruler of Zeta, Ivan Crnojević in 1485th built the Cetinje monastery (Cetinjski manastir).¹²

Special significance, among few standards that apply to dependent foundations, belongs to Danilo's Code, whose regulation of free testing by

¹⁰ Teodor Taranovski History of the Serbian rights in Nemanjić Serbia, Belgrade, 1996., Str.538-572nd, B. Petranović, Inheritance rights of the Serbs on the basis of legal traditions and written documents, Belgrade, 1923., P.1-30. Articles 40., Article 46. and art.174. Dušan's Code cover the proper disposal of heritage .

¹¹ Bozidar Vukovic - Podgoričanin, by his desire, was buried in this monastery.

¹² There are many examples of legacies for the benefit of the church or monastery, for the salvation of souls of will writers. One of the oldest surviving wills is the will of Đuro Nikolić from 1545 by which he attaches the vineyard to the Cetinje monastery, then Stijepo Dajkov's will from 1628, by which he attached to the Cetinje Monastery " the house and home furnishings, and heritage, and the vineyard, the melons and a mountain and water", will of Vučeta Andrin who attached his belongings to the same monastery "for the salvation of their souls" from 1698, will of Nika Djurović Marović from 1789 who leaves part of his property to the church, and will of Tomo Markov Petrović - father of Njegoš from 29th August 1854 who leaves all of his mortgaged property to the church and altruistically forgives debts to his debtors. Details: Savo Marković, mentioned work, p.75-88.

"his own passion"¹³ Valtazar Bogišić also had in mind when shaping legal foundation.

Provisions of the General Property Code for the first time on the grounds of Montenegro were regulated as independent, i.e. foundations that are a special "property"¹⁴. Valtazar Bogišić inscribed in the General Property Code the model which is based on the will of the founder of an foundation, and control by the state over the established objectives, regulations, amendments and termination. It is a model that, basically, even now is accepted by most of codes, and also by modern doctrine. Reasons for modernity, or rather all-time existence, of the solutions inscribed by Bogišić in the General Property Code, lie in the methodology used by Bogišić. In the theoretical analysis and legislative work Bogišić started from the premise that one of the most important legal professions of law is history of law and that its task is studying and exposure of legal phenomena "in their genetic forms and shapes as they occur and alter in wide open spaces and time, their causal bond and causes of their development or relative lag"¹⁵. "In addition to the study of legal history Bogišić puts emphasis on the study of" living legal structure "and the degree of foreign influence, which is inevitable because, he says," it is a natural tendency to borrow from your neighbours what you do not have or what you think your neighbours have is better."¹⁶

Valtazar Bogišić has inscribed in the General Property Code the model which is based on the principle of autonomy of the will, voluntarism, durability, utility, social importance and publicity.

Bogišić says in the General Property Code: "If a man sets up any precious foundation or permanent foundation (e.g. The eternal memory of the soul, feeding the poor or continuing support, refitment of fountains and bridges, etc.) from his own property which is in his free disposal, such

¹³ Lazar Tomanovic, Inheritance right according to the Danilo's Code, Archive, Book II, Volume 1, Belgrade, 1906., P. 3-30.; Božidar Tomović, Inheritance customary law in Montenegro, Belgrade, 1926., P.52-70.; Aleksa Matanović, Inheritance, customary law in Montenegro, Archive for Legal and Social Sciences, Belgrade, 1928., Book XVI (XXXIII) p.238-358.; Savo Marković, Testament in Montenegrin customary law, Belgrade, 1995., p.17., Petar Stojanović, Some problems of the status and role of churches and church organizations in Montenegro

(Review of the state in the eighteenth, nineteenth and early twentieth century), Historical records, Titograd, book XXX, 3-4/73., p. 291-312.

¹⁴ Art.755-766 of the General Property Code for the Principality of Montenegro

¹⁵ Bogišić Valtazar, About the importance of legal customs, General Property Code for the Principality of Montenegro, selected works, "Unireks", Podgorica and "Službeni glasnik", Belgrade, 1998., P.337.; Pupovci Surja, Valtazar Bogišić - Life and Work, CID , Podgorica, 2004

¹⁶ The same, p.341

foundation becomes independent property as soon as it is established". Foundations were, therefore, formed in the general interest and in accordance with the law. They could have been established by an act of *inter vivos* and *mortis causa*, i.e. foundation could have been established by a document certified by a court or the will. If the foundation was founded by a will it was regulated that a will "should be literate, and that should have been made in the presence of at least three witnesses, of whom two is enough if it is made in the court."¹⁷ Regardless of the manner of establishment "in the document by which the Foundation is established, the exact nature and purpose of the foundation should be determined, as well as the property which is set for its existence and maintenance, and who and how will manage the foundation".¹⁸

According to General Property Code the foundation is impersonal property which differs from other properties primarily in the purpose for which it is founded. The purpose is characterized by general social usefulness and durability. The purpose of the foundation had to be clearly and unambiguously defined, as it identifies the profile of the foundation, its duration, results, and its eventual renovation or removal. The second condition of foundation is property, provided that Bogišić did not provide any type or value of property as a condition for the establishment of the foundation.¹⁹ The third condition for establishing the foundation was to clearly and accurately determine who and how will manage the foundation.²⁰ General property code provides the question "who and how will manage the Foundation" to be solved "in the document of establishing the foundation."²¹ If the founder of the foundation failed to determine manner of managing the foundation, trustee was "required to manage property conscientiously and carefully, as each good host manages its own home," and was also obliged "to represent the foundation and its estate to everybody else."²² If it is not decided who will manage the foundation, the manager was appointed by the Guardian authority, i.e. captain's court in which area the foundation is located. The same court also performed supervision over the work of

¹⁷ Art.756 p.2. General Property Code for the Principality of Montenegro. This, together with the Order of the Montenegrin Metropolitan legacies and execution of the same, number 673 of 10th May 1891, the only regulation in Montenegrin law of that time which relates to the form of a will. (Proceedings of court laws, decrees and international agreements on judicial profession for Montenegro, Cetinje, 1912, P.195.)

¹⁸ Artl.757. General Property Code for the Principality of Montenegro

¹⁹ Art.757. General Property Code for the Principality of Montenegro

²⁰ Art.757. General Property Code for the Principality of Montenegro

²¹ Art.. 760 Paragraph 1. General Property Code for the Principality of Montenegro

²² Art.646. General Property Code for the Principality of Montenegro

foundation managers.²³ About the management and control of the foundations of the church, church authorities were consulted.²⁴

General Property Code for establishing of the foundations accepted the concession system. Code provided, "that if funds of what is certain to be a property of foundation exceeds value of 1,000 francs, establishing should be approved by state power, so it could come to life".²⁵ Approval for foundation if the value of its assets didn't exceed 2,000 francs was given by State Council, and over that amount – by the Ruler. For foundations whose estate did not exceed value of 1,000 francs there was no need for the approval, but the court, which certified the document on the establishment, was obliged to notify the State Council. For the establishment of ecclesiastical foundations, in addition to the approval of state authorities, the approval of church authorities was also necessary. The Code stipulates that the approval of ecclesiastical authorities must be obtained before applying request for setting up foundation to the State Council, or Ruler, which depended, as we have seen, on the value of foundation assets.²⁶

According to General Property Code both minors, and "all those who are otherwise subject to guardianship"²⁷ were able to establish the foundation, but only with prior approval of the Custodian and the Guardian authority, which also must have been obtained before submitting the application for approval for setting up the foundation.²⁸ By explicit command of the Bogišić's Code, foundation was considered established at the time of founder's death, if it was founded by will, or at the time of certification of the document on establishing by the court, if it was established by an act inter vivos.²⁹

If all above conditions were fulfilled, the foundation would receive separate legal existence – it would become a special property. Foundations, as impersonal properties, existed for the reason of continuing of fulfilling the

²³ Art.646. § 2. General Property Code for Montenegro, "In the tangled cases, the District Court, asked by the captain, may give instructions to the Court, either by itself, or after queries and learn the opinion of the Grand Court, as if he acts in the business in question".

²⁴ Art. 760 p. 2 General Property Code for the Principality of Montenegro

²⁵ Art.758. Paragraph 1. General Property Code for the Principality of Montenegro

²⁶ Art.758 p.2. General Property Code for the Principality of Montenegro

²⁷ Art.755. st.2 General Property Code of the Principality of Montenegro

²⁸ Art.640-674, Art.963. General Property Code for the Principality of Montenegro

²⁹ Art.759 p.1 General Property Code for the Principality of Montenegro. In paragraphs 2 and 3 of the same article it is stated: "Even for those types of foundations which are to be approved by the state government, , and that approval is given, the survival of the Foundation shall be counted, however, from the day on which it is founded. But if for some legal reasons the approval is denied, then it shall be counted that the foundation never existed".

objective set by the founders, thanks to the adequate use of property which was intended by the founder, about which its administration was concerned with.

As a rule, the foundation "lasts as it is"³⁰ in accordance with the will of the founder. If that is not possible, either because the object for which the foundation was established "came in opposition to the regulations that come from newer facts and needs of public life, or it could not anymore, because of change in circumstances, achieve the goal set by its founder"³¹, General Property Code envisaged the possibility that the same "could be reorganized." If the foundation could not be rearranged without major deviations from the will of the founder, foundation would be abolished. Decision on reorganization or abolition of the foundation was made by the State Council, after having obtained the opinion of management foundations, local authorities, and any person who had an interest in it, and if it is foundation of church and also from church authorities.³² The decision became enforceable only after the order is affirmed by Ruler - Prince Lord.³³

We see that Bogišić leaves establishing and internal organization, with the required minimum limits, to the founder's free will, while he puts reorganization and termination of their work places in exclusive jurisdiction of the State Council.³⁴ On one hand, therefore, we have the minimum requirements of form and minimum conditions for the establishing of trusts, and on the other, strictly and thoroughly regulated procedure of their adjustment and termination, which is dictated by the nature and purpose for which the foundation was established.

If certain other assets remained after the abolition of foundation, they would be dealt with in accordance with the will of the founder or, would be simply handed over to some legal entity with a similar purpose. If the foundation had philanthropic purpose, assets were given to "general fund of the poor or any other charity that works in benefit of people in general."³⁵

From the above said, we see that Bogišić sought to shape the foundations in a way to suit the spirit of modern times, but also to channel

³⁰ Art. 762 General Property Code for the Principality of Montenegro

³¹ Art. 762 General Property Code for the Principality of Montenegro

³² Art. 763 General Property Code for the Principality of Montenegro

³³ Art. 765 p.2 General Property Code for the Principality of Montenegro

³⁴ Art. 763 General Property Code for the Principality of Montenegro

³⁵ Art. 752 p.3 General Property Code for Montenegro. Note also that the Constitution of Montenegro from 1905 guaranteed right to establish the foundation. Not only that. The Constitution provides that the property of foundation "cannot be regarded as state property, and it cannot be used for anything else except for what, for what is bequeathed and intended."

the centuries long tradition of foundations in our region.³⁶ And he succeeded. Standards which regulated the foundations in General Property Code are even today role models to lawmakers. Through the example of legal regulation of the foundation, in fact, one can conclude Bogišić's correctness of the view that the law does not draw power from the power of the legislator, but the springs of public life, current conditions and practical needs of environment for which the law is passed.

With the hindsight of more than one hundred and twenty years, General Property Code for Montenegro could be viewed as a great "foundation" of a great creator who, as "a stranger" showed through regulations of the Code which are governing foundations how much he met and understood Montenegro, its history, and its future.

³⁶ Here are some of the foundations established at the time of validity of the General Property Code. Đorđije Đurović established the foundation by a will from 27th April 1898 to which he left two houses in order "to establish a school in the Bay of Kotor in Topla or town of Erceg-novi, from a revenue of these houses it is to pay the teacher and other school expenses." Čipović Mileta in 1907 by a will left funds to establish schools in Danilovgrad. Đoko Vukmanović established the foundation by a will from 2nd January 1915., to help educate their children "from all over Crmnica district." By will of Krsto Lainović in Podgorica from 27th January 1918, the foundation was established with the aim to send students from Montenegro to studies abroad, which are obliged "to be in service to their country."

Snežana Miladinović, PhD
Associate Professor at the Faculty of Law
University of Montenegro

FOUNDATIONS IN THE GENERAL PROPERTY CODE FOR MONTENEGRO

In the history of Montenegro foundations have a special place. In the history of law, norms which regulate the foundations may, without exaggeration, be called pearls of inestimable value. What is said above is especially true for the regulations of the General Property Code for Montenegro, written by Valtazar Bogišić.

Section XI of the fifth part of the General Property Code for Montenegro Valtazar Bogišić dedicated to foundations. In only twelve articles Bogišić managed to sublimate all that is necessary for full, clear and unambiguous regulation of the foundations, starting with conceptual definitions, conditions and ways of establishing, through the rules of internal organization and working methods, to the conditions for a possible reorganization and termination of the foundation.

Namely, Valtazar Bogišić has inscribed in the General Property Code the model which is based on the principle of autonomy of the will, voluntarism, durability, utility, social importance and publicity.

In this article the author analyzed the provisions of the General Property Code, which regulates foundations. It was pointed out to their contents, but also the impact that carried out the foundation of the modern model.

Key words: *Foundations, Valtazar Bogišić, General Property Code for Montenegro*

Dr Mario Reljanović
Pravni fakultet UNION

Originalni naučni rad
UDK: 331
349.2:342.726

MEĐUNARODNA ORGANIZACIJA RADA I ZABRANA DISKRIMINACIJE PRI ZAPOŠLJAVANJU

Međunarodna organizacija rada funkcioniše od 1919. godine. Osmišljena je nakon I svetskog rata, kako bi aktivno učestvovala u poboljšanju položaja zaposlenih na međunarodnom – globalnom nivou. Tokom gotovo jednog veka postojanja, donet je niz konvencija koje su opšte prihvaćene od strane najvećeg broja država. Neke od najznačajnijih tiču se zabrane diskriminacije pri zapošljavanju, na radu i u vezi sa radom. One se fokusiraju na probleme koji postoje u odnosu na tzv. ranjive grupe, koje su tradicionalno bile diskriminisane u oblasti rada i radnog angažovanja. Efekti konvencija koje su analizirane vidljivi su ne samo u ujednačavanju zakonodavstava država koje pripadaju različitim pravnim kulturama, tradicijama i sistemima, već i u otklanjanju najrazličitijih predrasuda i stereotipa koji se vezuju za pojedine grupe, a koji su bili izvor diskriminisanja. Ipak, u nekim državama implementacija normativnih rešenja nije u skladu sa ciljevima ovih akata, dok je u pojedinim državama u odnosu na neka specifična pitanja – potpuno izostala. Rad se bavi analizom ovih problema, pre svega kroz praktične primere i primedbe koje su državama upućene u postupku kontrole implementacije usvojenih antidiskriminacionih akata.

Ključne reči: *Međunarodna organizacija rada, radno angažovanje, zapošljavanje, zabrana diskriminacije, radno pravo.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Međunarodna organizacija rada (u daljem tekstu: MOR) nastala je kao deo Versajskog mirovnog ugovora. U ratom razrušenom svetu, a pre svega Evropi, činilo se neophodnim da postoji nadnacionalni autoritet koji će braniti prava radnika i socijalne principe pravičnosti. MOR je zadržala svoj

status i nakon II svetskog rata, i 1946. godina postala prva specijalizovana agencija Ujedinjenih nacija, što je status koji ima i danas.

Tokom gotovo jednovjekovnog postojanja, MOR je zaslužna za usvajanje niza konvencija i preporuka¹ koje su postavile i učvrstile mnoge od standarda radnog prava koje danas poznajemo, kao što su osmočasovno radno vreme, zabrana prinudnog rada, ograničenja vezana za zaštitu na radu dece i žena, dnevni, nedeljni i godišnji odmori, itd. Neki od najvažnijih principa koji se tiču zabrane diskriminacije, takođe su plod rada MOR-a. Tako je univerzalni princip „jednaka zarada za jednak uloženi rad“ potekao upravo iz dokumenata MOR-a. Uloga MOR-a u razvoju antidiskriminacionog prava u oblasti rada i radnog angažovanja je neprocenjiva, a tumačenja i pojašnjenja tekstova konvencija koje obuhvataju tu tematiku od strane Komiteta eksperata i danas utiču na razvoj nacionalnih zakonodavstava i praksu država u nizu socijalno osetljivih oblasti.

U poslednje dve decenije, uloga i uticaj MOR-a su opali. Tu pojavu prati i slabija aktivnost MOR-a na pripremi novih konvencija i preporuka. Ovo, međutim, ne znači da je MOR prevaziđen kao oblik međunarodnopravne saradnje u oblastima radnog i socijalnog prava. Uloga koju MOR ima ne može se zameniti nacionalnim, pa ni regionalnim mehanizmima – na ovo upozorava i Evropska unija, koja iako naglo razvija paletu posebnih pravila vezanih za radno angažovanje, u mnogim dokumentima poziva države da obnove poverenje i poštuju preuzete obaveze iz konvencija MOR-a koje nemaju alternativu na globalnom nivou.

Sledi pregled najvažnijih konvencija MOR-a koje su oformile univerzalni korpus antidiskriminacionih pravila u oblasti rada.

2. KONVENCIJA 100 O JEDNAKOJ ZARADI ZA ŽENE I MUŠKARCE

Konvencija 100 usvojena 1951, a stupila je na snagu 1953. godine.² Ovaj dokument spada u osnovne kada je reč o antidiskriminacionoj politici MOR-a i usmeren je na izjednačavanje radnopravnog položaja muškaraca i žena, po principu „jednaka naknada za jednak uloženi rad“. U praksi, to znači da muškarci i žene koji su zaposleni kod istog poslodavca moraju primati istu zaradu za jednaku vrednost ostvarenog rada. Princip jednakosti se odnosi na celokupnu zaradu – kako osnovnu, tako i dodatke. Time se ne dira u princip

¹ MOR ima 185 država-članica i usvojila je 189 konvencija i 202 preporuke, stanje na dan 01.09.2012.

² Sl.novine kraljevine Jugoslavije 100/1930. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka R90 o jednakoj zaradi, koja detaljnije razrađuje plan implementacije principa „jednaka zarada za jednaku vrednost rada“.

davanja dodataka koji proističu iz godina radnog staža zaposlenog. Prema članu 2, stav 2. Konvencije, princip jednakosti u vrednovanju rada se primenjuje kako u privatnom, tako i u javnom sektoru; on važi kako u odnosu na postojeće radne odnose, tako i na zapošljavanje novih radnika. U tome se ogleda značaj Konvencije u odnosu na suzbijanje diskriminacije pri zapošljavanju: države-potpisnice imaju obavezu da u svoje zakonodavstvo unesu posebne odredbe o jednakosti muškaraca i žena, na radu ali i pre nego što se radni odnos zasnjuje – kod pregovora o zapošljavanju i uslovima rada, naknadi, beneficijama i svim ostalim elementima koji su bitni za ostvarivanje prava iz radnog odnosa.

Konvenciju je ratifikovalo 169 država što govori o njenoj opšteprihvaćenosti i univerzalnom delovanju principa jednake naknade za jednak rad.³ Komitet eksperata MOR-a je, u osvrtnu na izveštaje država-potpisnica, ukazao na neke detalje u njenoj (ne)pravilnoj implementaciji:

- Slučajevi zakonskog regulisanja principa jednake naknade za jednak rad u kojima se poslodavcu ostavlja mogućnost da daje različitu osnovnu zaradu svojim radnicima, ako može da dokaže da takav način vrednovanja nije zasnovan na diskriminaciji prema polu, ne oslikava duh Konvencije. Ukoliko postoje dva radna mesta sa istim poslovima, na kojima rade podjednako kvalifikovani radnici koji ostvaruju iste rezultate rada, ne može biti opravdanja zašto bi se jedan od njih više plaćao.⁴ Kako je Komitet dalje zaključio, nije svrha izjednačiti muškarce i žene koji obavljaju iste ili slične poslove – jer poslodavac uvek može preformulisati kvalifikaciju sadržine posla kojeg obavlja zaposleni i na taj način pravdati davanje više ili niže zarade – već je suština da se svi radnici, bez obzira na pol, *plaćaju isto za istu vrednost svog rada*.⁵ Isto se odnosi i na zakonsku formulaciju koja izjednačava muškarce i žene „koji rade u jednakim uslovima“.⁶
- Nije dovoljno osigurati princip jednakog plaćanja za jednak rad u formalnom smislu, jer će to voditi jednakom plaćanju osnovne zarade, ali ne i drugih primanja, kao što su putni troškovi, dnevnice,

³ Stanje na dan 01.09.2012. godine. SAD nisu pristupile Konvenciji.

⁴ Komitet je npr. zamerio Azerbejdžanu da Zakon o jednakosti polova iz 2006. godine primenom ovakvog principa ne prati smisao Konvencije. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva, 2009, str. 358.

⁵ *Ibidem*. Gana je npr. kritikovana zato što u članu 68. Zakona o radu navodi princip „ista zarada za isti rad“, koji je, prema tumačenju Komiteta, uži od principa iz Konvencije „ista zarada za istu vrednost rada“. *Ibid*, str. 379. Isto na primeru Ukrajine, *ibid*. str. 422.

⁶ Član 86. Zakona o radu Konga. *Ibid*, str. 372.

regres za godišnji odmor, ili doprinosi za penzijsko i zdravstveno osiguranje.⁷

- Trebalo bi ostaviti mogućnost da i sindikati mogu podnose prijave sudu (ili drugom nadležnom telu prema nacionalnom zakonodavstvu) kada dođe do povrede principa sadržanog u Konvenciji.⁸
- Moraju se ustanoviti zakonske sankcije za kršenje principa jednake zarade za žene i muškarce.⁹

3. KONVENCIJA 111 O DISKRIMINACIJI U ODNOSU NA ZAPOŠLJAVANJE I ZANIMANJE

Konvencija o diskriminaciji u odnosu na zapošljavanje i zanimanje usvojena je 1958. a stupila je na snagu 1960. godine.¹⁰ Reč je o dokumentu koji je prihvatio najveći broj država sveta, njih 170.¹¹ Ova Konvencija se, uz Konvenciju 100, smatra najvažnijih antidiskriminacionim instrumentom donetim u okviru MOR-a.¹² Rešenja predviđena Konvencijom su u vreme donošenja bila progresivna i dalekosežna, a sam dokument je postao jedan od znakova raspoznavanja borbe MOR-a za socijalnu pravdu.¹³ Kratak tekst od samo 14 članova, od kojih praktično samo četiri predstavljaju materijalno pravo, pisan je imperativnim jezikom, koji na jezgrovit i nedvosmislen način zabranjuje diskriminaciju u svim fazama zaključenja, trajanja i prestanka radnog odnosa. Definicija diskriminacije iz člana 1. Konvencije i nakon 50 godina se smatra jednom od najobuhvatnijih, kada je reč o diskriminaciji na radu ili u vezi sa radom:

„1. U svrhu ove Konvencije izraz „diskriminacija“ obuhvata: svako pravljenje razlike, isključivanje ili davanje prvenstva na osnovu rase, boje

⁷ Komitet u tom smislu ukazuje na nedostatke odredbe iz člana 345. Zakona o radu Bangladeša, kao i Zakona 50 iz 1990. godine Kolumbije, koji profit preduzeća ne posmatra kao zaradu pa samim tim onemogućava primenu principa iz Konvencije na njegovu raspodelu. *Ibid*, str. 360 i 368. Zanimljiv je slučaj Holandije, gde postoji indirektna diskriminacija, tako što su svi zaposleni sa nepunim radnim vremenom izuzeti iz primene principa jednakosti kada je reč o nagradama i drugim novčanim bonusima; istovremeno, u Holandiji gotovo polovina zaposlene ženske populacije radi sa nepunim radnim vremenom, dok je procenat muške populacije sa nepunim radnim vremenom znatno niži, oko 17,4%. Dakle ova mera kao praktičan rezultat ima diskriminaciju žena. *Ibid*, str. 401.

⁸ *Ibid*, str. 383.

⁹ *Ibid*, str. 409.

¹⁰ Sl.list FNRJ – Međunarodni ugovori 3/61. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 111.

¹¹ Stanje na dan 01.09.2012. godine.

¹² Kevin Kitching (ur.), *Non-Discrimination in International Law – A Handbook for Practitioners*, London, 2005, str. 40.

¹³ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, *op.cit*, str. 31.

kože, pola, vere, političkog uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, koje ima za posledicu ukidanje ili narušavanje jednakosti mogućnosti ili tretmana u zaposlenju ili zanimanju; svako drugo pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva koje ima za posledicu ukidanje ili narušavanje jednakosti mogućnosti ili tretmana u zaposlenju i zanimanju koje utvrdi zainteresovana članica nakon savetovanja sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, ako one postoje, i drugih odgovarajućih tela.

2. Ne smatra se diskriminacijom pravljenje razlike, isključivanje ili davanje prvenstva u odnosu na određeni posao, zasnovano na uslovima koji su mu imanentni.

3. U smislu ove Konvencije izrazi „zaposlenje“ i „zanimanje“ uključuju pristup stručnom osposobljavanju, pristup zaposlenju i pojedinim zanimanjima, kao i uslove zapošljavanja i rada.“

Od država se traži saradnja sa udruženjima poslodavaca i radnika, kao i donošenje posebnih antidiskriminacionih odrebi u nacionalnom zakonodavstvu i donošenje i implementacija posebnih politika zapošljavanja. Takođe, ono što je karakteristično za tekst Konvencije jeste naglašena nadzorna uloga države u primeni svih antidiskriminacionih mera.¹⁴

Iako je prošlo više od pola veka od donošenja Konvencije, i dalje postoje problemi u njenoj implementaciji. Kao što je već naglašeno, razvoj ideje ljudskih prava i univerzalnost zabrane diskriminacije se ne dovode u pitanje. Ipak, primena antidiskriminacionih mera u pojedinim zemljama izostaje, što je obično praćeno zvaničnim objašnjenjima vlasti tih zemalja kako je njihovo društvo harmonično i diskriminacija ne postoji¹⁵, pa ne postoje ni razlozi za primenu Konvencije. Komitet eksperata međutim upozorava da nijedno društvo nije lišeno diskriminacije i da u praksi postoje različiti standardi njene primene, od kojih neki ne odgovaraju duhu i ciljevima zbog kojih je doneta:

- Legislativa ne sadrži definiciju diskriminacije, iako se proklamuje načelo jednakog tretmana. Nije dovoljno, prema stavu Komiteta eksperata, indirektno uneti antidiskriminacione odredbe, kroz izjednačavanje pojedinih kategorija stanovništva i jednako postupanje; potrebno je jasno definisati diskriminaciju, prema tekstu

¹⁴ Članovi 2. i 3. Konvencije.

¹⁵ Videti npr. izveštaj vlade Burundija povodom implementacije Konvencije 111. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, op.cit*, str. 364.

Konvencije, i zabraniti je u svakom obliku i situaciji kada je reč o zapošljavanju i radnim odnosima.¹⁶

- Ne zabranjuje se diskriminacija prema svim osnovima, a najčešće se izostavlja uspostavljanje jednakosti između polova. Ovo se posebno odnosi na zamerke upućene pojedinim državama sa većinskim muslimanskim stanovništvom i šerijatskim pravnim sistemom.¹⁷
- Država ne čini dovoljno na promociji antidiskriminacionih mera. Kao što je već napomenuto, Konvencija izričito traži od država aktivnu poziciju u antidiskriminacionim kampanjama, kroz javno podržavanje istih, ali i kroz planiranje i finansiranje kako projekata za podizanje svesti, tako i za edukaciju specifičnih ciljnih grupa (pripadnika sindikata, poslodavaca, i sl.).¹⁸
- Odredbe o zabrani diskriminacije se odnose i na proces kolektivnog pregovaranja, kao i na sastav različitih tela koja učestvuju u procesima zaštite i unapređivanja prava radnika; njihov sastav treba da odražava sastav zaposlenih u relevantnom sektoru za koji se telo formira.¹⁹

Zanimljivo je takođe da je Komitet zauzeo stav da lustracija predstavlja kršenje Konvencije, odnosno diskriminaciju u odnosu na političko mišljenje. Ovo međutim nije generalni stav Komiteta, već samo osvrt na pojedinačan slučaj nacionalnog zakonodavstva koje ograničava dostupnost radnih mesta u javnim službama pojedincima koji su sprovodili politiku kršenja ljudskih prava u periodu vladavine prosovjetskog komunističkog režima u toj zemlji. Čini se da nije problem u lustraciji kao pravnom institutu, već u načinu na koji je ona instalirana u pomenutom zakonodavstvu.²⁰

Poželjno je što šire tumačenje Konvencije, kako u smislu zabranjenih osnova za diskriminisanje lica, tako i u smislu kategorija radnika koji se mogu smatrati zaposlenim (i zaštićenim) licima od svake vrste diskriminacije na radu i u vezi sa radom. Komitet je ovu činjenicu naglasio

¹⁶ *Ibidem*, str. 355. Slične kritike se upućuju onim državama koje nisu donele odgovarajuće političke i programske dokumente koji se odnose na suzbijanje diskriminacije. Videti primer Švajcarske, *ibidem*, str. 418-419.

¹⁷ Npr. Avganistan, Saudijska Arabija. To međutim nisu jedini slučajevi parcijalne implementacije Konvencije: Kanada još uvek nije u svoje zakonodavstvo unela „socijalno poreklo“ kao osnov diskriminacije. *Ibidem*, str. 355, 366 i 411-413.

¹⁸ *Ibidem*, str. 355, 363.

¹⁹ U pitanju je jednakost polova, dok se o drugim zahtevima za jednakost ne govori u konkretnom primeru (analiza antidiskriminacione politike Argentine) ali se mogu analogno primeniti i na nacionalni i rasni sastav takvih tela. *Ibidem*, str. 357.

²⁰ Ovo pitanje je pokrenuto u slučaju Češke i Zakona o lustraciji (451/1991) iz 1991. godine, koji je još uvek na snazi, a koji postavlja određena ograničenja za zapošljavanje u javnim službama.

prilikom utvrđivanja da li pojedine kategorije lica koja nisu u radnom odnosu a obavljaju kućne poslove u domovima drugih ljudi, mogu biti zaštićena od diskriminacije prema tekstu Konvencije.²¹ Sličan stav Komitet je zauzeo i kada je reč o radnicima-migrantima.²²

U skladu sa politikom ekstenzivnog tumačenja, Komitet je stao na stanovište (pri oceni izveštaja o implementaciji koji je podnela vlada Meksika) da se pod diskriminacijom podrazumevaju i sve vrste uznemiravanja, tj. kako obično tako i seksualno uznemiravanje.²³

Značaj Konvencije 111 na razvoj nacionalnih antidiskriminacionih zakonodavstava je nesumnjiv. Obaveza država da svake godine podnose izveštaje o implementaciji, omogućava Komitetu eksperata da kontinuirano vrši pritisak na sve zemlje koje izbegavaju da izvrše preuzete obaveze. Sa druge strane, većina zemalja u razvoju, kao i onih sa kratkom istorijom demokratskih institucija, nije u dovoljnoj meri razvila kulturu ljudskih prava i percipirala zabranu diskriminacije kao svakodnevnu praksu tolerancije i zajedničkog život različitih nacija, rasa, konfesija, i sl. Najveći broj država sveta podržava antidiskriminacionu politiku MOR-a²⁴; ogroman broj to radi ne samo formalno, nego i u praksi, i Komitet eksperata u svakom od svojih godišnjih izveštaja uočava poboljšanje u nekoj od „problematičnih“ država. Na osnovu nalaza Komiteta, može se van svake sumnje uočiti trend neprekidnog poboljšanja nacionalnih pravnih sistema i implementacije specifičnih antidiskriminacionih politika, projekata i inicijativa, usmerenih kako na iskorenjivanje diskriminacije pri zapošljavanju, tako i na afirmativnu akciju radi ublažavanja posledica prethodnih perioda diskriminisanja pojedinih kategorija stanovništva. U tom smislu, obaveza izveštavanja država ima, kroz potonje komentare Komiteta, značaj ne samo za sagledavanje situacije u pojedinim zemljama, nego i za tumačenje (pa čak i evoluciju tumačenja) odredbi Konvencije, što je još jedna pozitivna strana sistema koji je njome uspostavljen. Ovo je zasigurno jedan od razloga zašto Konvencija ostaje aktuelna i nakon više od pedeset godina od usvajanja.

4. KONVENCIJA 122 O POLITICI ZAPOSŁJAVANJA

Konvencija 122 o politici zapošljavanja je, uz Konvencije 100 i 111, jedan od dokumenata MOR-a koji je naišao na pozitivan pristup i značajno

²¹ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, op.cit.*, str. 387.

²² *Ibid*, str. 390.

²³ *Ibid*, str. 397 i 423.

²⁴ Od država koje predstavljaju značajne činioce svetske politike, samo SAD nisu ratifikovale Konvenciju.

prihvatanje – na dan 01.09.2012. godine, Konvenciju je ratifikovalo 106 država.²⁵

Od značaja za problem diskriminacije pri zapošljavanju je već prvi član Konvencije. U stavu 2. se navode ciljevi Konvencije, među kojima je i „postojanje slobode izbora zanimanja, i najveća moguća šansa za svakog radnika da se kvalifikuje i koristi svoja znanja i sposobnosti za posao za koji je obučen, bez obzira na njegovu rasu, boju kože, pol, religiju, političko mišljenje, nacionalnu pripadnost i socijalno poreklo“.²⁶ Države se obavezuju da svoju ekonomsko-socijalnu politiku zasnuju na ciljevima Konvencije i da donesu posebne programe i mere za njihovu implementaciju.²⁷

Komitet je u oceni implementacije ove Konvencije došao do nekoliko zaključaka:

- U stvaranju strateško-političkih dokumenata o zapošljavanju, kao i u njihovoj kasnijoj operacionalizaciji i implementaciji, značajnu ulogu treba dati specijalizovanim organizacijama koje se bave poboljšanjem položaja i unapređivanjem prava ranjivih grupa.²⁸
- Realizacija nove politike zapošljavanja bez diskriminacije i predrasuda, podrazumeva aktivnu ulogu agencija za zapošljavanje (i državnih i privatnih), ali i njihovu edukaciju i struktuiranje na način koji će zaista doprineti ostvarenju ciljeva zacrtanih Konvencijom.²⁹
- Stvaranje statističkih baza podataka o zaposlenosti stanovništva, kao i strukturi zaposlenih (da bi se jasno pokazalo učešće žena, nacionalnih manjina, osoba sa invaliditetom i drugih grupa u ukupnom broju radno angažovanih lica) od velikog je značaja za dalje donošenje i sprovođenje strateških dokumenata. Takođe, podstiče se korišćenje informacionih sistema kada god je to moguće, da bi se lakše i masovnije širile informacije koje su od značaja za zapošljavanje.³⁰
- Uloga države u sprovođenju zacrtane politike zapošljavanja se ne ograničava samo na mere koje direktno dovode do smanjenja nezaposlenosti, kao što je zapošljavanje ljudi u javnom sektoru, već se pod njome podrazumeva i niz mera koje imaju posredni ili dugoročni efekat na zapošljavanje, kao što su npr. promovisanje i

²⁵ Konvencija je doneta 1964, a stupila na snagu 1966. godine. Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori 34/71. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 122.

²⁶ Član 1, stav 2(c) Konvencije.

²⁷ Članovi 2. i 3. Konvencije.

²⁸ *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, op.cit.*, str. 499.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Videti komentare Komiteta na izveštaj Kine. *Ibidem*, str. 505.

davanje olakšica pri otvaranju malih i srednjih preduzeća, briga države o radnicima koji su izgubili posao kao tehnološki višak, ili podsticanje obrazovanja, prekvalifikacije ili dokvalifikacije za deficitarna zanimanja³¹, poreske olakšice i kreditiranje poslodavaca pod povoljnim uslovima³².

5. OSTALE KONVENCIJE MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA OD ZNAČAJA ZA ZABRANU DISKRIMINACIJE PRI ZAPOŠLJAVANJU

- Konvencije 103 i 183 o zaštiti materinstva

Međunarodna organizacija rada je veoma rano počela da se bavi problemom poboljšanja položaja žena u radnom odnosu, i već 1919. godine je donela Konvenciju 3 o zaštiti materinstva. Ova Konvencija dopunjena je Konvencijom 103³³, da bi 2000. godine bila doneta nova Konvencija 183 koja se bavi istom tematikom³⁴. Iako je Konvencija 3 formalno još uvek na snazi, potonje dve konvencije su praktično preuzele sve njene odredbe i dodatno ih proširile³⁵, uz neminovno osavremenjivanje rešenja koja se i dalje zasnivaju na osnovnoj ideji zabrane diskriminacije majki i trudnica. Konvencija 183 bi trebalo da dopuni Konvenciju 103, ali sve države-potpisnice prethodne, nisu ratifikovale potonju Konvenciju.³⁶

Konvencija 103 se bavi generalnom zaštitom žena koje imaju ili planiraju porodicu. Ustanovljava se minimalno trajanje obaveznog porodijskog odsustva³⁷, zdravstvena zaštita trudnice kao i zdravstvena zaštita majke i deteta nakon porođaja, odsustvo radi nege deteta, i sl. Ova Konvencija ne predviđa zaštitu od diskriminacije pri zapošljavanju.

³¹ *Ibidem*.

³² Videti komentare Komiteta na izveštaj Srbije. *Ibidem*, str. 527.

³³ Doneta 1952, stupila na snagu 1955. godine. Sl.list FNRJ (dodatak) 9/55. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 95.

³⁴ Doneta 2000, stupila na snagu 2002. godine. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 191.

³⁵ Jedine države koje su ratifikovale Konvenciju 3 a nisu ratifikovale Konvenciju 103 su Burkina Faso, Nikaragva, Panama i Letonija.

³⁶ Kada država ratifikuje Konvenciju 183, sve odredbe Konvencije 103 koje obuhvataju ista pitanja koja reguliše potonja Konvencija prestaju da važe u odnosu na tu državu, tako da je jedini instrument koji ostaje na snazi Konvencija 183.

³⁷ Zanimljivo je da je Komitet eksperata u slučajevima Šri Lanke i Zambije ukazao da broj dece, odnosno dužina staža kod poslodavca, ne mogu biti uslovi za ostvarivanje prava na porodijsko odsustvo – ono mora zakonski biti postavljeno kao apsolutno i bezuslovno za sve. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, op.cit, str. 632.

Konvencija 183 se fokusira na nekoliko aspekata vezanih za trudnoću i porodijsko odsustvo žena, kao što su obezbeđivanje adekvatne zdravstvene zaštite, posebni uslovi rada i zabrana obavljanja određenih poslova, trajanje porodijskog odsustva, zabrana otpuštanja ili raspoređivanja na lošije poslove zbog trudnoće, i sl. Ono što je karakteristično kada je diskriminacija pri zapošljavanju u pitanju, jeste član 9. Konvencije, koji izričito navodi materinstvo kao jedno od zaštićenih ličnih svojstava – niko ne može biti stavljen u lošiji položaj pri zapošljavanju³⁸ zbog činjenice materinstva ili trudnoće. Istim članom se zabranjuje vršenje testa trudnoće kao uslova za zapošljavanje, osim ukoliko je reč o poslovima koji nisu dozvoljeni za obavljanje trudnicama, zbog povećanog rizika po zdravlje.³⁹ Mora se primetiti da, iako je dalekosežan, ovaj član ipak ne obuhvata sve slučajeve diskriminacije majki, budućih majki i trudnica, koji su praktično mogući prilikom pregovaranja dve „neravnopravne“ strane o zasnivanju radnog odnosa, kao što je npr. unošenje klauzule u ugovor o radu da se zaposlena odriče prava na zasnivanje porodice, odnosno rađanje dece, na određeni period vremena. Jedno od mogućih objašnjenja za izostavljanje takvih situacija koje se dešavaju u praksi, jeste da su ovakve odredbe apsolutno ništave prema većini nacionalnih propisa kojima se reguliše zasnivanje ugovora o radu.

- *Konvencija 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom*⁴⁰

„Kada unapređujemo prava i dostojanstvo ljudi sa invaliditetom, osnažujemo pojedince, učvršćujemo ekonomije i oplemenjujemo društva u celini.“⁴¹ Ova misao generalnog sekretara MOR-a oslikava osnovne pravce politike koju ova specijalizovana agencija promovise prema osobama sa invaliditetom. Konvencija 159 i Preporuka 168 su potvrda te politike, tekstovi koji imaju za prevashodni cilj inkluziju osoba sa invaliditetom u društvo kao ravnopravnih jedinki, sa punim kapacitetom prava i sloboda i

³⁸ Pod lošijim položajem se podrazumevaju kako odbijanje da se kandidatkinja zaposli, tako i njeno zaposlenje uz ugovaranje posebnih uslova – npr, da se odriče porodijskog odsustva, naknade koja joj pripada za vreme porodijskog odsustva, i sl.

³⁹ Treba primetiti da je vršenje testova trudnoće kao uslov zapošljavanja Komitet eksperata ocenio suprotnim i sa Konvencijom 111 o diskriminaciji u odnosu na zapošljavanje i zanimanje, komentarišući praksu kod poslodavaca u Meksiku. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, op.cit.*, str. 397.

⁴⁰ Konvencija je doneta 1983, a stupila je na snagu 1985. godine. Sl.list SFRJ – Međunarodni ugovori 3/87. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 168.

⁴¹ Huan Somavia, *ILO Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention (No. 159) and Recommendation (No. 168)*, Geneva, 2008, str. 5.

podjednakom šansom na tržištu radne snage.⁴² Da bi se to postiglo, Konvencija od država zahteva više od donošenja odgovarajućeg zakonodavnog okvira i stvaranja normativnih pretpostavki – potrebna je aktivna uloga države putem podsticanja poslodavaca putem davanja olakšica i osmišljavanja strategija za zapošljavanje osoba sa invaliditetom, zatim sprovođenja programa njihove obuke, dokvalifikacije i prekvalifikacije, kao i aktivne edukacije poslodavaca i zaposlenih o svim pitanjima koja se tiču zabrane diskriminacije ove ranjive kategorije lica.

Kada je o samom zapošljavanju reč, Konvencija sa jedne strane uspostavlja princip jednake dostupnosti radnih mesta svim kandidatima, sa invaliditetom ili bez, kao i jednakog tretmana u postupku zapošljavanja. Takođe, podstiče se afirmativna akcija koja se jasno označava kao društveno poželjna korektivna mera. Najzad, određuje se da sve mere predviđene Konvencijom država mora primeniti kako na javni sektor, tako i na privatne poslodavce.⁴³

Iako je Konvencijom zaokružen sistem mera za poboljšanje položaja osoba sa invaliditetom, čini se da je u pitanju samo najmanji zajednički interes oko koga su se države mogle složiti u trenutku njenog donošenja. Tekst Konvencije je očigledno lišen bilo kakvog konkretnog predloga mera koje bi mogle značiti detaljniju razradu i implementaciju osnovnih ideja, pa je ostavljeno praksi država da pokažu na koje se sve načine može izvršiti ambiciozna politika eliminacije diskriminacije prema jednoj od najosetljivijih i najranjivijih grupa u svakom društvu. U tekstu nema reči o uklanjanju arhitektonskih prepreka, obezbeđivanju gradskog ili dugih vrsta prevoza, obavezi poslodavaca da obezbede adekvatne uslove za rad osobama sa invaliditetom, obavezi zapošljavanja takvih lica i olakšicama koje bi država mogla ponuditi poslodavcima, kako bi im olakšala sprovođenje afirmativnih mera u zapošljavanju. Preporuka 168 sadrži kratak osvrt na neka od pomenutih problema, opet bez preciznijih usmerenja. Državama je u tom smislu ostavljena puna sloboda odlučivanja, što je dobro jer se podstiče iznalaženje novih mehanizama delovanja, ali je istovremeno i loše jer se može dogoditi da država zauzme pasivan stav i samo formalno ispuni svoje obaveze iz Konvencije, bez stvarnog podstreka uključivanju osoba sa invaliditetom u normalne procese tržišta rada i radnih odnosa.

⁴² Više o Konvenciji u: Jasmina Ivanova-Petrović, *Pravni aspekti zaštite osoba sa invaliditetom*, u: Nevena Petrušić (ur.), *Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije*, Niš, 2008, str. 424-427.

⁴³ Članovi 4. i 5. Konvencije.

- *Konvencija 169 o starosedelačkim i plemenskim narodima*⁴⁴

Konvencija 169 ustanovljava obaveze za države koje se svode na izjednačavanje položaja starosedelačkih i plemenskih naroda sa ostalim građanima. Značajan deo nove politike čini poboljšanje pozicije u odnosu na zapošljavanje, prava na radu i u vezi sa radom. Kada je reč o zapošljavanju, treba najpre napomenuti da su delovi IV i VI Konvencije posvećen stručnom obrazovanju, kako bi pripadnici starosedelačkih i plemenskih naroda mogli da adekvatno učestvuju na tržištu radne snage. Potom, član 20. (deo III) detaljno uređuje njihov položaj u postupku zapošljavanja i na radu. Prava koja se naročito naglašavaju su: jednak tretman prilikom zapošljavanja, unapređivanja i napredovanja; jednaka plata za jednaku vrednost uloženog rada; jednaka zdravstvena zaštita i socijalno osiguranje; jednaka zaštita na radu; uspostavljanje prava na udruživanje; jednakost muškaraca i žena i zabrana seksualnog uznemiravanja. Naročito je zabranjena diskriminacija prilikom zapošljavanja, dok se poslodavci podstiču za prijem pripadnika starosedelačkih i plemenskih naroda na radna mesta za koja se traži više obrazovanje ili posebna obuka. Posebnu dimenziju zloupotrebe prilikom zapošljavanja, koja je karakteristična za probleme koje pripadnici starosedelačkih i plemenskih naroda imaju, jeste tzv. prisilno regrutovanje za rad⁴⁵, obično na poslovima na kojima su uslovi rada loši, a opasnost po život i zdravlje povećana. Ovakvi postupci su prema Konvenciji označeni kao nedozvoljeni.

- *Konvencija 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje*⁴⁶

U smislu diskriminacije pri zapošljavanju, ova Konvencija je značajna zbog percepcije uloge agencija za zapošljavanje u zasnivanju radnog odnosa i uspešnosti u pronalaženju odgovarajućeg zaposlenja na tržištu radne snage, kao i mogućih pojava oblika diskriminacije kandidata u tom procesu. Prema članu 5. Konvencije, zabranjena je svaka diskriminacija po osnovu rase, boje kože, pola, verske pripadnosti, političkog mišljenja, nacionalnosti, društvenog porekla, ili bilo kog drugog osnova koji je sadržan u nacionalnom zakonodavstvu države, kao što su diskriminacija prema starosnom dobu ili zbog invaliditeta. Agencijama za zapošljavanje je zabranjeno prikupljanje, obrada i držanje podataka koji nisu relevantni za determinaciju obrazovanja, stručnosti i radnog iskustva kandidata koji traži posao.

⁴⁴ Doneta 1989, stupila na snagu 1991. godine. Srbija nije ratifikovala ovu Konvenciju.

⁴⁵ Npr. prisilno zapošljavanje lica po osnovu novčanog duga – dužničko ropstvo.

⁴⁶ Konvencija je doneta 1997, a stupila je na snagu 2000. godine. Srbija nije ratifikovala ovu Konvenciju. Uz Konvenciju je doneta i Preporuka 188.

Iako ne sadrži mehanizme zaštite od diskriminacije koji nisu od ranije poznati u mnogim nacionalnim zakonodavstvima država, ova Konvencija nije naišla na veliko interesovanje za ratifikaciju. Deceniju nakon stupanja na snagu, ratifikovale su je samo 23 države, od tog broja 12 država-članica Evropske unije.⁴⁷

6. OCENA AKTIVNOSTI MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA

Međunarodna organizacija rada je specijalizovana agencija specifična zbog tripartitnog sastava svojih organa, ali i duge tradicije bavljenja radnim odnosima i stvaranja međunarodnog radnog prava. Postoji relativno jednostavan ali čini se efikasan sistem opšteg nadzora nad implementacijom konvencija koje su usvojene pod okriljem MOR-a. On se ispoljava dvojako, kroz obavezu država da podnose periodične izveštaje, kao i kroz podnošenje prigovora na neispunjenje obaveza država od strane ovlašćenih subjekata.⁴⁸

Najpre, tu je obaveza država da svake godine podnose izveštaje o merama koje su preduzele na implementaciji konvencija koje su ratifikovale.⁴⁹ Ukoliko država ne ratifikuje neku od konvencija, ima obavezu da objasni zašto to nije učinila. Sa druge strane, preporuke koje se donose nemaju obavezu snagu, ali države imaju obavezu da ih podnose na uvid nadležnim vlastima (na razmatranje), na taj način prihvatajući i obavezu povremenog izveštavanja o stanju zakonodavstva u oblasti koju preporuke pokrivaju, kao i postignutom stepenu harmonizacije. Neratifikovane konvencije stvaraju iste obaveze za države kao preporuke.⁵⁰

Komitet eksperata koji sačinjava dvadeset pravnika iz svih regiona sveta i svih pravnih sistema, osnovan je 1926. godine kao pomoćno telo Administrativnog saveta. Osnovni cilj ovog pomoćnog tela bio je i ostao da stručno obradi analizira izveštaje država i na osnovu rezultata takve analize sastavi opšti izveštaj o stanju nacionalnih zakonodavstava u odnosu na konvencije MOR-a, kako prema oblastima regulisanja, tako i za svaku državu pojedinačno. Izveštaj se dakle sastoji od opštih komentara i direktnih zahteva upućenih pojedinim državama. Na izveštaj mogu uticati i specijalizovane organizacije same zemlje koja dostavlja izveštaj (udruženja poslodavaca, sindikati) koji mogu upućivati „komunikacije“, odnosno prigovore i opažanja Komitetu eksperata, koje će ovaj uvrstiti u izveštaj, uz prethodno sprovedeno istraživanje i izjašnjavanje vlasti države u pitanju. Na ovaj način sačinjen izveštaj je dostupan javnosti i predstavlja jedan vid

⁴⁷ Stanje na dan 01.09.2012. godine.

⁴⁸ Videti: Zoran Ivošević, *Radno pravo*, Beograd, 2009, str. 28-29.

⁴⁹ Za pojedine konvencije period izveštavanja je dvogodišnji.

⁵⁰ Članovi 19. i 22. Ustava Međunarodne organizacije rada.

suptilnog pritiska na državu da izvrši najvažnije izmene u svom nacionalnom pravnom sistemu, kako bi ga harmonizovala sa rešenjima iz konvencija. Osim toga, konačan tekst izveštaja usvaja Međunarodna konferencija rada koja može javno opomenuti pojedine države koje ne ispunjavaju preuzete obaveze.

Osim ove vrste opšteg nadzora, svaka država –članica može ukazati na neprimenu ili nedovoljnu (pogrešnu) primenu konvencija od strane bilo koje druge države-članice.⁵¹ Prigovori se podnose Administrativnom savetu, koji ih prosleđuje Komisiji za istragu, koja prikuplja od vlasti država u pitanju sve relevantne informacije i o tome sastavlja izveštaj sa preporukama koje mere bi mogle biti preuzete kako bi se spor rešio. Države mogu prihvatiti preporuke, čime se slučaj okončava; ukoliko ih ne prihvate, mogu odgovoriti na pitanje da li žele da iznesu spor pred Međunarodni sud pravde. Odluka Međunarodnog suda pravde je konačna.⁵²

Osim navedenih, postoje i posebna (specijalizovana) tela koja se bave nadzorom nad primenom određene konvencije. Ona se ređe ustanovljavaju na principu stalnosti⁵³, a češće *ad hoc*, za ispitivanje pojedinačnih prigovora.

Postavlja se pitanje kakav je realan uticaj MOR-a na suzbijanje diskriminacije pri zapošljavanju na nacionalnom nivou? Na osnovu svega iznetog, čini se da je MOR uspeo da postavi značajne međunarodne standarde u ovoj oblasti, pre svega kroz široko prihvaćene Konvencije 100 i 111. Mehanizmi izveštavanja država i tripartitno predstavljanje u svim osnovnim telima MOR-a uticali su na neposredan pristup problemima i uvid u aktuelno stanje u svakoj od država-članica. Otuda se može pretpostaviti da je uticaj MOR-a daleko veći nego što se na prvi pogled može učiniti. Ipak, ono što je karakteristično za poslednji vremenski period, jeste marginalizacija ove organizacije u odnosu na nacionalne i druge nadnacionalne instance uređivanja radnih odnosa. Ovo je i razlog zašto je Evropska unija pozvala na dalju saradnju država u okviru MOR-a i dinamičniju ratifikaciju konvencija. Ukoliko se pogleda produktivnost MOR-a, može se jasno videti da je broj konvencija značajno opao u poslednjoj deceniji – u periodu 2001-2010. donete su samo četiri nove konvencije, dok je u prethodnoj dekadi 1990-2000. bilo doneto čak dvanaest. Takođe, broj ratifikacija novodonetih konvencija nije na nivou koji se može smatrati dovoljnim da one budu opšteprihvaćene – nijednu od pomenute četiri konvencije nije ratifikovalo više od 17 država.⁵⁴ Ovi podaci međutim

⁵¹ Član 26. Ustava MOR.

⁵² Članovi 26-34. Ustava MOR.

⁵³ Npr. zaštitom sindikalnih sloboda bavi se Komisija za sindikalne slobode. Zoran Ivošević, *op.cit.*, str. 28-29.

⁵⁴ Stanje na dan 01.09.2012. godine.

ne mogu ni na koji način da derogiraju standarde koje je MOR do sada uspostavio u oblasti diskriminacije pri zapošljavanju, od kojih mnogi imaju karakter univerzalnih. Čini se da će bliska budućnost najbolje pokazati kako će se nesumnjivo značajna uloga MOR-a ubuduće definisati i koliki će biti dalji uticaj ove organizacije na nacionalna zakonodavstva i praksu.

Mario Reljanović
Faculty of Law,
INION

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION AND EMPLOYMENT DISCRIMINATION

International Labor Organization functions since 1919. It was designed to actively participate at global level in improvement of the rights of employees. In almost one century of its existence, numerous conventions were adopted in ILO – some of them are widely accepted by most of the states. Some of the most important of these conventions regulate questions of prohibition of employment discrimination. They focus on existing issues of traditionally discriminated and neglected social groups – so-called “vulnerable groups”. Effects of measures imposed by ILO conventions are visible not only through harmonization and unification of national legislations, but also in elimination of different stereotypes and prejudices in various legal cultures, traditions and systems – all of these were important sources of employment discrimination. However, in some countries implementation of normative solutions is not following basic goals of ILO conventions, while in some countries there is no implementation regarding some issues. This paper analyses all problems mentioned above, looking for practical examples and advices countries received from ILO through the mechanisms of control of implementation of commitments taken by adopting these international antidiscrimination acts.

Key words: *International Labor Organization, employment, prohibition of discrimination, labor law.*

RELEVANT MARKET DEFINITION AND SSNIP TEST UNDER THE 2010 US HORIZONTAL MERGER GUIDELINES

The article reviews some of the provisions of the 2010 US Horizontal Merger Guidelines concerning the relevant market definition and the hypothetical monopolist test (SSNIP test). The new Guidelines replace the 1992 Guidelines and adopt the new approach to merger review that the Department of Justice and the Federal Trade Commission ('Agencies') apply. They mainly focus on the direct evidence of potential impact of a horizontal merger on competition and thus deemphasize the role of relevant market analysis.

The 2010 Guidelines also change the hypothetical monopolist test, although it remains an important tool used to define relevant market. The hypothetical monopolist test still asks would a hypothetical profit-maximizing firm would impose at least small, but significant and non-transitory increase in price, but it is no longer implemented using the iterative procedure and the "smallest market principle" is softened.

The author analyses whether the courts will accept this new Guidelines' approach instead of a traditional analysis of market definition, market shares and market concentration. It is noticed that market definition plays a smaller, though still significant role in the merger analysis and that the Agencies and courts will continue to determine a relevant market in the merger review process.

Keywords: *hypothetical monopolist test, SSNIP test, relevant market, competition law, US law*

1. INTRODUCTION

In August 2010, the United States Department of Justice (through its Antitrust Division) and the Federal Trade Commission ('the Agencies') adopted new Horizontal Merger Guidelines, which purpose is to outline the principal analytical techniques, practices and the enforcement policy of the

Agencies with respect to horizontal mergers under federal antitrust laws. These Guidelines are the result of a revision process of the Horizontal Merger Guidelines that had been issued almost 20 years ago, in 1992, and partially amended in 1997 ('the 1992 Guidelines'). Replaced Guidelines had the same purpose – to provide the specific standards and analytical framework for the assessment of horizontal mergers and to improve the predictability of the Agencies' merger enforcement policy.

Both Guidelines were designed to describe the assessment techniques and the main evidence types used to predict whether horizontal mergers may substantially lessen competition or tend to create monopoly in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country. The 2010 Guidelines, however, better reflect current Agencies' thinking and actual practice, since the Agencies have not followed the replaced Guidelines for years.

The new Guidelines focus on competitive effects of horizontal mergers more than the 1992 Guidelines and go further in accepting modern economic learning and techniques in legal assessment of horizontal mergers. As a consequence, the new Guidelines make an important innovation concerning the relevant market definition and its role in merger analysis. They deemphasize market definition analysis in favor of more direct evidence of competitive effects and change the hypothetical monopolist test (SSNIP test) which has remained the most important tool in determining the relevant market.

2. RELEVANT MARKET DEFINITION

The 2010 Guidelines abandon the analytical framework set forth in the prior Guidelines which was structured as a five-step analytical process followed by the Agencies for assessing the competitive effects of horizontal mergers and determining whether mergers may substantially harm competition. These parts are: 1) market definition and concentration; 2) potential adverse competitive effects; 3) entry analysis; 4) efficiencies; and 5) failure and exiting assets.

However, the 1992 Guidelines were not applied mechanically, because it might provide misleading answers to the economic questions raised under the antitrust laws. Application of standards set forth in the 1992 Guidelines is an integrated process because each of the Guidelines section represents distinct analytical element of an integrated approach to merger review that the Agencies apply. As the Commentary on the 1992 Guidelines

states,¹ the ordering of these sections “is not itself analytically significant, because the Agencies do not apply the Guidelines as a linear step-by-step progression that invariably starts with market definition and ends with efficiencies or failing assets.” Thus, the relevant market definition process was not isolated from the other analytic parts of the Guidelines, but it was integrated component of an overall analysis of the merger’s likely effect on competition. This analysis is a tool that allows the Agencies to answer the ultimate inquiry in merger analysis: whether the merger is likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise in relevant market.²

The new Guidelines eliminate this five-step structured approach and adopt a new, more flexible approach to merger analysis which does not consist of uniform application of a single methodology. They make clear that the Agencies should not approach merger assessment in the linear fashion described in the prior guidelines, because it is “fact-specific process through which the Agencies, guided by their experience, apply a range of analytical tools to the reasonably available and reliable evidence to evaluate competitive concerns in a limited period of time.”³ This means that the Agencies may use any reliable tools, techniques, evidence and whatever approaches they consider as appropriate for assessment of merger effect on competition and consumers. The 2010 Guidelines thus only illustrate and do not exhaust the range of means of merger analysis and the applications of the relevant principle.

By introducing a more integrated approach, with a wide choice of methodologies, the new Guidelines make a significant change in merger enforcement policy and depart from the traditional relevant market determination. According to the new Guidelines, market definition plays two roles. First, market definition specifies the line of commerce and section of the country in which the competitive concern arises. Second, market definition allows the Agencies to identify market participants and measure market shares and market concentration.⁴ Therefore, the Guidelines recognize the importance of market definition for merger analysis and state that the ultimate goal of market definition is to help determine whether the merger may substantially lessen competition.

¹ US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Commentary on the horizontal Merger Guidelines (2006), (‘the Commentary’), <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>.

² See US 1992 Horizontal Merger Guidelines, sec. 0.2.

³ US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 1.

⁴ See US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.

However, the Guidelines do not treat market definition as a foundational or necessary part of a merger analysis and are explicit that the Agencies' analysis "need not start with market definition".⁵ Market definition is no longer a prerequisite starting point to merger analysis, because the measurement of market shares and market concentration is not an end in itself, but it is useful to the extent it illuminates the merger's likely competitive effects. It is just one of a number of factors and analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects. The Guidelines state that "evidence of competitive effects inform market definition, just as market definition can be informative regarding competitive effects...Such evidence also may more directly predict the competitive effects of a merger, reducing the role of inferences from market definition and market shares".⁶

Because the Guidelines place much greater emphasis on more direct evidence of competitive effects, it is provided that where analysis suggests alternative and reasonably plausible candidate markets, and where the resulting market shares lead to very different inferences regarding competitive effects, it is particularly valuable to examine more direct forms of evidence concerning those effects. In addition, it is provided that relevant markets need not have precise metes and bounds.⁷

However, despite of this de-emphasis of the relevant market role in merger analysis, the Guidelines still consider relevant market to be very important and lay down that "evaluation of competitive alternatives available to customers (*i.e. relevant market determination*) is always necessary at some point in the analysis". This means that delineation of relevant market is sometimes central in analyses of horizontal mergers and it should not be seen as separate from competitive effects analysis, although some of the analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects do not rely on market definition.

3. HYPOTHETICAL MONOPOLIST TEST

The hypothetical monopolist test is well established analytical tool for market determination, which was introduced in US competition law in 1982 by the US Department of Justice Merger Guidelines (1982). The test was considered as a significant methodological advance when it was introduced and it was one of the organizing principles of the 1992 Guidelines. Because of the marginalization of market definition in the new Guidelines, the

⁵ US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Loc. cit.*

hypothetical monopolist test is modified, although it is still important and helpful method for defining relevant market.

The hypothetical monopolist test is increasingly being adopted in many jurisdictions through out the world representing a means for market definition and not an end in itself. It is used to help the Agencies to define relevant market in which the merging parties compete, i.e. to delineate the market in product and geographical terms in order to identify the competitive constraints that the parties involved face. It is thus a tool to identify the competing firms and to calculate market shares of those firms which is necessary to determine the degree of market power. The Agencies use this method to evaluate a potential competitive concerns with a horizontal merger, because the traditional indirect approach to the economic concerns with market power is based on market shares of firms and begins with relevant market determination.

Under the hypothetical monopolist test provided in the 1992 Guidelines, product market was defined as a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those product ('monopolist') would impose at least small, but significant (5%) and non-transitory increase in price ('SSNIP').⁸ Beginning with each product produced or sold by each merging firm (*candidate market*), the test asks whether a hypothetical monopolist that is supplier of those products would impose a SSNIP, i.e. what would happen if a hypothetical monopolist imposed a SSNIP. If the SSNIP causes that the reduction in sale of the product would be large enough that a hypothetical monopolist would not find it profitable to impose such increase in price, the candidate market is expanded and the process is repeated. The Agencies will add to the product group the product that is the next-best substitute for the merging firm's product,⁹ and the process will continue until a group of products is identified such that a hypothetical monopolist over that group of products could profitable impose SSNIP.¹⁰ It means that this iterative process is repeated until the Agencies reach the smallest group of products

⁸ US 1992 Horizontal Merger Guidelines, sec. 1.11. The principles of market definition described in the article are applied to define a relevant geographic market as well as a relevant product market.

⁹ The term "next best substitute" refers to the alternative which, if available in unlimited quantities at constant prices, would account for the greatest value of diversion of demand in response to a "small but significant and non-transitory" price increase (US 1992 Horizontal Merger Guidelines, sec. 1.11, f.9).

¹⁰ In performing successive iterations of the price increase test, the hypothetical monopolist will be assumed to pursue maximum profits in deciding whether to raise the prices of any or all of the additional products under its control.

that satisfies the test, i.e. that the hypothetical monopolist would impose at least SSNIP.

Under the 2010 Guidelines, the hypothetical monopolist test is modified, although the basic hypothetical monopolist test is still the same. The core of the hypothetical monopolist test is maintained, but the Agencies will continue to use this test with a more flexibility. The Guidelines prescribe that the Agencies use the hypothetical monopolist test to evaluate whether groups of products in candidate markets are sufficiently broad to constitute relevant antitrust markets and to identify a set of products sold by one of the merging firms.

The Guidelines explicitly accept the logic of demand-side substitution to define market. They focus on customer's ability and willingness to substitute away from one product to another in response to a price increase or a corresponding non-price change such as a reduction in product quality or service. The main question is thus how customers might react to a SSNIP.

Similarly to the prior guidelines, the hypothetical monopolist test requires that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, likely would impose at least small, but significant and non-transitory increase in price on at least one product in the market, including at least one product sold by one of the merging parties. But, the hypothetical monopolist test is no longer iterative procedure, so the products are not added to the candidate market in order of "next-best substitutes". As a consequence, the "smallest market principle" is softened, because in combination with the algorithm for expanding the candidate market it suffers from a two problems. The first one, theoretical problem, is that this principle can fail to detect a merger as horizontal in some cases where the merging firms sell substitute product and their merger would likely harm competition. The second is practical problem that one may not be able to identify the "next-best substitute" at each stage of the algorithm.¹¹

The new explanation of the "smallest market principle" is based on the Agencies' practice that it is hard to identify one and only one relevant market, because the hypothetical monopolist test frequently may lead to more than one market affected by a merger. Therefore, the Guidelines make

¹¹ See Carl Shapiro, „The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years”, <http://ssrn.com/abstract=1675210>, p. 38. For a similar view, see Steven C. Salop, Serge Moresi, “Updating the Merger Guidelines: Comments”, <http://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00032.pdf>, p. 9; Varney E. Christine, „The 2010 Horizontal Merger Guidelines: Evolution, not Revolution”, *Antitrust Law Journal*, vol. 77, br. 2/2011, p. 656. “The identification of the next-best substitute can make a huge difference to the outcome of the market definition algorithm.” (Steven C. Salop, Serge Moresi, *op. cit.*, p.9).

clear that the hypothetical monopolist test ensures that markets are not defined too narrowly, but it does not lead to a single relevant market. The test is now designed to allow the Agencies to evaluate a merger in any relevant market satisfying the test, guided by the overarching principle that the purpose of defining the market and measuring market shares is to illuminate the evaluation of competitive effects.¹²

As a result, the Guidelines state that when the Agencies rely on market shares and concentration, they usually do so in the smallest relevant market satisfying the hypothetical monopolist test. It means that the smallest market satisfying the test is *usually* (not always) a relevant market, although the test often reveals separate markets that are relevant for the assessment of competitive effects of merger. This caveat confirms that the purpose of the new Guidelines is to help Agencies to prevent anticompetitive merger in *any* relevant market.

One more important Guidelines' clarification concerns to the modification of the "reasonable interchangeability" standard, which is explicitly mentioned in the Guidelines, but only in the context of the hypothetical monopolist test. The "reasonable interchangeability" standard is changed through the application of a Upward Pricing Pressure (UPP) in way that distances Agencies' approach from traditional use of this standard by the courts.¹³ Such modification is a big change in the new Guidelines, but it does not reflect any change in Agencies' practice in defining relevant market, because this new approach is already described in the Commentary on the Horizontal Merger Guidelines.¹⁴

The 2010 Guidelines state that properly defined antitrust markets often exclude some substitutes to which some customers might turn in the face of a price increase even if such substitutes provide alternatives for those customers.¹⁵ Group of products may satisfy the hypothetical monopolist test without including the full range of substitutes from which customers choose.¹⁶ This means that group of products can satisfy the hypothetical monopolist test using SSNIP and form relevant market, even the majority of diverted sales lost because of a SSNIP would go to products outside the

¹² US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.1.1.

¹³ UPP is new economic tool used to measure how the elimination of the competitive constraint operating between two merging parties may affect their pricing incentives through the potential recapture of sales that may otherwise have been diverted to the merger partner. See James A. Keyte, Kenneth B. Schwartz, "'Tally-Ho!': UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines", *Antitrust Law Journal*, vol. 77, br. 2/2011, p. 587, f. 4.

¹⁴ See The Commentary, p. 6, 12, 15.

¹⁵ US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.

¹⁶ US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.1.1.

relevant market. The test now allows the Agencies to determine relevant product market as a group of products even if there is significant substitution between that group of products and other products.¹⁷ In order to ensure that close substitutes are included in relevant product market and that markets are not defined too narrowly, the Guidelines state that “when applying the hypothetical monopolist test to define a market around a product offered by one of the merging firms, if the market includes a second product, the Agencies will normally also include a third product if that third product is a closer substitute for the first product than is the second product”.¹⁸

4. APPLICATION OF THE GUIDELINES BY THE COURTS

Market definition has its roots in US Supreme Court’s precedent law and has a central place in the US courts’ analyses of horizontal mergers under Section 7 of the Clayton Act. The courts have long treated market definition as the first step in analysing and used the resulting market shares and market concentration as the main evidence of competitive effects of a merger. Although the Agencies accept this new, highly-economic and direct evidence approach, it is questionable how the courts will react to such approach and how they will interpret the new Guidelines.

Despite some initial courts’ reluctance, the Agencies expect that the courts will increasingly accept the Guidelines’ approach, although the courts still pay considerable attention to market definition. US courts historically have first defined the relevant market because determination of the market was a “necessary predicate to a finding of a violation of the Clayton Act”.¹⁹ Because of that, the courts are not ready to focus on competitive effects only and they will not stop to define relevant market in their analyses. US courts will continue to pay direct attention to market definition in merger review process, which means that market definition still plays significant (but smaller) and very specific role in merger analysis. Therefore, the Agencies must consider such practice of the courts and should follow it, despite the new Guidelines, especially if they challenged the transaction in the courts. But, the prior guidelines have had a significant influence on US courts and its practice, so it could be expected that US courts accept the new Guidelines also.

The US courts are not bound to follow the new Guidelines, because the Guidelines are not law, so there is no major change in merger

¹⁷ See Carl Shapiro, *op. cit.*, p. 36-37; Varney E. Christine, *op. cit.*, p. 656; James A. Keyte, Kenneth B. Schwartz, *op. cit.*, p. 590.

¹⁸ US 2010 Horizontal Merger Guidelines, sec. 4.1.1.

¹⁹ *Brown Shoes Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), at 324.

enforcement decision making as yet. The Guidelines serve to educate the courts about the analytical tools that Agencies use in merger analysis and thus it seems that the courts need some time to accept new approach and highly economic framework within which merger analysis takes place.

In the meantime, the new Guidelines can reduce certainty about the result of relevant market determination because the Agencies have the discretion to define relevant market and because the courts do not reject the use of market definition to predict competitive effects. The Guidelines should help business community to assess how the Agencies are likely to evaluate horizontal mergers, because it must consider how the Agencies will react to potential mergers. Therefore, it is so important that the Agencies and courts harmonise their practice in order to increase the certainty and transparency of the analytical process underlying the enforcement decisions.

5. CONCLUSION

The 2010 Guidelines introduce a more integrated, flexible, detailed and less mechanistic approach to horizontal merger analysis, reflecting the accumulated Agencies' experience and new economic learning in modern competition law. The significant developments in economic theories and tools to predict competitive harms are included in the new Guidelines, although the Guidelines retain the basic approach to the merger analysis. As a consequence, the Guidelines depart from market definition, rather focusing on competitive effects of horizontal mergers.

Introduced direct evidence approach represents the evolution of the Agencies' practice and merger enforcement policy since the last revision in 1992 and is an important contribution of the new Guidelines because it should help the Agencies and courts to avoid the negative outcomes of process of the relevant market determination. It is sometimes very hard to define relevant market because in most cases market boundaries are unclear and it can't always be defined with precision. Defining the relevant market requires careful consideration of the available facts and the Agencies often lack sufficient data to determine precisely when products are close enough substitutes to be included in the same market.

For these reasons, the Guidelines adopt new approach to merger analysis and abandon prior practice, focusing on assessment of potential impact of merger on competition. Therefore, the courts will probably accept Agencies' approach according to which the market definition is not the first step in merger review process, but it does not mean they reject the use of market definition and market concentration to predict competitive effects.

Mr Ivana Rakić
Institut za uporedno pravo u Beogradu

RELEVANTNO TRŽIŠTE I TEST PRETPOSTAVLJENOG MONOPOLISTE U AMERIČKIM SMERNICAMA O HORIZONTALNIM KONCENTRACIJAMA

U radu se analiziraju pojedine odredbe američkih Smernica o horizontalnim koncentracijama iz 2010. godine kojima se regulišu relevantno tržište i test pretpostavljenog monopoliste (SSNIP test). Nove smernice su zamenile Smernice iz 1992. godine i usvajaju novi pristup koji Ministarstvo pravde i Federalna trgovinska komisija ('Agencije') primenjuju u analizi koncentracija. Smernice su usmerene na metode direktne procene efekata koje koncentracije imaju na konkurenciju i zato više ne naglašavaju ulogu koju utvrđivanje relevantnog tržišta ima u ovoj analizi. Takođe je izmenjen test pretpostavljenog monopoliste, iako je test ostao važan metod za utvrđivanje relevantnog tržišta. Testom se i dalje utvrđuje da li bi pretpostavljeni monopolista izvršio malo, ali značajno i trajno povećanje cena, ali se on više ne primenjuje kao iterativan postupak, a princip utvrđivanja "najužeg tržišta" je ublažen. Autor analizira da li će sudovi prihvatiti ovaj novi pristup koji usvajaju Smernice umesto da utvrđuju relevantno tržište, tržišne udele i tržišnu koncentraciju. Ukazuje se na to da relevantno tržište ima manju, ali još uvek značajnu ulogu u analizi koncentracije, i da će Agencije nastaviti da utvrđuju relevantno tržište u postupcima ocene horizontalnih koncentracija.

Ključne reči: *test pretpostavljenog monopoliste, SSNIP test, relevantno tržište, pravo konkurencije, američko pravo*

USTAVNE PROMENE U OKRUŽENJU

Neke od nama susednih zemalja izvršile su manje ili veće ustavne promene, dok se u drugim pak, promene najvišeg pravnog akta razmatraju. Tako je naš severni „komšija“ –Mađarska, dobila novi, po nekima, kontraverzni ustav. U uzavreloj atmosferi pitanja ustavne reforme u BiH, Republika Srpska 2011. usvojila je 122. amandman na svoj vremešni ustav, ali amandmanski paket iz 2009. godine, kojim bi bila izvršena značajna reforma ustava starog koliko i sama Republika, odbačen je u Veću naroda početkom ove godine. Iako je nekako uspela da usvoji ustavne promene 2010. godine, Hrvatska se našla u nekoj vrsti tihe ustavne krize, koja je kulminirala pošto je Ustavni sud odbio da prihvati prečišćeni tekst Ustava, i de facto konstatovao neustavnost ustavnog teksta. U međuvremenu, započet je postupak daljih ustavnih promena, koji je bezuspešno okončan. Makedonija je izvršila amandmansku promenu svog Ustava od 1991. godine, kojom je omogućeno zaključivanje međunarodnih ugovora kojima bi se dopustila ekstradicija makedonskih državljana. U Crnoj Gori pokrenut je postupak za usvajanje amandmana na Ustav kojima bi se reformisale odredbe o pravosuđu i o Ustavnom sudu, da bi naknadno i opozicija ušla u priču sa predlogom promena u odredbama o onome što se u Crnoj Gori naziva „identitetom crnogorske države“.

Ključne reči: *ustav, ustavne promene, jugoistočna Evropa, ustavni zakon, ustavni amandman*

„Ustav naš ne samo da je sazeo za reformu; on je već istrulio“

Leon Gambeta

Ustavne promene predstavljaju nezaobilazan deo u životu svake države i svakog ustava, ma kako i država i njen ustav izgledali. „Zato je“, kaže ustavna teorija, „svako pristupanje promenama ustava poduhvat kojim se oni koji vladaju, kao i sami građani, preporučuju sopstvenom odanošću suštinskim vrednostima u datom društvu, svojom zrelošću, znanjem,

umenjem i razumevanjem.“¹ Pa iako neizbežne, promene ustava, bilo da su u pitanju delimične ili totalne često predstavljaju plod čistog avanturizma i težnji političkih činilaca da u datom, iz nekog razloga za njih pogodnom, trenutku obeleže istoriju svoje nacije i upišu svoje ime, ovenčano oreolom ustavotvorca, koje će ostati „trajno i neizbrisivo“ dok ga, kao gunicom, ne prebriše neki novi ustavotvorac koji takođe, u svojim idejama i željama, a pre i iznad svega interesima, pretočenim u ustavni tekst vidi ideal ustava. Stoga i ne čudi da mnogi današnji ustavnopravni pisci tvrde da „[u]stavi sve više postaju politički a sve manje pravni akti“,² mada je ustavna istorija pokazala da su se kao najbolji ustavi pokazali upravo oni koji su prvenstveno koncipirani kao pravni akti, a rečit primer tog pravničkog pristupa bio bi nemački Osnovni zakon. Tako da „skoro u većini država u tranziciji, a naročito u državama bivše Jugoslavije, ustavi su postali stvar pogodbe, kompromisa, lošeg koncepta i djelo priučenih političara“.³ I dok smo još u 19. veku spoznali da „[d]ržava nije nikakav veštački me[h]anizam koji se može konstruisati po čudi kakvog političkog organizatora“,⁴ u praksi ustavotvorci danas, dva veka kasnije, upravo tome teže.⁵

1. NOVI MAĐARSKI USTAV

Mađarska je poslednja država srednje i istočne Evrope koja je usvojila novi ustav, čime je od 1. januara 2012. godine prestao da važi dosadašnji, inače prvi i jedini pisani, Ustav Republike Mađarske, usvojen još 20. avgusta 1949. godine i nebrojeno puta menjan i dopunjavan, posebno 23. oktobra 1989. godine.⁶ U toku mandata sadašnjeg parlamenta ovaj ustav doživeo je preko deset izmena i dopuna, budući da koalicija Fidesa i KDNP-a raspolaže potrebnom dvotrećinskom većinom. Zatim, su u skupštinsku proceduru upućeni su Predlog Osnovnog zakona Mađarske, koji je pripremila vladajuća koalicija i Predlog Ustava Republike Mađarske, koji je predložio bivši

¹ O. Vučić, *Промена и трајање устава*, Београд 2005, 14.

² Р. Кузмановић, „Савремене уставне промене као начин кодификације и конституционализације власти и друштва“, *Устав Lex Superior*, пр. С. Ђорђевић, Београд 2004, 275.

³ *Ibid.*, 278.

⁴ М. Ђ. Миловановић, *Државно право и друге уставноправне студије*, Београд 1997, 216.

⁵ О променама устава, поред наведеног дела О. Вучић, вид. више: Ј. Стефановић, *Уставно право ФНР Југославије и компаративно*, књига I, Загреб 1956, 32. и даље; Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, 52. и даље; П. Николић, *Уставно право*, Београд 1997, 48. и даље; Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1986, и даље; Р. Кузмановић, *Уставно право*, Бањалука 2000, 47. и даље.

⁶ Превод овог устава, тајније преčiшћене верзије од 12. марта 1990. на српски језик објављен је у СПЖ-у. Вид. „Устав Републике Мађарске“, превела Ј. Клаубер, *Strani pravni život* 3/1989, 81-100.

predsednik parlamenta, a sada samostalni poslanik dr Katalin Sili (*Dr Katalin Szili*), a parlament je održao objedinjenu raspravu, da bi na kraju bio usvojen predlog vladajuće koalicije. Novi ustav, nazvan Osnovni zakon Mađarske, parlament je usvojio je 18. aprila 2011. godine, a predsednik Republike ga potpisao 25. aprila, tačno godinu dana od parlamentarnih izbora. Prvom prelaznom odredbom novog ustava predviđeno je da Osnovni zakon stupa na snagu 1. januara 2012. godine, do kada je trebalo usvojiti i ustavni zakon za njegovo sprovođenje.

Ustav od 1949. godine u svojim revizionim klauzulama predvideo je sledeći postupak za donošenje novog ustava. U preambuli se ističe privremeni karakter izmenjenog i dopunjenog ustava, koji treba da obezbedi mirnu tranziciju u ustavnu državu višepartijske parlamentarne demokratije i socijalne tržišne privrede, koji ostaje na snazi do donošenja novog ustava. Premda član 19. stav (3) tačka a) Ustava od 1949. godine propisuje da Narodna skupština usvaja novi ustav, mađarska ustavnopravna teorija smatrala je da za usvajanje novog ustava neophodno održati i referendum.⁷ Međutim, takvog mišljenja nije bila i vladajuća koalicija. Saglasno članu 24. stav 3. istog ustava, za promenu ustava tražila se najmanje dvotrećinska većina od svih poslanika u Skupštini, što nije bilo teško postići s obzirom na odnos snaga u parlamentu.

1.1. Sistematika i struktura ustavnog teksta

Ustav počinje stihom: „O Gospode, blagoslovi Mađare“ koji je preuzet iz nacionalne himne, posle čega sledi preambula koja nosi naslov Nacionalna ispovest vere. Normativni deo sastavljen je iz tri dela označenih naslovima, od kojih svaki ima sopstveno označavanje svojih odredaba. Iako ustavni tekstovi u kojima svaka klasifikaciona jedinica ima svopstvenu numeraciju odredaba,⁸ mađarsko rešenje je novost.⁹ Tako prvi deo naslovljen kao „Osnove“ čini 19 članova označenih slovima A do S. Nakon toga slede „Prava i dužnosti“, što u osnovi čini ustavnu deklaraciju prava čijih je 29 članova označeno rimskim ciframa. Iza njih sledi deo pod nazivom „Država“, i čiji članovi su označeni arapskim ciframa, i to počevši od broja 1. Ovaj deo je podeljen na sledeće celine, koje takođe nemaju neko posebno određenje već samo naslov: Parlament; predsednik Republike; Vlada i

⁷ *Encyclopedia of World Constitutions*, ed. G. Robbers, New York 2007, 392.

⁸ Primera radi: Instrument vladavine Kraljevstva Švedske od 1974. godine, Ustav Federacije Bosne i Hercegovine od 1994. godine, odbačeni predlog Ustava Evropske unije, Ustav Republike i Kantona Ženeve od 1814. i francuski Ustav od 1791. godine.

⁹ Ako se izuzme Ustav Čehoslovačke Republike od 9. maja 1948. godine, koji se sastojao iz proglasa (preambule), 12 osnovnih članova označenih rimskim ciframa, i 178 paragrafa. Vid. *Нови устави: збирка устава донетих после Другог светског рата*, 2. допуњено издање, Београд 1949, 143-201.

nezavisne regulatorne vlasti; Ustavni sud, sudovi, javno tužilaštvo, komesar za osnovna prava, lokalne vlasti; javne finansije; Mađarske odbrambene snage, policija i nacionalne službe bezbednosti, posebni pravni poredak i završne odredbe. Slede završne odredbe, kojih ima ukupno četiri. Ustav se završava deklaracijom, koja u izvesnoj meri podseća na alineju prvu preambule Osnovnog zakona Savezne Republike Nemačke, a u kojoj se navodi: „Mi poslanici Parlamenta izabranog 25. aprila 2010. godine, svesni svoje odgovornosti pred Bogom i čovekom iskoristivši svoju ustavotvornu vlast, odlučili smo gornji, prvi jedinstveni Osnovni zakon Mađarske.“ Nakon toga slede potpisi poslanika koji su glasali za novi ustav, bez titula, stranačkih i drugih odrednica. Ustav se završava rečima: „Neka bude mir, sloboda i sklad“.

1.2. Preambula i osnovne odredbe

Preambula novog ustava u velikoj meri podseća na Izvorišne osnove Ustava Republike Hrvatske,¹⁰ kako obimom tako i sadržinom. Na dve strane A4 formata, pripadnici mađarske nacije, „u osvit novog milenijuma“, objavljuju osnovne vrednosti ustavnog poretka kao dužnosti svih Mađara. Tako Nacionalni zavet vere proklamuje da su Mađari ponosni što je pre hiljadu godina njihov prvi kralj – sveti Ištvan osnovao mađarsku državu na čvrstim temeljima i učinio je delom hrišćanske Evrope; ponosni na svoje pretke koji su se borili za opstanak, slobodu i nezavisnost njihove zemlje, kao i na izuzetna intelektualna dostignuća mađarskog naroda. Mađari su ponosni i na činjenicu da se njihov narod borio u cilju odbrane Evrope tokom mnogih vekova i kroz svoj talenat i marljivost, doprineo bogatstvu zajedničkog evropskog nasleđa. Mađari, dalje, priznaju ulogu Hrišćanstva u očuvanju svoje nacije, a poštuju sve verske tradicije svoje zemlje. Zatim, obećavaju da će sačuvati intelektualno i duhovno jedinstvo svoje nacije, pokidano olujama prošlog veka. Od posebnog značaja, kako za srpsku nacionalnu manjinu u Mađarskoj, tako i za ostale, je izjava da Mađari smatraju narodnosti i etničke grupe koje žive u Mađarskoj konstitutivnim delovima mađarske države/nacije.¹¹ U nastavku se poziva na negovanje i očuvanje njihovog nasleđa: mađarske kulture, njihovog naročitog jezika, bogatstva Karpatskog basena, kako onih prirodnih tako i onih načinjenih ljudskom rukom. Priznajući kao dužnost prema budućim naraštajima svoje nacije, Mađari će težiti da sačuvaju i poboljšaju životne uslove onih koji dođu posle njih ispravnim upravljanjem svojih materijalnih, intelektualnih i prirodnih resursa. U preambuli se dalje izražava uverenje da njihova

¹⁰ Upor. Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, br. 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001 i 76/2010). Prečišćen tekst Ustava koji je utvrdio Ustavni sud 23. maja 2011. godine dostupan je na adresi: www.usud.hr

¹¹ Naime, različiti prevodi koriste termine „država“ i „nacija“.

nacionalna kultura predstavlja bogat doprinos različitosti ujedinjene Evrope, a izražava poštovanje prema slobodi i kulturi drugih naroda, i utvrđuje da će Mađari nastojati da rade zajedno sa svim nacijama sveta. U nastavku se ljudsko dostojanstvo proklamuje kao osnov ljudskog života, zatim da lične slobode mogu cvetati samo u saradnji sa drugima. Tu je i proklamacija da su porodica i nacija fundamentalni okviri za njihovu zajednicu u kojoj su lojalnost, vera i ljubav najvažnije vrednosti. Ovo su neke od odredbi prve strane preambule (*sic!*), koje smo naveli s obzirom da prema izričitoj odredbi Osnovnog zakona njegove normativne odredbe tumače se u skladu sa preambulom.

U osnovnim odredbama određuje se da je službeno ime zemlje („naše otadžbine“) – Mađarska,¹² i da je Mađarska nezavisna i demokratska pravna država. Narod je izvor vlasti koju vrši preko izabраниh predstavnika, a u „*izuzetnim* slučajevima neposredno“ (član B stav (4) – podvukao M. T.). Polazeći od toga da je mađarska nacija jedinstvena, Osnovni zakon propisuje odgovornost Mađarske za Mađare izvan njenih granica (član D), što je u vezi sa izjavom iz preambule o olujama prošlog veka koje su kidale jedinstvo nacije. Pored državnih znamenja, glavnog grada i službenog jezika, nacionalnih praznika, valute, karaktera Osnovnog zakona i određenja vrsti pravnih akata, Osnovne odredbe posvećene su i državljanstvu, institucijama braka (kao zajednice žene i muškarca) i porodice, ekonomskom i finansijskom uređenju i odnosu prema nacionalnim prirodnim bogatstvima, posebno poljoprivrednom zemljištu, šumama i vodnim resursima.

1.3. Normativni deo

U pogledu sloboda i prava čoveka i građanina, kojima je posvećeno poglavlje Sloboda i odgovornost ona se jemče kao lična i kolektivna. Osnovni zakon propisuje da je primarna dužnost države poštovanje i odbrana neotuđivih i nepovredivih osnovnih prava čoveka (član I stav (1) Osnovnog zakona).¹³ Površnim uvidom u ustavni tekst vidi se da novi ustav jemči slobode i prava, na manje više klasičan način, kao i da sadrži odredbe o socijalno-ekonomskim pravima. Međutim, u svom izveštaju o novom ustavu Mađarske, Venecijanska komisija iznela je niz primedbi na novi katalog osnovnih prava.¹⁴

¹² Dakle, dosadašnji pridev „Republika“ briše se iz službenog imena zemlje. To svakako ne znači da je promenjen oblik vladavine, a i ustav u članu B stav (2) kaže da je oblik državnog uređenja republika. I Crna Gora je svojim novim ustavom učinila isto.

¹³ U ovom poglavlju članovi su označeni rimskim ciframa.

¹⁴ *Opinion on the new Constitution of Hungary*, CDL-AD(2011)016, Strasbourg 2011

U pogledu organizacije vlasti, Osnovni zakon prihvata parlamentarni sistem u formi uspostavljenoj dosadašnjim ustavom,¹⁵ ali uz brojne izmene, od kojih su neke predmet oštre kritike domaće javnosti i stranih činilaca. S obzirom na predodređeni obim rada, ovde ćemo navesti samo neke novine u pogledu uređenja vlasti koje donosi Osnovni zakon. Čini se da je najviše promena doživeo Ustavni sud, kome su sužene nadležnosti, posebno u vezi sa budžetom, zatim povećan broj sudija na 15, kao i dužina njihovog mandata na 12 godina, promenjen izbor predsednika Suda, tako da ga sada bira Parlament. Odredbe o pravosuđu, na koje su oštro otvorenim pismom reagovali i same sudije, mogu se okarakterisati kao uopštene i, sa stanovišta savremene pravnodržavne demokratske ustavnosti nedovoljne, budući da ne pružaju nikakva jemstva nezavisnosti pravosuđa kao grane vlasti. Čak šta više, sve je prepušteno budućem kardinalnom (organskom) zakonu (član 25. stav (7) Osnovnog zakona). Osnovni zakon ne pominje više ni Nacionalni savet pravosuđa, a kao vrhovni sud u zemlji označava Kuriju, umesto dosadašnjeg Vrhovnog suda. U organizaciju vlasti uvedeni su Fiskalni savet i još neka regulatorna tela, od kojih su neka već obrazovana na osnovu poslednjih izmena i dopuna važećeg Ustava. Što se zaštitnika građana tiče, on je u Osnovnom zakonu postavljen kao inokosni organ, umesto dosadašnjih specijalizovanih ombudsmana.¹⁶

Nastavljajući specifičnu tradiciju svog prethodnika, Osnovni zakon relativno mnogo mesta posvećuje oružanim snagama, policiji i službama nacionalne bezbednosti i brojnim stanjima nužde od kojih se svako označava kao „posebni pravni poredak“ (čl. 45. do 54.).¹⁷ Što se promene Osnovnog zakona tiče, predlog da se pristupi donošenju novog ustava ili izmena i dopuna Osnovnog zakona mogu podneti predsednik Republike, Vlada, svaki parlamentarni odbor i svaki poslanik parlamenta. O promeni ustava odlučuje Parlament, a za usvajanje novog ustava, odnosno izmena i dopuna Osnovnog zahteva se dvotrećinska većina glasova od ukupnog broja njegovih poslanika. Po usvajanju, novu ustav, odnosno akt o parcijalnoj promeni, predsedavajući parlamenta šalje predsedniku Republike, koji je dužan da ga potpiše i, u roku od pet dana od prijema, objavi u službenom listu. Osnovni zakon čak propisuje da se prilikom objavljivanja u službenom listu mora navesti naziv akta, redni broj i datum objavljivanja (član S stav (4) Osnovnog zakona).

¹⁵ Za analizu organizacije vlasti prema Ustavu Republike Mađarske od 1949. godine, nakon 1990. vid. В. Кутлешић, *Организација власти – упоредна студија устава бивших социјалистичких држава Европе*, Београд 2002, 70-83. и од истог аутора, *Устави бивших социјалистичких држава Европе – упоредноправна студија*, Београд 2004.

¹⁶ О новинама у Основном закону више: *Opinion on the new Constitution of Hungary*, CDL-AD(2011)016, Strasbourg 2011.

¹⁷ М. Тишма, „Одбрана и безбедност у мађарском уставу“, *Војно дело* јесен/2011, 53-66.

2. USTAVNE PROMENE U REPUBLICI SRPSKOJ

Nekako u isto vreme u Republici Srpskoj, entitetski ustav, koji je 2012. proslavio dvadesetogodišnjicu, dobio je svoj 122. amandman. Amandman CXXII na Ustav Republike Srpske, Narodna skupština usvojila je na sednici od 22. marta 2011. godine, a Veće naroda Republike Srpske na sednici od 18. aprila 2011. godine, da bi ga zatim Narodna skupština svojom odlukom proglasila 27. aprila, kada je i stupio na snagu.¹⁸ Njime je, dopunom člana 79. Ustava, određeno da Narodna skupština Republike Srpske ima dva do četiri potpredsednika. Ranije rešenje predviđalo je da Narodna skupština ima dva potpredsednika. Iako se radi o maloj tekstualnoj dopuni, njome je omogućeno da u predsedništvu Narodne skupštine budu kako predstavnici konstitutivnih naroda, tako i vladajućih i opozicionih poslaničkih klubova.

Inače, nacrt ovog amandmana koji je išao na javnu raspravu predviđao je da Narodna skupština ima *do tri* potpredsednika. Alternativno rešenje nacrta amandmana predviđalo je da Narodna skupština ima *jednog ili više* potpredsednika. Međutim, u javnoj raspravi, što je u Srpskoj, saglasno članu 133. stav 2. Ustava Republike Srpske, obavezna faza ustavotvorne radnje, većina učesnika se izrazila u prilog alternative nacrta, ali je i ukazano da bi formulaciju „jednog ili više“ treba zameniti sa „više“, kao i da bi, s obzirom na prilike u Republici ipak morala postojati gornja granica broja potpredsednika.

Imajući u vidu pomenuta gledišta, Odbor za ustavna pitanja utvrdio je predlog Amandmana prema kojem bi Narodna skupština imala dva do četiri potpredsednika i, zajedno sa izveštajem o javnoj raspravi, dostavio ga parlamentu na odlučivanje, koji ga je, kao što je objašnjeno ranije, u takvom tekstu i usvojio. Time su stvoreni uslovi, da se realizuje dogovor svih parlamentarnih političkih stranaka o adekvatnoj predstavljenosti u predzidijumu.

Početakom 2012. godine, Momir Malić, predsedavajući Veća naroda Republike Srpske, zatražio je od bošnjačkog kluba u Veću da se izjasni o 29 amandmana na Ustav Republike Srpske, koje je Narodna skupština usvojila još 2009. godine. Tim amandmanima bilo je predviđeno usklađivanje poglavlja Ustava o slobodama i pravima, ukidanje Amandmana V kojim je uvedena smrtna kazna, formalno proglašenje Banjaluke glavnim gradom Republike, novo regulisanje lokalne samouprave i dr. Međutim, na sednici Veća 26. aprila bošnjački delegati nisu prihvatili niti jedan od amandmana s

¹⁸ Amandman CXXII na Ustav Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 48/2011)

obrazloženjem da promenama Ustava RS i Ustava BiH treba pristupiti sveobuhvatnije, te da ponuđeni amandmani „ne odražavaju stvarno stanje“.¹⁹

3. PUTEVI I STRANPUTICE HRVATSKE USTAVNOSTI

Od novembra 2000. godine akti o promeni hrvatskog ustava počinju da se označavaju kao „Promjena Ustava“, umesto dotadašnjeg naziva „Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustava“, iako ti akti nisu promenili svoj karakter već se i dalje radi o ustavnim zakonima. O razmerama zbrke koja je nastala ovakvom praksom dovoljno pokazuje i to što se u široj, pa i delu stručne javnosti, nakon svake (delimične) promene govori o „novom“ ustavu, pa je i sam ustavotvorac usmesto ustavnih zakona o sprovođenju promene ustava donosio akte pod nazivom „Ustavni zakon za provedbu Ustava Republike Hrvatske“.²⁰

Sa druge strane, kvalifikativ „ustavni“ dobili su i zakoni, koji po slovu Ustava spadaju u tzv. organske zakone i koji se ne donose po ustavotvornom postupku (čl. 136-139. Ustava RH), već saglasno naročitim odredbama (čl. 83. Ustava RH). Ustavni sud je od ranije zauzeo stav da bez obzira na *falsa nominatio*, za ocenu saglasnosti pravnih akata odlučujuća je njihova pravna priroda a ne sam naziv.²¹ U tom pogledu, Ustavni sud je označio organskim zakonima u smislu člana 83. Ustava raniji Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj,²² Ustavni zakon o saradnji Republike Hrvatske sa Međunarodnim krivičnim sudom,²³ i Ustavni zakon o pravima nacionalnih manjina, koji je sa pozivom na iznetu argumentaciju bio predmet ocene

¹⁹ „Banja Luka: Odbačeni amandmani na Ustav Republike Srpske“, dostupno na: www.slobodnaevropa.org/archive/news/20120426/500/500.html?id=24561356 (posećeno: 6.7.2012.)

²⁰ Tako, primera radi, Ustavni zakon od 22. oktobra 2010. godine (Ustavni zakon za provedbu Ustava Republike Hrvatske, „Narodne novine“, broj 121/2010) propisuje da Ustav „stupa na snagu kada ga proglasi Hrvatski sabor“ (član 1. *in fine*). Isti akt propisuje i da se ostale odredbe Ustava „primjenjuju neposredno od dana proglašenja Ustava“ (član 2. *in fine* – podvukao M.T.).

²¹ Odluka USRH, broj U-I-774/2000 od 20. decembra 2000. godine, dostupno i na adresi: <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C1256A25004A262AC12569BC00357DCD?OpenDocument>

²² Naime, Ustavni sud je, u pomenutoj odluci, zaključio da donošenje prvobitnog teksta ovog (ustavnog) zakona nije relevantno za njegovu (kasniju?) pravnu prirodu i njegove izmene, jer ga je doneo nekadašnji trodomni Sabor RH po (ustavotvornom) postupku koji takođe više nije relevantan. *Ibid.*

²³ Ustavni zakon o suradnji Republike Hrvatske sa Međunarodnim kaznenim sudom („Narodne novine“, broj 32/1996).

ustavnosti pri čemu su neke njegove odredbe i ukinute.²⁴ U toku pisanja ovog rada ukinute su i odredbe ovog zakona vezane za obezbeđivanje nacionalnim manjinama poslaničkih mesta u Saboru, što je izazvalo oštre reakcije među srpskom zajednicom u Hrvatskoj.

Ustavni sud je na sednici od 23. marta 2011. godine, na osnovu člana 128. alineja 5. Ustava Republike Hrvatske i člana 128. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske utvrdio Izveštaj o ustavnopravno neprihvatljivim učincima prečišćenih tekstova Ustava Republike Hrvatske, ustavnih zakona, zakona, drugih propisa i opštih akata.²⁵ Detaljno obrazlažući negativne, protivustavne posledice nepoštovanja nomotehničkih pravila prečišćavanja propisa, Ustavni sud je njime, zbog grubog narušavanja integriteta ustavnog teksta, odlučio da „ne prihvati“ prečišćen tekst Ustava iz 2010. godine, i da, dan nakon objavljivanja tog izveštaja u službenom glasilu, počne da primenjuje izvorni tekst Ustava i pojedinačne tekstove njegovih izmena i dopuna. S tim u vezi, Ustavni sud je sam utvrdio redakcijski prečišćen tekst Ustava i, dan po objavljivanju Izveštaja u „Narodnim novinama“ objavio ga na svojoj internet strani. Tačkom 16. Izveštaja Odboru za Ustav, Poslovnik i politički sistem Sabora naloženo je da donese odluku o brisanju svih dosad objavljenih prečišćenih tekstova Ustava i da u posebnom broju „Narodnih novina“ objavi novi prečišćen tekst Ustava, usklađen sa Izveštajem Ustavnog suda.

3.2. Brojčane oznake poglavlja i članova Ustava

Prvi slučaj u kome je hrvatski Ustavni sud došao u kontakt sa problemom promenjene numeracije u prečišćenom tekstu bio je predlog za ocenu ustavnosti prečišćenog teksta Zakona o krivičnom postupku.²⁶ Iako je ovaj predlog odbijen iz formalno-procesnih razloga budući da se ne radi o zakonu u smislu člana 129. Ustava RH, Ustavni sud je tom prilikom po prvi put ukazao na nepravilnu izradu prečišćenog teksta nekog propisa i zabranu neovlašćenih promena zakonskog teksta, makar i u pogledu numeracije.²⁷ Kako je pomenuta argumentacija Ustavnog suda ostala bez odjeka,

²⁴ Vid. Odluku i Rešenje USRH, br. U-I-1029/2007 i U-I-1030/2007 od 7. aprila 2010. godine („Narodne novine“, broj 47/2010).

²⁵ Izvešće ustavnopravno neprihvatljivim učincima pročišćenih tekstova Ustava Republike Hrvatske, ustavnih zakona, zakona, drugih propisa i općih akata, broj U-X-1435/2011 od 23. ožujka 2011. godine („Narodne novine“, broj 37/2011).

²⁶ Zakon o kaznenom postupku („Narodne novine“, broj 62/2003 – pročišćeni tekst)

²⁷ Vid. Rješenje USRH, broj U-I-2597/2003 od 12. januara 2005. godine, dostupno i na adresi: <http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C1256A25004A262AC1256F8700505874?OpenDocument> (posećeno 15. juna 2011.).

primenom člana 129. alineja 5. Ustava,²⁸ isti Saboru podnosi izveštaj u kojem ukazuje na nedopuštene promene u sistematici zakona koje se vrše prečišćenim tekstovima i utvrđuju pravila za njihovu izradu.²⁹

Nakon Ustavnog zakona od 17. decembra 1997. godine, kojim su izvršene prve izmene i dopune hrvatskog Ustava, početkom 1998. godine utvrđen je i objavljen prečišćen tekst Ustava koji se držao nomotehničkih pravila o prečišćavanju. Međutim, već nakon Promene Ustava od 9. novembra 2000. godine, novi prečišćeni tekst koji je usledio počinje sa neovlašćenim intervencijama u ustavni tekst, a takvu lošu praksu nastavljaju i prečišćeni tekstovi iz 2001. i 2010. godine.³⁰ Svaki od ovih tekstova intervenisao je u Ustavu, brišući čak i delove važećih odredbi, zatim ispravljajući „greške“ koje sam ustavotvorac nije ispravio niti ovlastio Odbor za to, a svi su menjali numeraciju – brojčane oznake članova, poglavlja i drugih strukturnih jedinica Ustava.

Naime, kada je Ustav donet, njegov tekst imao je ukupno 142 člana od čega su čl. 140. do 142. predstavljali prelazne i završne odredbe. Od 139 članova, dodavanjem i brisanjem članova kojima su akti o promeni ustava dodavali brojčanu oznaku unutar tih 139 članova i dodavanjem latiničkih slova (npr. član 129.a), prečišćeni tekstovi menjali su oznake i novih i starih odredbi uspostavljajući kontinuitet odredbi, iako to nije izvršio sam ustavotvorac niti ovlastio Odbor da to učini prilikom utvrđivanja prečišćenog teksta. Tako je član koji smo uzeli za primer u prečišćenom tekstu iz 2010. postao član 134.³¹

Uporedno ustavno pravo poznaje mogućnost da prečišćen tekst ima pravnu snagu i merodavnost, rečju pravno svojstvo ustava. Tako je npr. prilikom revizije Ustava Rumunije od 1991. godine,³² Zakon o reviziji Ustava Rumunije od 2003. godine, odredio da se član 152. Ustava menja tako da glasi: „Zakon o reviziji Ustava objavljuje se u Službenom listu

²⁸ Inače ova nadležnost ustavnog sudstva koju su imali ustavni sudovi u bivšoj Jugoslaviji izložena je kritici ustavnopravne teorije zbog čega se i nije našla u srpskim ustavima donetim posle 1989. godine. Vid. O. Vučić, D. Stojanović, „Ustavno sudstvo na preseku prava i politike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2009, 97.

²⁹ Vid. Izvješće USRH, broj U-X/80/2005 („Narodne novine“, broj 37/2011), dostupno i na adresi:

<http://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Pojmovi/C12570D30061CE53C125718100321C21?OpenDocument> (posećeno 15. juna 2011.).

³⁰ Upor. Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 124/2000 – pročišćeni tekst, 41/2001 – pročišćeni tekst, 55/2001 – ispravak, 85/2010 – pročišćeni tekst)

³¹ Upor. Promjena Ustava RH („Narodne novine“, broj 113/2000) i npr. Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine“, broj 85/2010 – pročišćeni tekst).

³² Ustav Rumunije objavljen je u Službenom listu Rumunije, I deo, broj 233 od 21. novembra 1991. godine.

Rumunije u roku od 5 dana od donošenja. Ustav, izmenjen i dopunjen, nakon svog potvrđivanja na referendumu, biće ponovo objavljen od strane Zakonodavnog saveta, sa izmenjenim pozivanjem i brojčanim oznakama u tekstu.“ (član I st. 79. Zakona).³³ Prečišćen tekst ovog ustava objavljen je u službenom glasilu 29. oktobra 2003. godine, sa izmenjenom numeracijom i oznakama, pa je tako pomenuti član 152. u prečišćenom tekstu postao član 156.

I u Holandiji, prema članu 141. trenutno važeće verzije Ustava, propisano je da se „[t]ekst revidiranog Ustava objavljuje kraljevskim ukazom, i da se u njemu poglavlja, odeljci i članovi mogu prenumerisati i, saglasno tome, izmeniti odgovarajuća pozivanja na odredbe“.³⁴

U Republici Austriji savezni kancelar zajedno sa nadležnim saveznim ministrima, ovlašćen je članom 49a. stav (1) Saveznog ustavnog zakona „da sa obavezujućim dejstvom u važećoj verziji ponovo u Saveznom službenom listu proglasi zakone, osim ovog zakona (Savezni ustavni zakon – prim. M.T.), i državne ugovore proglašene u Saveznom službenom listu“.³⁵ Kao što vidimo, nije moguće utvrditi prečišćen tekst ustava sa obavezujućim dejstvom i službenim karakterom. Inače, prema stavu (2) istog člana, prilikom izdavanja prečišćenog teksta³⁶ mogu se ispravljati terminologija i stari pravopis prilagođavati novom, ispravljati pozivanja na druge pravne propise, koja više ne odgovaraju stanju zakonodavstva, i druge neusklađenosti, utvrditi nevažećim odredbe koje su ukinute kasnijim pravnim propisima ili su inače postale bespredmetne, odrediti skraćeni nazivi i slovne skraćenice naziva, sažeti prelazne odredbe kao i ranije, ali još važeće verzije određenog saveznog zakona tj. državnog ugovora i uz navođenja njihovog važenja posebno proglasiti ponovnim proglašavanjem. Za našu temu od posebnog značaja je tačka 5. stava (2) člana 49a. koja omogućava da se prilikom izdavanja novog prečišćenog teksta „na odgovarajući način izmene oznake članova, paragrafa, stavova i dr. kod brisanja i dodavanja pojedinih odredaba i, s tim u vezi, izmeniti pozivanja na njih u okviru teksta pravnog propisa“. Pored toga, stav (3) istog člana utvrđuje da od dana izdavanja prečišćenog teksta su svi sudovi i upravni

³³ Zakon o reviziji Ustava Rumunije objavljen je u Službenom listu Rumunije, I deo, broj 669 od 22. septembra 2003. godine, a Ustavni sud je utvrdio njegovu ustavnost svojom odlukom, broj 356/2003, koja je objavljena u Službenom listu Rumunije, I deo, broj 686 od 30. septembra 2003. godine.

³⁴ *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2002*, Ministry of Interior, Den Haag 2002, 31.

³⁵ Poslednja srpska verzija austrijskog ustava objavljena je u: „Савезни уставни закон Републике Аустрије“, превео Н. Петковић, *Права човека* 3-4/2002, 199-281, str. 226.

³⁶ U nemačkom pravu prečišćen tekst najčešće se označava izrazom *Neufassung* (nova verzija).

organi dužni da se u svom radu pridržavaju prečišćenog teksta. U novoj verziji ovog stava propisano je da, po pravilu, nova verzija saveznog zakona (državnog ugovora) stupa na snagu istekom dana proglašenja. Međutim, sam važeći Savezni ustavni zakon predstavlja, ustvari, prečišćen tekst ustava prvobitno donetog 1. oktobra 1920. godine. Prvi prečišćeni tekst objavljen je 1925. godine, a zatim 1929. novi koji i danas ima ulogu izvornog teksta, budući da za razliku od „običnog“ prečišćenog teksta, nova verzija Saveznog ustavnog zakona ima svojstvo ustavnog teksta i zamenjuje prethodni ustavni tekst.

Posebno značajno je i da se u Evropskoj uniji prilikom utvrđivanja prečišćenih tekstova npr. ustavnih ugovora Unije priprema i objavljuje uporedna tablica koja sadrži stare i nove oznake odredbi, tako da se i pored njihovih izmena mogu lakše pratiti izmene i dopune pojedine odredbe.

Uzگرد, da pomenemo da je u Belgiji, promena numeracije i utvrđivanje prečišćenog teksta ustava otvorilo i pitanje karaktera promene ustava kojom je zaokružena reforma iz unitarne u saveznu državu.³⁷ Naime, prema članu 198. Belgijskog ustava, parlament po olakšanom postupku uz sporazum sa kraljem može menjati brojčane oznake članova i nižih sistemskih jedinica unutar njih, kao i delova, glava i odeljaka u koje su članovi raspoređeni, zatim, da usaglasi terminologiju starih ustavnih odredbi sa novim odredbama i da obezbedi međusobnu usaglašenost flamanskog, francuskog i nemačkog teksta ustava.³⁸ Primenom te odredbe, su 17. februara 1994. godine, skoro godinu dana nakon poslednje velike revizije ustava kojom je zaokružen pomenuti proces federalizacije izvršene redakcijske izmene ustavnog teksta, uključujući i prenumeraciju članova.³⁹ Međutim, prenumeracija članova ustava i pravnotehničke intervencije u ustavnom tekstu ipak nisu toliko neuobičajene, a kao primer, pored rumunskog i holandskog ustava, može se navesti ranije pominjani Ustav

³⁷ Navedeno prema: M. Станковић, *Белгијски федерализам*, Београд 2009, 201.

³⁸ Zanimljivo je da je izvorni tekst Ustava od 1830. bio napisan samo na francuskom jeziku iako je u vreme njegovog donošenja 60% stanovništva govorilo flamanskim (*sic!*). *Ibid.*

³⁹ Navedeni autor smatra da, iako se sa materijalne strane može govoriti o totalnoj promeni ustava, sa formalne strane u pitanju je stari ustav. Takav stav potkrepljuje i činjenicom da je „prečišćavanje“ izvršeno godinu dana nakon „prave“ revizije i da je najveći deo izvornih odredaba danas u ustavu. Ovome se može suprotstaviti činjenica da je novi Savezni ustav Švajcarske Konfederacije od 1999. godine, u osnovi, pravnotehnički redigovan tekst Saveznog ustava Švajcarske Konfederacije od 1874. u koji su skladno usklađene sve ranije izmene i dopune i one izvršene samim novim ustavom, pa to ipak ne menja njegovo svojstvo *novog* ustava.

Republike Srpske, odnosno njegov prečišćen tekst od 17. decembra 1992. godine.⁴⁰

Posebne odredbe o utvrđivanju svog prečišćenog teksta sadrži i irski ustav.⁴¹

Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sistem Hrvatskog sabora, prilikom rasprave o izveštaju Ustavnog suda, nije komentarisao problematiku samovlasne promene numeracije.

3.3. Druga neovlašćena zadiranja u tekst Ustava

Međutim, Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sistem parlamenta Hrvatske ne daje odgovor ni na ukazivanje Ustavnog suda o drugim neovlašćenim narušavanjima ustavnog teksta. Čak šta više, Odbor se u svojoj raspravi i na osnovu nje donesenom zaključku na to se pitanje uopšte i ne osvrće. Npr. Ustavni sud u tački 8.1. svog Izveštaja ilustruje neovlašćeno brisanje dela odredbe člana 79. stav 2. koji je uz to postao član 80., tako što su reči: „u skladu sa Ustavom“ prečišćenim tekstovima ustava iz 2001. i 2010. godine izbrisane iako nijedan od akata o promeni ustava nije te reči brisao iz pomenute odredbe.

Uostalom, i profesor Smerdel koji je i spoljni član Odbora u svom članku, objavljenom u Hrvatskoj pravnoj reviji, priznao je da novi prečišćeni tekst u potpunosti ne odgovara tekstu Promene Ustava, te da očekuje da se u međuvremenu, u najmanju ruku objavi njegova ispravka.⁴² Pa ipak, profesor Smerdel će na sednici Odbora izjaviti kako izveštaj Ustavnog suda nema nikakvu obavezujuću snagu, da Ustavni sud nije nadležan da utvrđuje prečišćene tekstove i da je svojim neslužbenim prečišćenim tekstom Ustava,

⁴⁰ Ustav Republike Srpske – prečišćen tekst („Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 21/1992). Sa druge strane, Ustavni sud BiH utvrdio je 1993. godine kao protivustavan „Ustav Republike Bosne i Hercegovine“ iz iste godine, koji je donesen od strane „krmjeg“ Predsedništva pod vidom utvrđivanja prečišćenog teksta Ustava Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine od 1974. godine, budući da su njime neovlašćeno i u nepropisnoj formi menjani celi delovi Ustava. Pa ipak, bošnjački političari nastavili su sa upotrebom „prečišćenog teksta Ustava RBiH“, a mnogi se i danas pozivaju na taj tekst kao „poslednji legalni i legitimni Ustav“ (*sic!*).

⁴¹ Upor. član 25. Ustava Irske od 1. jula 1937. godine – prečišćen tekst od 27. maja 1999. Navedeno prema: *Bunreacht Na hÉireann – Constitution of Ireland*, Dublin 2004.

⁴² B. Smerdel, „Ustav RH nakon ustavnih promjena 2010. godine“, *Hrvatska pravna revija*. Članak je dostupan i na adresi: projektintegracija.pravo.hr/_download/repository/1_AA_HPR_27_VII.doc (posećeno 15. juna 2011.).

upravo sam Ustavni sud ugrozio pravnu sigurnost jer je doveo u pitanje „važnost Ustava što predstavlja potencijalnu opasnost za demokraciju“.⁴³

3.4. Epilog

Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sistem Hrvatskog sabora jednoglasno je doneo zaključak kojim „utvrđuje da je *jedini važeći i valjani* ustavni tekst na snazi pročišćeni tekst Ustava Republike Hrvatske koji je objavljen u „Narodnim novinama“ broj 85/2010 od 9. srpnja 2010. godine“ (podvukao M.T.). Polazeći od tog stava, Odbor je izmenio i tekst predloga Ustavnog zakona o izmeni i dopunama Ustava Republike Hrvatske koji je podnela Vlada, a iz kog su ispuštene odredbe koje bi tekst ustava uskladile sa izveštajem Ustavnog suda.⁴⁴

Pomenuti predlog Ustavnog zakona o izmenama i dopuna Ustava Republike Hrvatske nije dobio potrebnu većinu na sednici Sabora 8. jula 2011. godine, budući da je parlamentarna opozicija tu promenu ocenila kao predizborni trik vladajuće koalicije. U međuvremenu, Sabor je raspušten da bi na izborima u decembru pobeđila tzv. Kukuriku-koalicija.

4. SEDMA PROMENA MAKEDONSKOG USTAVA

U aprilu 2011. godine i Skupština Republike Makedonije (*Собрание на Република Македонија*) usvojila je i proglasila Amandman XXXII na Ustav Republike Makedonije. Ovaj ustav donesen je 17. novembra 1991. godine,⁴⁵ označavajući kraj secesije ove republike iz sastava SFR Jugoslavije. U članu 129. Ustava određeno je da se izmene i dopune makedonskog ustava vrše u formi ustavnog amandmana. Od tada je Ustav

⁴³ Izvješće Odbora za Ustav, Poslovnik i politički sustav o Prijedlogu odluke o pristupanju promjeni Ustava Republike Hrvatske, s Prijedlogom nacrtu Ustavnog zakona o izmjeni i dopunama Ustava Republike Hrvatske, preuzeto sa adrese: www.sabor.hr/Default.aspx?art=39696&sec=3190&dm=2 (posećeno 15. juna 2011.).

⁴⁴ Naime, prema Vladinom „prijedlogu nacrtu“ ustavnog zakona, čl. 3. do 5. ustavnog zakona bi izvršili ispravke brojčanih oznaka pojedinih članova Ustava, a članom 6. ovlastio pomenuti Odbor da utvrdi novi prečišćen tekst Ustava. Vlada je u obrazloženju istakla „Uzimajući u obzir Izvješće Ustavnog suda Republike Hrvatske utvrđeno na sjednici održanoj 23. ožujka 2011. o ustavnopravno neprihvatljivim učincima pročišćenih tekstova Ustava Republike Hrvatske, ustavnih zakona, zakona, drugih propisa i općih akata broj: U-X-1435/2011 koje je objavljeno u „Narodnim novinama“, broj 37/2011., ovaj tekst se predlaže pozivom na izvorne članke Ustava Republike Hrvatske („Narodne novine, br. 56/90.) i na odgovarajuće članke njegovih izmjena i dopuna („Narodne novine, br. 135/97., 113/00., 28/01. i 76/10.“). Vid. *Prijedlog Odluke o pristupanju promjeni Ustava Republike Hrvatske, s Prijedlogom nacrtu Ustavnog zakona o izmjeni i dopuni Ustava Republike Hrvatske*, Vlada RH, Zagreb 2011, 4.

⁴⁵ Prevod ovog ustava na srpski jezik objavljen je u: *Novi ustavi na tlu bivše Jugoslavije*, ur. B. Milinković, Beograd 1995, 127-157.

menjan u šest navrata (1992, 1998, 2001, 2003, 2005. i 2009. godine) sa ukupno 31 amandmanom. Od tih izmena najznačajnije i najobimnije su one koje su proglašene 16. novembra 2001. godine (Amandmani IV-XVIII), kao rezultat tzv. Ohridskog sporazuma kojim je okončan oružani sukob između vladinih snaga i albanskih terorista, bolje rečeno gerile. Drugu značajnu reformu predstavljaju Amandmani XX-XXX, proglašeni 7. decembra 2005. godine, kojima su u potpunosti reformisane ustavne odredbe o sudstvu.⁴⁶

Amandman XXXII je usvojen na sednici Skupštine održanoj 12. aprila i istog dana proglašen čime je i stupio na snagu. Ovim amandmanom utvrđeno je da se makedonskom državljaninu ne može oduzeti državljanstvo, niti se on može proterati iz zemlje. Značajnija novina sadržane je u drugoj rečenici, kojom je određeno da makedonski državljanin ne može biti izdat drugoj državi, osim na osnovu ratifikovanog međunarodnog ugovora i sudskom odlukom. Time je i ova bivša jugoslovenska republika relativizovala ustavne propise o neizdavanju sopstvenih državljana, što su nešto ranije uradile Republika Srbija, Crna Gora i Republika Hrvatska. Inače, iako u korišćenom tekstu amandmana stoji da se tim amandmanom zamenjuje član 4. stav 2. Ustava, čini se da se radi o omašci budući da ta odredba glasi: „Državljanstvo Republike Makedonije uređuje zakon.“, a stav 1. istog člana: „Građani Republike Makedonije imaju državljanstvo Republike Makedonije. Državljaninu Republike Makedonije ne može se oduzeti državljanstvo, niti se on može proterati ili izručiti drugoj državi.“. Dakle, ovim amandmanom trebalo je ukinuti stav 1. člana 4. Ustava.

5. PREDLOZI AMANDMANA NA USTAV CRNE GORE

Crnogorska Vlada je početkom 2011. godine ušla u postupak promene ustava i to delu koji se odnosi na sudove i državna tužilaštva i na Ustavni sud.⁴⁷

Nacrtom amandmana I, kojim bi se zamenio postojeći član 33 Ustava, predviđeno je da „[n]iko ne može biti kažnjen za delo koje, pre nego što je učinjeno, nije bilo propisano zakonom *ili propisom zasnovanim na zakonu* kao kažnjivo delo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena“ (podvukao M.T.). Iako je Vlada Crne Gore predloženo rešenje pokušala da opravda time da postojeća ustavna odredba onemogućava da prekršaji budu propisani i podzakonskim aktom, posebno kada su u pitanju

⁴⁶ Detaljnije: B. Pavlica, „O izmeni makedonskog ustava od 7. decembra 2005.“, u: *Pravo zemalja u regionu*, ur. V. Čolović, Institut za uporedno pravo, Beograd 2010, 485-498.

⁴⁷ Zbog ograničenosti prostora ne možemo bliže razmatrati razloge za promenu Ustava. Više o tome: *Predlog promjene Ustava Crne Gore* (EPA 590-11/11-1) i Mišljenje Venecijanske komisije CDL-AD(2011)010.

odluke jedinica lokalne samouprave, čime se sprečava kažnjavanje radnji protivnih lokalnim propisima, u javnoj raspravi Advokatska komora Crne Gore predložila je zadržavanje postojećeg člana 33 i odbacivanje nacrtu amandmana, dok su Mreža za afirmaciju nevladinog sektora (MANS) i Akcija za ljudska prava, predložile dopunu istog kojom bi se propisalo da se krivična dela i krivične sankcije propisuju samo zakonom, čime bi se očuvalo načelo *Nullum crimen nulla poena sine lege*. U protivnom, KZ koji propisuje to načelo⁴⁸ postao bi neustavan i došlo bi se u apsurdnu situaciju. Pored toga, ako bi se odustalo od postojeće odredbe onda bi se moralo i intervenisati u član 34 Ustava koji poznaje samo blaži zakon.⁴⁹

Najveći deo nacrtu amandmanskog paketa odnosi se na sudstvo, počev od nacrtu amandmana V kojim je određena promena naziva 5. poglavlja trećeg dela Ustava iz „Sud“ u „Sudstvo“. U pogledu položaja sudija, amandmanski paket predviđa da se prestanak sudijske funkcije i razrešenje sa nje obavlja u slučajevima i prema postupku propisanim zakonom, a kao slučaj kada se sudija obavezno razrešava dužnosti nacrtu amandmana VI stav 2 određuje pravosnažnu odluku kojom je osuđen za krivično delo učinjeno zloupotrebom funkcije. Kada je u pitanju predsednik Vrhovnog suda predloženo je nekoliko alternativa njegovog izbora: da ga bira i razrešava parlament na predlog Sudskog saveta, uz prethodno mišljenje Opšte sednice Vrhovnog suda, uz alternativni dodatak da se izbor vrši između tri kandidata; ili da ga bira Sudski savet dvotrećinskom većinom na predlog Opšte sednice Vrhovnog suda. Kada je u pitanju izbor od strane Skupštine predložene su tri većine: obična, kvalifikovana i dvotrećinska. Kada su u pitanju ovlašćeni predlagači umesto sadašnjeg rešenja (čla 124 stav 3) po kome kandidata zajednički predlažu šef države, premjer i predsednik Skupštine, prema nacrtu predlog bi davao Sudski savet uz prethodno mišljenje Opšte sednice Vrhovnog suda. Određeno je i da isto lice najviše dva puta može biti birano. Nacrtom amandmana VIII kojim bi se zamenio član 127 Ustava, precizirano je da u sastavu Sudskog saveta, četvoro sudija, koje bira i razrešava Konferencija sudija, ne mogu biti iz reda predsednika sudova, a da je predsednik Vrhovnog suda član Saveta po položaju, ali ne više i njegov predsednik, koji se sada bira dvotrećinskom većinom glasova svih članova, ali ne može biti predsednik Vrhovnog suda, ministar pravde i poslanik. U pogledu nadležnosti nema izmena (sem ako se prihvati izbor troje sudija

⁴⁸ Član 2 Krivičnog zakonika („Službeni list RCG“, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, „Službeni list CG“, br. 40/2008, 25/2010 i 32/2011).

⁴⁹ Naravno, ovo se može rešiti i tumačenjem da pojam „zakon“ u pomenutoj odredbi označava svako pravno pravilo, što nije nepoznato u uporednoj praksi. Kod nas je takav primer član 3. stav 1. Ustava Republike Srbije od 1990. koji je predviđao da „[u] Republici Srbiji je slobodno sve što Ustavom i zakonom nije zabranjeno“.

Ustavnog suda), a određeni su slučajevi kada ministar pravde ne glasa, i predviđeno da je glas predsednika Saveta odlučujući.

Nacrtom amandmana na Ustav, u pogledu državnog tužilaštva predviđene su izmene u pogledu načina izbora vrhovnog državnog tužioca, rukovodilaca državnih tužilaštava i državnih tužilaca, Ustavom bi se utvrdili uslovi i način imenovanja vrhovnog i drugih državnih tužilaca kao i uslovi za razrešenje od dužnosti, a nadležnosti, sastav i mandat Tužilačkog saveta postali bi ustavna materija. Prema predloženom, vrhovnog državnog tužioca imenovala bi Skupština, na predlog Tužilačkog saveta, a nacrtom amandmana III, Skupština bi to činila većinom glasova svih poslanika,⁵⁰ dok je alternativom istog amandmana predviđeno zadržavanje postojećeg rešenja, odnosno Skupština bi o tome odlučivala većinom glasova prisutnih poslanika na sednici kojoj prisustvuje više od polovine ukupnog broja poslanika. Prema alternativni Amandmana X, vrhovnog državnog tužioca imenovao bi Tužilački savet dvotrećinskom većinom glasova, na predlog Proširene sednice Vrhovnog državnog tužilaštva.⁵¹ Isto lice moglo bi da bude imenovana najviše dva puta. Kada su u pitanju rukovodioci državnih tužilaštava i državni tužioci, nacrtom amandmana XII određeno je da njih bira i razrešava Tužilački savet, dok je po pitanju zamenika državnih tužilaca, predloženi paket nedorečen. U pogledu trajanja mandata, vrhovni državni tužilac i rukovodioci državnih tužilaštava (alternativno: državni tužioci) imenuju se na period od 5 godina, dok je funkcija zamenika državnog tužioca stalna. U pogledu prestanka funkcije i razrešenja od dužnosti predviđeno je da se to uređuje zakonom, dok je posebnim stavom određeno da se razrešenje od dužnosti vrši u slučaju pravosnažne odluke o osudi za krivično delo učinjeno zloupotrebom funkcije. Ove, kao i druge imunitetske poslove obavljao bi Tužilački savet. Nacrtom amandmana XI predviđeno je da ovo telo čine predsednik i devet članova i to: vrhovni državni tužilac, četiri državna tužioca koje bira ranije pomenuta Proširena sednica, dva poslanika iz reda većine i opozicije, dva (alternativno jedan) pravna stručnjaka koje imenuje šef države, predstavnik Ministarstva pravde. Predsednika Saveta koji ima odlučujući glas, birali bi iz reda članova koji nisu državni tužioci i to dvotrećinskom većinom od ukupnog broja članova Tužilačkog saveta. Mandat Tužilačkog saveta bio bi četiri godine.

Kada je reč o Ustavnom sudu, amandmanskim paketom predevidena je, pre svega, promena načina izbora predsednika i sudija Ustavnog suda koje je do sada, saglasno članu 82 tačka 13) Ustava, birala Skupština na

⁵⁰ Postoji i alternativni predlog prema kome bi se tražilo i prethodno mišljenje Proširene sednice Vrhovnog državnog tužilaštva.

⁵¹ Inače ni Ustav ni nacrt amandmana I do XV na Ustav ne sadrže bliže odredbe o Proširenoj sednici Vrhovnog državnog tužilaštva niti o tome ko ulazi u njen sastav.

predlog šefa države, pri čemu je predsednik Crne Gore predlagao i predsednika Ustavnog suda.⁵² Po modelu italijanskog ustava iz 1947. i Ustava Srbije od 2006. nacrtom amandmana XV stav 4 predviđen je mešoviti izbor sudija, tako što bi po troje sudija birali, odnosno imenovali, Skupština, predsednik države i Sudski savet. Alternativno rešenje ovog amandmana podrazumeva da Skupština Crne Gore bira četvoro, a Sudski savet troje sudija Ustavnog suda, dok bi predsednik Crne Gore imenovao dvoje. Nacrtom amandmana XV stav 5, opet po ugledu na član 172. stav 5. Ustava Republike Srbije, uvodi se još jedan, starosni kriterijum za kandidate za sudiju Ustavnog suda i to najmanje četrdeset godina života.⁵³ Za razliku od postojećeg rešenja, sudije Ustavnog suda dobile bi i mogućnost jednog ponovnog izbora, a istim amandmanom predviđeno je i da „[s]udija Ustavnog suda kome je istekao mandmat nastavlja da vrši funkciju do izbora, odnosno imenovanja sudije, a najduže šest meseci“.⁵⁴ S obzirom na promenjen način izbora predloženo je da predsednika Ustavnog suda biraju među sobom same sudije, na mandat od tri godine pri čemu isti sudija može samo jednom biti biran na taj položaj. Kada je u pitanju odlučivanje Ustavnog suda, nacrtom amandmana XIV predviđena je dopuna člana 151 Ustava, prema kojoj bi o ustavnim žalbama Ustavni sud odlučivao u veću od troje sudija, a odluke bi se donosile jednoglasno i u punom sastavu. U slučaju da veće ne postigne saglasnost, odlučivao bi Ustavni sud većinom glasova svih sudija, kao i do sada. U pogledu predloženih izmena, Ustavni sud je Odboru za ustavna pitanja i zakonodavstvo crnogorskog parlamenta dostavio svoje mišljenje, sugestije i predloge,⁵⁵ u kojem je istakao da smatra kako ne treba menjati način izbora sudija Ustavnog suda na predloženi način, te da treba zadržati postojeće rešenje. U tom smislu, Ustavni sud ističe da je u većini drugih zemalja bivše Jugoslavije prihvaćena neka varijanta parlamentarnog izbora, sa izuzetkom Srbije u kojoj se mešoviti sistem izbora i imenovanja „u praksi pokazao problematičnim i nedjelotvornim“. Pored mišljenja o nacrtu, Ustavni sud predložio je i promenu svoje nadležnosti⁵⁶ iz koje bi se izostavila ocena saglasnosti opštih akata jer je to rešenje anahrono i nije primereno ustavnom sudstvu, pa Ustavom treba predvideti da Ustavni sud odlučuje o saglasnosti drugih propisa sa Ustavom i zakonom. Takođe, rešavanje sukoba nadležnosti kao njegovu nadležnost treba svesti na rešavanje sukoba nadležnosti između organa zakonodavne, izvršne i sudske

⁵² Član 95 tačka 5) Ustava Crne Gore („Službeni list CG“, broj 1/2007)

⁵³ Pored postojećih da se radi o istaknutom pravniku i 15 godina iskustva u pravnoj struci.

⁵⁴ Ovo rešenje preuzeto je iz člana 122. stav 1. Ustava Republike Hrvatske. U Hrvatskoj je ono uvedeno Promenom Ustava iz 2010. godine, kojim je predviđeno da se mandat sudije Ustavnog suda produžava do stupanja na dužnost novog sudije ako on nije izabran odnosno nije stupio na dužnost, a najduže šest meseci.

⁵⁵ Su. br. 813/2011 od 18. oktobra 2011. godine.

⁵⁶ Konkretno, člana 149 stav 1 tačka 2) Ustava.

vlasti.⁵⁷ Na kraju, predlaže se i dopuna člana 152 stav 1 Ustava kojom bi se postojećoj normi koja određuje da zakon odnosno drugi propis prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda, dodala dopuna „ako Ustavni sud ne odredi drugi rok“.⁵⁸

Nacrtom amandmana XIII, predviđena je dopuna člana 144 kojom bi se predvidelo da predsednik i članovi Senata Državne revizorske institucije uživaju funkcionalni imunitet i da ne mogu biti pozvani na odgovornost, osim kada je u pitanju krivično delo, za dato mišljenje ili odluku donetu u vršenju funkcije.

Grupa opozicionih poslanika je 12. VII 2011. podnela predlog za promenu Ustava Crne Gore.⁵⁹ Predlaže se dodavanje člana 4a kojim bi se pored postojeće zastave odredila narodna zastava i to crveno-plavetno-bela trobojka; dodavanje člana 13a kojim bi se kao službeni jezik uveo i jezik kojim govori najveći broj građana Crne Gore; dopuna člana 33 kojom bi se predvidelo nezastarevanje krivičnih dela organizovanog kriminala i korupcije;⁶⁰ izmena člana 45 stav 1 kojim bi se kao uslov za biračko pravo umesto najmanje dve godine prebivališta postavilo samo postojanje prebivališta u Crnoj Gori; promena člana 75 kojom bi se propisalo obavezno i besplatno školovanje do sticanja prvog zvanja/kvalifikacije; preciziranje odredbe o zastupljenosti manjinskih naroda i drugih manjinskih nacionalnih zajednica u predstavničkim telima; izmena člana 93 st. 1 i 2 kojima bi 6.000 birača dobilo položaj ovlašćenog predlagача zakona i dr. propisa; uvođenje dvotrećinske većine za izbor članova Sudskog saveta, predsednika Vrhovnog suda, ombudsmana i vrhovnog državnog tužioca; predlog da Skupština bira sve članove Sudskog saveta; i promena člana 157 kojim bi se od ustavotvornog referenduma izuzeli čl. 45 (biračko pravo) i 157 (obligatorni ustavotvorni referendum). Naime, potvrda na referendumu zahteva se za devet nabrojanih članova Ustava, a za potvrđivanje se traži neuobičajeno visok zahtev – tri petine svih birača (*sic!*).

⁵⁷ Postojeće rešenje (član 149 stav 1 tačka 5) Ustava) predviđa da Ustavni sud odlučuje o sukobu nadležnosti između sudova i dr. državnih organa, između državnih organa i organa jedinica lokalne samouprave i između organa jedinica lokalne samouprave.

⁵⁸ U Srbiji je dopunama člana 58. Zakona o Ustavnom sudu („Službeni glasnik RS“, br. 109/2007 i 99/2011) stavom 4. prema kojoj „Ustavni sud može posebnim rešenjem odložiti objavljivanje svoje odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“, ali najduže šest meseci od dana njenog donošenja.“

⁵⁹ Dokument je u parlamentu označen kao EPA 635 XXIV.

⁶⁰ Upor. član 31. stav 4. Ustava Republike Hrvatske.

6. OSVRT NA NEKE OD PRIKAZANIH USTAVNIH PROMENA I NAJAVE ISTIH U DRUGIM ZEMLJAMA

Donošenje novog mađarskog ustava rezultat je trenutnog odnosa političkih snaga, u kojima vladajuća parlamentarna većina ima apsolutnu prevlast kao rezultat katastrofalnih rezultata sadašnje opozicije na prethodnoj vlasti, koju su birači kaznili praktičnim nestankom socijalista u Narodnoj skupštini. Iz analiziranog se da izvući zaključak da, iako ustav unosi izmene u pravni poredak zasnovan na Ustavu od 1949. godine, njegova politička pozadina je, ipak, vidljiva. Da li će Osnovni zakon Mađarske ovoj zemlji doneti napredak i dalje unaprediti njen pravni poredak, ili će ostati neiskorišćen potencijal izgubljen u ogorčenim političkim borbama zavisice, opet, od političkih aktera. Osnovni zakon Mađarske u pogledu naziva i pojedinih formulacija inspirisan je nemačkim Osnovnim zakonom, dok je po izrazito naglašenom nacionalnom karakteru države, i posebno preambuli uporediv sa Ustavom Republike Hrvatske. U oči stupanja na snagu donet je i poseban ustavni zakon u kome su sadržavne prelazne i završne odredbe novog ustava. Samo stupanje na snagu novog ustava, u novogodišnjoj noći ali i danima koji su usledili obeležili su protesti protivnika novog ustava i rešenja koje je on doneo. Pojedini autori u donošenju novog ustava videli su „netipični pokušaj“ izlaska iz duboke krize u kojoj se našla mađarska država.⁶¹

Iako je deo stručne javnosti u Republici Srpskoj, verovatno pod utiskom dve decenije važenja postojećeg ustava stao na stanovište da je važeći osnovni zakon Srpske „stabilan i dugoročan“,⁶² novi predsednik Ustavnog suda i dugogodišnji ministar pravde, Džerard Selman izjavio je da je vreme da se pristupi donošenju novog Ustava Republike Srpske iako se to neće desiti odmah, a njegovu inicijativu je podržao i predsednik Narodne skupštine koji je, međutim, izrazio sumnju da je tako nešto moguće u trenutnim okolnostima s obzirom na opstrukcije u Veću naroda.⁶³

Dešavanja u Hrvatskoj, a posebno izveštaj Ustavnog suda i rasprava o njemu u Odboru za Ustav, Poslovnik i politički sistem Hrvatskog sabora, samo su vidljiv rezultat dugogodišnje loše prakse, ali i pokazatelj varljivog uspeha hrvatske tranzicije ka pravnoj državi kao „temeljnoj vrednosti“

⁶¹ M. Đurković, „Mađarska: Orbanov netipični pokušaj izlaska iz krize“, *Međunarodni problemi* 2/2011, str. 297-319.

⁶² SRNA, „Ustav Srpske demokratski i stabilan“, dostupno na: www.presrs.ba/sr/vesti_dana/story/11165/Ustav+Srpske+demokratski+i+stabilan.html (posećeno: 5.7.2012.)

⁶³ D. Šajinović, „Intervju Džerard Selman: RS treba novi ustav“, dostupno na: www.nezavisne.com/novosti/intervju/Dzerard-Selman-RS-treba-novi-ustav-144182.html (posećeno: 6.7.2012.)

hrvatskog Ustava. Ovo tim pre, što je spor nastao oko jednog *tehničkog* pitanja. Ako se ovi događaji stave u kontekst skorog završetka hrvatskog putovanja u okrilje EU, onda se opravdano može staviti pod znak pitanja i kredibilitet Evropske unije koja u članstvo prima zemlju u kojoj se Ustavni sud ignoriše od strane političkog establišmenta zaogrnutog velom zakonodavca, pa čak stavlja na stub srama kao da je u pitanju grupa neukih čiji je zadatak rušenje demokratije (*sic!*) Iako se od novog saziva Sabora očekivalo da reši problem prečišćenog ustavnog teksta, hrvatski parlament po tom pitanju nije ništa preduzeo. Sa druge strane, Ustavni sud je iznova, koristeći se svojim ovlašćenjem da prati i izveštava, objavio izveštaj kojim je osporio praksu da se organskim, pa i običnim zakonima daje epitet ustavni iako se ne radi o ustavnim zakonima.

Kako je primećeno među poslenicima nauke ustavnog prava, „[u]stav i sve u vezi s njim, a njegova promena ponajviše, jeste način da se pokaže kakvo je društvo, i kakva je u njemu vlast koja vlada i kako i koliko mogu građani koji pod njom žive.“⁶⁴ „Najbolji ustav“, pisao je Milovan Milovanović, pisac Radikalskog ustava, „za svaku državu je onaj ustav koji najbolje raspoređuje njezine društvene političke snage tako, da svaka od njih što više i što korisnije radi na postignuću opšteg državnog cilja.“⁶⁵ Naposletku, može se zaključiti da mnoge zemlje ovog dela Evrope ni izbliza nisu okončale svoj put ka državi u kojoj je ustav konačni autoritet, a da njihovi osnovni zakoni pate od hroničnog nedostatka delotvornosti.

⁶⁴ O. Вучић, *op. cit.*, 14.

⁶⁵ М. Ђ. Миловановић, *op. cit.*, 219.

Mladen Tišma
Faculty of Law University of Belgrade

CONSTITUTIONAL CHANGES IN THE REGION

Hungary, Serbia's northern neighbor, get its second written constitution – Fundamental Law of Hungary replacing previous adopted in 1949. In heated atmosphere of constitutional reform in BIH, during 2011 the Republic of Srpska adopted 122nd Amendment to the Constitution, but new amendments. Although Croatia somehow adopted Revision of the Constitution in 2010, country has fallen into some kind of silent constitutional crisis that culminated when the Constitutional Court of the Republic of Croatia refused to accept the consolidated text of the Constitution de facto declaring it to be unconstitutional. In the meantime, process for the new constitutional revision started but ended soon without result. In the former Yugoslav Republic of Macedonia provision concerning ban of extradition of nationals to foreign countries in the Constitution of 1991 has been amended by the 32nd Amendment. Montenegro has started amendment process in early 2011 but conflict with opposition over “identity issues” has prevented adoption of constitutional amendments.

Key words: *constitution, constitutional changes, South-East Europe, constitutional act, constitutional amendment*

ISLAMIC CONSTITUTIONALISM IN IRANIAN WAY

In this paper the author focuses his attention on constitutional system of Islamic Republic of Iran. There are many reasons for that and for the purpose of this paper they are divided into two groups: geopolitical and constitutional. With regard to the second group of reasons, to which the most part of the paper is devoted, it is pointed that the Islamic Republic of Iran is especially remarkable state among the states in which the principles of Islam are seen throughout the entire constitutional government. It is specific type of Islamic constitutionalism and for that the author also discussed the essence of Islamic constitutionalism (and its forms) through its relationship with the notion of constitutionalism. Main part of the paper contains the basics of the constitutional organization of the Islamic Republic of Iran according to the Constitution from 1979, revised in 1989.

Key words: *Islamic constitutionalism, Constitutionalism, Imam (Leader), Nation's Exigency Council, Guardian Council, Sharia law, Jafari legal school.*

I INTRODUCTORY PART

There are many reasons that make the constitutional government of the Islamic Republic of Iran draw attention of both, those who professionally deal with the theory and practice of the constitutional law, and broader scientific community. For the purpose of this paper we shall divide these reasons into two groups: geo-political and constitutional.

* Associate Professor, University for Business Engineering and Management Banja Luka.

Regarding the reasons from the first group we should first point out the geographical position of Iran. It is situated between Iraq and Turkey in the west, Afghanistan and Pakistan in the east, and Saudi Arabia and Kuwait in the south, from which it is separated by one of the strategically most important bays in the world – the Persian Gulf. In the north Iran shares its borders with the former Soviet Republics: Armenia, Azerbaijan and Turkmenistan, and touches the shores of the Caspian Sea with its north border. Such a position makes this country very important in geo-strategic sense for those who lead world politics. The importance, but also the strength of Iran, results not only from the above mentioned reasons, but also from the fact that it is a country with an area of 1.648 000 km², which places it among twenty the largest countries in the world. According to the census that took place in 2006 Iranian population is 70. 495 782, of which the Persians make up 51%, Azeri 24%, Gilakis and Mazandarins 8%, Kurds 7%, Arabs 3%, Lurs 2%, Baluchis 2%, Turkmen 2% and others 1%. The territory of Iran holds near 16% of the world gas reserves and 10% of the world oil reserves. If these data are added to those concerning Iran's nuclear program, that makes us all witness the strong tensions between Iran and the West, it is not hard to see the importance of the Iranian country for the world politics, for both, the present and the future.

The second group of reasons that draw attention to the constitutional government of Iran is made up of reasons considering the constitutional nature. In the periodization of the development of constitutionality in the world, the theory of constitutional law emphasizes that after the World War II, during the period of so-called constitutionality of socialist countries, social-democratic constitutionality and constitutionality of the third world, among the countries of the third world „...there are many examples of original organizational solutions within the constitution, but none of them has not become the role model“. The exceptions to the general conclusion, as further emphasized, „... may be the constitutions that regain the native principles of Islam“. Special group of such countries consists of those „...in which the principles of Islam are seen throughout the entire constitutional government...“¹ Among such countries especially remarkable is the Islamic Republic of Iran. According to another typology that refers to the notion of Islamic constitutionalism, and due to the overall presence of Islam in its constitutional order, the constitutional system of this country is classified as so-called *dominant constitutionalism* whose main characteristic is to use the constitution to incorporate the Islamic law as the supreme law of the country.² However, it is not only the overall presence of Islamic law what

¹ Ratko Markovic: *Ustavno pravo i političke institucije*, eleventh improved and updated edition, Belgrade, 2006, p.88.

² Intisar A. Rabb: “We the Jurists”: Islamic Constitutionalism in Iraq, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 10:3, March 008, p.531.

makes the constitutional system of this country unique in the world, but also the way in which, in constitutional sense, the relationship between Islam and the entire legal system of Iran was set up. Therefore, the constitutional system of Iran, as far as the presence of Islamic law is concerned, does not differ from the constitutional system of, for example, the Kingdom of Saudi Arabia, considering the fact that the entire legal system of this country is also filled with the Islamic law. The best evidence of this is the fact that the very first Article of Saudi Arabia Basic Law of Government prescribes that Quran and the Sunnah of Prophet Mohammed are the constitution of this country.³ However, if we leave aside the fact that Saudi Arabia is the country of Sunni Islam while Iran is the country of Shia Islam (with Hanbali and Jafari schools as leading schools of law respectively), the thing that makes difference between the constitutional government of Iran and of Saudi Arabia is a special mechanism of establishing and implementing law, that does not exist in other countries which have incorporated Islamic law into their constitutions in one way or another. Therefore, this is what makes this country special compared to the rest of Islamic world, as well as worth of attention. The same was used as the reason for the title of this paper, due to a specific type of Islamic constitutionalism.

What we deal with here is the notion whose meaning causes great disagreements within the constitutional law, particularly its variants used by the west and those present in the Islamic world. As all this is about the notion whose meaning is needed in order to understand the notion of the Iranian constitutionalism we shall first discuss the essence of Islamic constitutionalism (and its forms) through its relationship with the notion of constitutionalism. After that, within the part related to the Iranian constitutionalism, the discussion shall be devoted to the presentation and analysis of the relevant provisions contained within the current constitution of the Islamic Republic of Iran, on the basis of which the appropriate image of the specifics of the country's constitutional order may be acquired. In the end of this paper we shall give our concluding remarks.

II CONSTITUTIONALISM VS. ISLAMIC CONSTITUTIONALISM

In the theory of constitutional law, both in European and Anglo-American version, the constitutionalism is determined in a multiple way. So it is said that it encompasses (our italics in the text):

„1. *A set of political theories* which have one thing in common - the fact that they, beginning with the principles of the national sovereignty,

³ This basic Law was passed by the King of Saudi Arabia, Fahd bin Abdul Aziz by decree from January 31st, 1992.

grounded on ideas of natural rights, demand from the public authorities to perform their functions in such a way to comply with restrictions and legal procedures established by the constitution and the law, as well as to act in the interest of individual members of a political community;

2. *system of constitutional institutions* aimed at the actualization of the constitutional government, via restrictions and mutual surveillance of all authorities in the country, based on the implementation of the powers separation principle, independence of the judicial powers, decentralization and local self-government, and constitutional guarantees to protect human rights and fundamental freedoms;

3. *genuine democratic political system (real or live constitution)* which mainly acts in accordance with the given principles and institutional solutions derived from them. Within such a system the government is established on the voters confidence shown during the elections. It is accountable to the people and assemblies elected by the people. Citizens have a constitutional right and real possibility of peacefully dismissing power holders in the general elections. This is the minimum requirement that must be met in order to determine a country as democratic.⁴

Louis Henkin defines constitutionalism as constituting the following elements: (1) government according to the constitution, (2) separation of power, (3) sovereignty of the people and democratic government, (4) constitutional review, (5) independent judiciary, (6) limited government subject to a bill of individual rights, (7) controlling the police, (8) civilian control of the military, and (9) no state power, or very limited and strictly circumscribed state power, to suspend the operation of some parts of, or the entire, constitution.⁵

What can be noticed from the quoted is the fact that constitutionalism of the Western provenance implies constitutionality, rule of law and democratic political system, which ensures „...the restrictions of the power in the interest of the freedom.“⁶ Constitutionality implies the obligation of all holders of public authority to comply with the constitution and the law while exercising their duties. Rule of law is the notion greater than the notion of constitutionality, since its requests are not followed during the implementation of constitutionality and legality only, but they also prescribe that laws and other regulations must have a specific content, that is, specific characteristics, and that there must be institutional and procedural guarantees

⁴ Branko Smerdel, Smiljko Sokol: Ustavno pravo, Zagreb, 2006, p.49.

⁵ Louis Henkin: Elements of Constitutionalism, Occasional Paper Series, Center for the Study of Human Rights, Columbia University, 1994.

⁶ Ratko Markovic: Ustavno pravo, fifteenth updated edition, Belgrade, 2011, p.59.

that ensure human safety and freedoms.⁷ A man and his human rights and freedoms (their legal guarantee and effective mechanisms of realization and protection) are, therefore, one of the most important elements within the notion of constitutionalism, whereby these rights and freedoms (both, their contents and realization) are not legally related to religion.

Such an understanding of constitutionalism, and its elements, clearly separates it from the notion of Islamic constitutionalism. In order to explain the later notion it is very important to have in mind its fulfillment with Sharia law and Islam as religion. We point this out for three reasons. As we shall see from the presentation below, this notion cannot be said to be limited merely to the constitutionality, without being concerned about the purpose and the content of a state. It does so, but in a way that does not match the understanding of the purpose and content of a state and its law dominating in the understanding of constitutionalism by European-continental and Anglo-American legal civilization. Therefore, what these notions have in common is that they are not depleted of values. However, values that constitute the notion of constitutionalism are, especially legally observed, deprived of any religious influence which is even considered undesirable (the separation of state and religion). Still, when it comes to Islamic constitutionalism things are quite different, due to its content which is simply inconceivable without Islam as a basic component and its inherent religious law.

This type of constitutionalism also knows and acknowledges the human rights, but its implementation, when it comes to other religions, is guaranteed under the condition that those individuals, that is organizations to which they belong, avoid activities against Islam (which is prescribed by a proverb in the Article 14 of the Iranian Constitution).

Finally, in the field of democracy the Islamic constitutionalism does not allow different opinions when it comes to the organization of state and society based on the foundations of Islam and Sharia law, because they are considered absolute values which are undeniable. Therefore, this is where the prefix „Islamic“ in the name of this notion comes from. On one side it shows the unbreakable bond between religion (and its inherent law) and the organization of the state and society by using the law. Still, on the other hand, it can be seen from the very name that this is not the constitutionalism present in the theory and practice of the area in which we live. That is why the foreign literature says that the Islamic constitutionalism means „...the

⁷ Kosta Čavoški: *Pravo kao umeće slobode, ogleđ o vladavini prava*, Belgrade, 2005, p.125.

governmental structure with restricted powers where the written constitution determines Islamic law as a source of law.⁸

Based on analysis of comparative practice, for the purpose of this paper, we shall divide all countries belonging to the world of Islamic constitutionalism into four groups. Saudi Arabia after 1992 belongs to the first group. The second, and the largest one, is made up of several countries, such as Bahrain, United Arab Emirates, Qatar, Kuwait, Maldives, Mauritania, Oman, Sudan, Iraq, Egypt. We shall put Pakistan in the third group and the Islamic Republic of Iran into the fourth one. What all these countries have in common and what makes them part of the world of Islamic constitutionalism is the fact that constitutional document of each of them prescribes Islam as an official religion, and its rules to be the source of law.

The first group of such countries is made up of Saudi Arabia. This state was singled out into a special group since it is prescribed in its constitutional document only (the Basic Law of Governance made in 1992) that the Quran and the Sunnah of the Prophet Mohammed represent the constitution of this state (Article 1 of the Basic Law). This is the specificity of this state's organization compared to other states belonging to the Islamic world. Given the fact that the Quran and the Sunnah only make the constitution, the Article 48 of the Basic Law determines the obligation of each court to apply Sharia law in resolving all disputes brought before them, in compliance with the Quran and the Sunnah. True, this provision also prescribes the obligation of courts to resolve disputes in accordance with the regulations brought by Saudi ruler, provided they are not contrary to the Quran and the Sunnah.

The second group of states is the largest and it is characterized by heterogeneity of solutions used by the constitutions of these states to provide the obligation to harmonize laws and other regulations with Islam and Sharia law. However, there is something in common to be found even in such a variety. Namely, in essence, each of them determines Islam as the official religion, while Sharia law is determined as *the main source of law*, and the highest courts of these states are entrusted to decide if the laws and other regulations are in compliance with the constitution. Thus the evaluation of constitutionality means the evaluation of harmonization of the relevant regulations with Islam and Sharia law. This solution, in the essential parts, is found in the constitution of states that make this group (*Jemen* – Art. 3 and 124 of the Constitution, *Oman* – Art. 2 and 79 of the Constitution, *United Arab Emirates* – Art. 7 and 101 of the Constitution, *Bahrain* – Art. 2 and 106 of the Constitution, *Qatar* – Art. 1 and 140 of the Constitution, *Kuwait* –

⁸ Intisar A. Rabb: *Ibidem*, p. 528.

Art. 2 and 173 of the Constitution, *Maldives* – Art. 70c, 95, 143, 144 and 145 of the Constitution, *Mauritania* – Article 86 of the Constitution, *Sudan* – Art. 65 and 105 of the Constitution, *Iraq* – Art. 2 and 93 of the Constitution, *Egypt* – Art. 2 and 175 of the Constitution).

The third group of states that belong to the world of the Islamic constitutionalism is made up of Pakistan. The Article 203C of the Constitution of this state (Part seven, Chapter 3A) determined the establishment of the Federal Shariat Court. If it finds that the law or some of its provisions are against Quran or Sunnahh, that law, or that provision, shall cease to be valid.

Finally, the fourth group includes the Islamic Republic of Iran, whose constitutional solutions we shall present in the appropriate place below. However, before we do so, it is necessary to explain, at least in few lines only, why each of the states that belong to the world of the Islamic constitutionalism is characterized by the attachment to Islam and Sharia law. This connection exists because Islam and on it based Sharia law represent a comprehensive system of rules (religious, moral and legal) that regulate the overall life of an Islamic man and society. Within this system Quran represents the source of all rules of the human life, which must not be contradicted nor put in doubt. Quran, as the supreme legal source, contains perfect, final and unchangeable rules on what is permitted to a man (halal) and what is prohibited (haram). So set rules a man must not dismiss even if the wisdom of the certain rule is not obvious.

However, regarding this, the fact is that at the time of publication of Quran (which took 23 years), and after that while the Prophet Mohammed was still alive (he died in 632) there was a whole series of life situations for which Quran could not have offered clear solutions. The reason for this lies in the fact that, out of 6236 verses of Quran divided into 114 suras, there are only 500 verses which contain solutions that might be called legal. Still, legal solutions within these verses cannot be easily seen and must be *revealed*. The need to reveal the meaning of some verses arose during the lifetime of the Prophet Mohammed. This resulted in creating Sunnahh, as another source of Sharia law. Although Quran and Sunnahh are the supreme sources of Sharia law, it is a historical fact that disputes arisen from the new social relations, after the death of the Prophet Mohammed, should have been resolved by not only interpreting those sources, but also by creating new rules whenever the relevant ones could not have been found within Quran and Sunnahh. Islamic jurists devoted themselves to this job, and created numerous legal schools in time, of which only a few remained today.

III THE BASICS OF THE CONSTITUTIONAL ORGANIZATION OF THE ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN ACCORDING TO THE CONSTITUTION ESTABLISHED IN 1979, REVISED IN 1989

III 1. The religious roots of the ideology of an absolute theocratic rule as a ground for the current solutions on the constitutional organization of the Islamic Republic of Iran

The period that preceded to the Islamic Revolution is characterized by the discrepancy between what was prescribed in the Basic Law of Persia of 1906 and its Amendments in 1907 and what the situation of the state's legal life was really like. The essence of this gap between the normative and the actual lied in the fact that, during the reign of the Mohammad Reza Pahlavi especially, the Shah was inclined to the manipulation, relying on the army which he tried to keep under his control, as well as on the Iranian secret service SAVAK. Reforms conducted by the Shah in 1963, known as the "White Revolution", referring to the reform of a land, elimination of illiteracy and giving the women the right to vote, accompanied by his arbitrary reign, intensified the discontent all around the state. It was expressed by the intellectuals who sought democratic reforms, but also by religious leaders. One of them, Ayatollah Khomeini, as the opponent of the regime went into exile, staying first in Iraqi city of Najaf from 1965 to 1978, and then in France from 1978 until his return to Iran on February 1st, 1979. During his stay in Najaf Khomeini created his own ideology of the absolute theocratic reign⁹, under the leadership of a supreme leader, which was defined by the Constitution of the Islamic Republic of Iran dating from 1979 (adopted on October 24th, 1979). Considering the role of the leader in the functioning of the constitutional system of Iran, which was prominent just before and during the constitutional revision in 1989, in this section we shall give a short overview of the religious roots of this ideology. The Shiite Islam appoints special position to the institution of *Imam*, whereby this notion should be distinguished from the notion imam usually used in our country meaning the prayer leader of the Muslims. Shiites believe that Imam is the successor of the Prophet Mohammed, which is why Imam has a special religious role. According to the belief of Shiite, Imam is flawless since God saves him from the sins and mistakes, and that is why Imam's decisions on religious and secular matters are considered impeccable. In order to understand the position of Imams in Iran, which was of special significance prior to the revision of the Iranian Constitution in 1989, it is necessary to have in mind the importance of the Shiite teaching that Imam has a special ability of revealing the secret meanings of Quran. This ability allows him to

⁹ See more on this ideology in the book by Oliver Potezica: *Islamska republika Imama Homeinija: Pojam suverenosti u delima Imama Homeinija*, Belgrade, 2006.

interpret the texts of Quran in a manner that takes into account the daily changing circumstances of the community life. Imam, therefore, represents central, political and legal figure of the system. This position of Imam is the base of Khomeini's ideology of absolute theocratic reign.

III 2. The importance of the Preamble of the Constitution of Iran

The Islamic Republic of Iran belongs to a few states worldwide in which the Preamble of the Constitution is of a great significance for its normative part. Such importance of the Preamble of this Constitution is not to be a surprise if we bear in mind the fact that this Preamble (after its introductory part which describes the history of the Islamic Revolution in Iran) laid foundations of the entire constitutional system of Iran (of all its constitutional institutions and organs) imbued with the Sharia law. Although this part of the Constitution has not been nomotechnically divided into Articles there is no doubt that these are *normative statements*, considering their content, later only verified through the relevant solutions in the normative part of the Constitution.

For this opportunity we shall single out several parts of this Preamble. Thus, under the title "Islamic Government" it is prescribed that this form of government is based on the "religious guardianship" (*Velayat Faqiye*) established by Imam Khomeini. This provision of the Preamble is the result of the fact that Imam is a central, political and legal figure of the entire Iranian system for the reasons previously given. Such a position of Imam has been confirmed once again within the Preamble where it is determined that the Constitution provides the leadership by Imam as a person recognized by the people, whose function is protection of the state and the society from various deviations that might be caused by different organizations. These provisions of the Preamble are the legal base for several provisions of the normative part of the Iranian Constitution:

- Article 5 which defines Imam as a community leader,
- Article 57 which first determines that the powers of government in the Islamic Republic are vested in the legislature, the executive powers and the judiciary, and then that they all function under the supervision of Imam,
- Article 91 according to which Imam selects six judges for the Guardian Council which, as we shall see, plays a very important role in the establishment of the legislation,
- Article 112 according to which the Nation's Exigency Council meets on the call of Imam. This body, included into a constitutional system of Iran

by the constitutional revision from 1989, has a very important role, which shall be discussed in the appropriate place below,

- Article 157 which provides Imam with the competence of appointing mujtahid, an institution established by the constitutional revision in 1989. The holder of this function is the head of judicial power in Iran,

- Article 177 which determines the procedure for amending the Constitution of Iran, which is run after Imam issues the appropriate act regarding this subject.

III 3. The essential characteristics of the normative part of the Iranian Constitution

Due to such content and legal significance of the Preamble of the Constitution of Iran, its normative part is characterized by dualism or dichotomy. This characteristic is typical for the normative part since elements of Islamic and Republican are mixed within. It was, as the literature has pointed out, the cause of special constitutional dialectic (or rather the conflict – our remark) between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council,¹⁰ which lasted several years, and led to the constitutional revision in 1989. This duality can be seen at the very beginning of the normative part of the Constitution. Thus, the Article 1 prescribes that the Islamic Republic is a form of government in Iran, which is confirmed by the long-term faith of people in the sovereignty of the truths of Quran. Then the Article 2 determines that the Islamic Republic, among others, is a system based on the belief in one God,¹¹ his exclusive sovereignty, his right to be the legislator as well as the necessity of submission to his commands. This Article sets up the goals of the Islamic Republic Iran, among which the dominant are those of purely religious character. Namely, beside the belief in one God, God's revelation and "the fundamental role of God in setting forth the laws", the Article 2 of the Iranian Constitution prescribes that the Islamic Republic is based on the belief on the return to God, but also on the continuous leadership of Imam and his fundamental role in ensuring that the process of the Revolution of Islam stays uninterrupted.

¹⁰ Kambiz Behi: Iran's "New Constitutionalism": Constitutional Politics in Post-Revolutionary Iran, October, 2010, p. 3-4. Available at http://www.works.bepress.com/kambiz_behi/

¹¹ This belief is the first out of five pillars of Islam.

Imam is chosen by experts in Sharia law,¹² elected by the people (Article 107 of the Constitution). They constitute a very important institution called the Assembly of Experts. There is a special law that regulates number and qualifications of these experts, the way in which they are to be selected, and what is interesting regarding this institution is the fact that, according to the Article 108, Paragraph 2 of the Constitution of Iran, the elected Assembly of Experts is responsible for making and adopting any further amendment to this law regarding the duties of the experts. Elected Leader (Imam) performs a series of very important state functions. Hence, according to the Article 110 of the Constitution of Iran, he is in charge of:

- determining the general policy of the Islamic Republic after consulting the Nation's Exigency Council,
- supervision of the regularity of the execution of the determined general policies of the Islamic Republic,
- issuing a decree on holding a national referendum,
- the supreme command over the Revolutionary Guard and the Army of Iran,
- declaring war and peace and mobilization of armed forces,
- the appointment, dismissal and acceptance of resignation of the religious jurists in the Guardian Council,
- managing the radio and television network of the Islamic Republic of Iran.

Imam may delegate part of his duties and powers to another person (Article 110, paragraph 2 of the Constitution). There are many other important functions of this institution, among which we shall point out that the Imam is a supreme judicial power in the country (it makes decisions on amnesty),¹³ makes a decision on whether the Iranian President shall be dismissed if prior to it the Nation's Consultative Assembly voted no confidence to him.

¹² According to Article 111 paragraph 1 of the Constitution whenever the Leader (Imam) becomes incapable of fulfilling his constitutional duties, or loses one of the qualifications for that function or it becomes later known that he did not possess some of the qualifications initially, he will be dismissed.

¹³ This function should be distinguished from the jurisdiction of the Nation's Exigency Council to make final and for all binding decision on the dispute between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council regarding whether a regulation is contrary to the Sharia law. This will be discussed below.

Taking into account such a base of the Islamic Republic it is no wonder that the Article 4 of the Constitution prescribes that all civil, criminal, financial, economic, administrative, cultural, military and other laws and regulations must be based on the Islamic criteria. This principal, according to the same constitutional provision, is implemented *completely and in a general way*, and the religious jurists as members of the Guardian Council are responsible for making decisions on the conformity of all regulations with the mentioned criteria. Since Imam was assigned the continuous leadership position by the Preamble and the first Article of the Constitution, it is not surprising that the Article 5 determines that during the absence of the Great Lord of eternity the function of the leader (Imam) of the community (Ummah) is allocated to a righteous, pious commander, who is entirely aware of the circumstances of his time, who is brave and effective. The establishment of all legal and other regulations on the Islamic principles should be observed through the prism of the doctrine developed within the Jafari legal school, considering that this direction has the status of the official religion and school in Iran. This is clearly provided with the Article 12 of the Constitution, whereby the same provision determines its immutability. Therefore, this is a provision, not the only one, whose immutability is prescribed by the Constitution. It is typical for Jafari school to consider Quran, Sunnah, Ijma of Shiite jurists and reason (Aql) as sources of law, and of special importance is the fact that by Sunnah they include not only words, deeds and silent approvals of the Prophet Mohammed but also of the *Shiite Imams*.¹⁴

The Iranian Constitution contains a lengthy list of human rights (political, economic-social and cultural) within which certain contradictions can be spotted. Namely, at the beginning of the third chapter of the Constitution, devoted to human rights (Articles 19-42) it is prescribed that all people of Iran, regardless of their ethnic or tribal affiliations, enjoy equal rights (Article 19). However, this provision is contrary to the provision contained in the Article 14 of the Constitution according to which the principle of binding the Iranian state and all the Muslims to treat non-Muslims in conformity with ethical norms and principles of Islamic justice and fairness do not apply towards non-Muslims whose activities are against Islam.¹⁵ Then, the equality of people, generally guaranteed by the

¹⁴ Mr Fikret Karčić: *Istorija Šeriatskog prava (Predavanja na prvoj godini Islamskog fakulteta u Sarajevu)*, Sarajevo, 1996, p. 65.

¹⁵ By this contradiction Iran is no exception in the world of Islamic constitutionalism. It is simply inherent to it, considering the attitude that sovereignty dominates the Islamic ideology and the law based on it, and according to which, to use the words of Alija Izetbegovic, "Non-Muslim minorities within an Islamic state, provided they fulfill the condition of loyalty, enjoy religious freedom and all the protection". Alija Izetbegovic: *Islamic Declaration*, p. 21.

Constitution, is contradicted by the provision of the Article 28 of the Constitution, according to which each person has the right to choose freely his profession under the condition that, among other things, it is not contrary to Islam. The general equality of people is also contradicted by the provision of the Article 115 of the Constitution which provides that neither, non-Muslim nor Muslim, can be the President of Iran if he, beside other things, does not believe in the fundamental principles of the Iranian official religion, which is Shiite Islam in the form of Jafari school.

This is a kind of framework within which all political and constitutional institutions in the Islamic Republic of Iran function, while the other provisions of the normative part of the Iranian Constitution represent only the operationalization of that framework.

Thus the Article 57 of the Constitution prescribes that the exercise of power is entrusted to the legislator, executives and the judiciary, but they all work under the control of Imam and special body called the Governing Council.

The exercise of the legislative power is organized in a unique way, since it is performed simultaneously by the Islamic Consultative Assembly (in our area oftentimes is used the name *Majlis* for this organ) and the Guardian Council. The Islamic Consultative Assembly has a democratic legitimacy, because its members (270 of them) are elected by voters on direct elections. This organ provided the representation of the minority religions of Iran in the following way. The followers of the Zoroastrianism and the Jews choose one representative each, the Armenian Christians select two representatives, while the members of Assyrian and Chaldean Christians choose together one representative for this legislative chamber.

Any law or other regulation adopted by the Islamic Consultative Assembly, or the one adopted by any of its committees under the authorization of the Assembly, must be submitted to the Guardian Council. This organ consists of two groups of members with different competencies.¹⁶ The first group includes the so-called “*adil fuqaha*” – religious jurists chosen by Imam, while the second group consists of secular jurists specialized for different legal areas. The second group of jurists is chosen by the Islamic Consultative Assembly from the list of candidates made by mujtahid, an official who is the head of the judiciary system of Iran, and who is appointed by Imam. *Adil fuqaha* have exclusive jurisdiction over the matters of conformity of laws and other regulations with the Sharia law (by a majority

Available at [http://www.sahwa.info/downloads/knjige/bos.historija/Islamska%20deklaracija-Alija%20Izetbegovic/Islamska%20Deklaracija%20\(Alija%20Izetbegovic\).pdf](http://www.sahwa.info/downloads/knjige/bos.historija/Islamska%20deklaracija-Alija%20Izetbegovic/Islamska%20Deklaracija%20(Alija%20Izetbegovic).pdf).

¹⁶ The Guardian Council also makes decisions on the issues regarding the verification and confirmation of the quality of candidates for the President of Iran.

of its members). Therefore, the secular jurists, such as the members of the Guardian Council, cannot join them. However, *all* members of the Guardian Council decide on the conformity of laws and other regulations with the Constitution of Iran, whereas the majority of all members is sufficient to decide that a law or regulation is inconsistent with the Constitution. If the Guardian Council decides that a law or regulation is contrary to the Sharia law or the Constitution of Iran, the law or regulation is returned to the Islamic Consultative Assembly for reconsideration.¹⁷

These situations happened very often in the first eight years after the Islamic Revolution, which was the reason for the revision of the Constitution and the introduction of the new institution into constitutional system of Iran, which makes it specific in the world of Islamic constitutionalism. It is the institution called the Nation's Exigency Council, which functions as the Supreme Constitutional Court of Iran. It was first introduced by special fatwa of Imam Khomeini on February 6th, 1988, and then it became a part of the Constitution of Iran after the constitutional revision in 1989. What is the core function of this institution? It is reflected in the fact that the Nation's Exigency Council in the dispute between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council about whether a regulation is in accordance with the Sharia law, makes final and binding decision for all. When making decision in each case the Council is guided by national interest, which can result in "...restrictions of the application of the Sharia law and it can cause the supremacy of the secular or social principles"¹⁸ if demanded by national interest. Quran provided the foundation for this, in the ayets describing the behavior of the believers in need. It is sura 2:173.

The Nation's Council makes decisions on these issues upon the order of Imam, after being determined by the Guardian Council that a certain regulation adopted by the Islamic Consultative Assembly is contrary to the Sharia law. It shall also meet to decide on other issues forwarded by Imam. Members of this Council (regular and irregular) are appointed by Imam.

The specificity of the Iranian constitutional system can also be seen in the organization of its executive power, as well as in the mutual relations between it, the legislative power and the Imam. The Government in Iran existed until the constitutional revision in 1989 but after the executive power was assigned to the President of Iran. The President of the Islamic Republic is elected by voters for a period of four years, through direct elections, by the

¹⁷ This situation should be distinguished from the provision contained in the Article 170 of the Iranian Constitution. According to it, in making decisions on the individual cases all the judges are obliged to refrain from applying laws and other regulations contrary to the Sharia law. Moreover, the Constitution, using the same provision, entitles everyone to seek the annulment of such regulations before the State Administrative Tribunal.

¹⁸ Kambiz Behi: *Ibidem*, p.49.

absolute majority of the voters. However, although it has this legitimacy, the Islamic Consultative Assembly can vote no confidence to it by two-third majority of its members, after which the Imam makes the final decision. If the Imam decides on the dismissal of the President, as well as in the case of his resignation, death or illness for more than two months, he is replaced, with the prior approval of Imams, by the first Vice President.¹⁹ Person eligible to be elected for the President of the Republic must be an Iranian citizen with the Iranian origin, who is religious and who believes in the fundamental principles of the Islamic Republic of Iran and official religion of Iran. The President of the Republic is the head of the Council of Ministers and as such, appoints all ministers, after which they must gain the trust of the Islamic Consultative Assembly. The President monitors the work of all ministers and is responsible to the Islamic Consultative Assembly for the work of the Council of Ministers. According to the Article 136 of the Constitution the President of the Republic can dismiss every minister, in which case he must earn the trust of the Islamic Consultative Assembly for the newly appointed minister. The President must act in the same way if the Islamic Consultative Assembly votes no confidence against the Council of Ministers or an individual minister.

Among other constitutional institutions we shall mention several more. One of them is the institution of a mujtahid, appointed by Imam, according to the Article 157 of the Constitution, for a period of five years. As this constitutional provision states, a mujtahid is responsible for all issues regarding the judiciary, which, according to the Article 158 of the Constitution, involves the establishment of the organizational structure necessary for performing the function of courts; making draft laws on the judiciary and appointment and dismissal of judges. Courts are organized into regular, military and revolutionary courts of first instance, while the Supreme Court is of the highest instance. However, this court lacks jurisdiction of reviewing the constitutionality of laws and other regulations. There is also the Administrative Court which, as previously shown, according to the Article 170 of the Constitution, any individual may address with the request for annulment any regulation that is contrary to the Sharia law. A special kind of courts is established for the Shiite clergy. These courts, adjudicating for the offenses committed by the clergy, act independently compared to regular courts and are responsible to the supreme leader – Imam. Decisions they make are final and cannot be appealed.

¹⁹ Beside dismissing the President for the aforementioned reasons, the Imam can also dismiss him in case the Supreme Court of Iran finds him guilty for violating the constitutional duties. However, the decision in any of the two mentioned cases is made after the Imam, as stated in the Constitution, “...takes all the interests of the state into consideration” – Article 110, Paragraph 1, Item 10 of the Iranian Constitution.

Finally, the last constitutional institution that shall be discussed here is a Supreme Council for National Security. According to the Article 176 of the Constitution, it is responsible for determining the defence policy and the policy of national security and coordinating the activities regarding these policies. It is composed of, among others, the heads of three branches of the government (legislative, executive and judicial), the chief of the Supreme Command Council of the Armed Forces, two representatives nominated by Imam, ministers of foreign affairs and ministers of internal affairs, as well as the highest ranking officials from the Armed Forces and the Islamic Revolution's Guards Corps.

Previously given provisions on the basic political and constitutional provisions of the Iranian institutions are in correspondence with the provisions on its economic and social organization, which is one more specificity of the constitutional system of this state. In our opinion, these provisions are necessary given that they, as we shall see, establish the system of ownership relations, which ensures the dominance of the state ownership in all areas of economic life important for the society and the state. In this way the authors of the Iranian Constitution secured the stability of the Iranian political system and its constitutional organization. The Preamble to the Constitution of Iran stipulates that economy is not a goal but a means that is to be used to meet the needs of an individual. That is why economy should not be used as the means for accumulation of wealth and profit (Preamble of the Constitution). The Article 44 of the Constitution determines that the economy of Iran shall be composed of three sectors: state, cooperative and private, given that the state sector encompasses all large-scale industries, foreign trade, banking, insurance, radio and television, post and telegraph services, aviation, shipping, roads, highways. The companies and other forms of organizations within this sector are owned and administered by the state. The cooperative sector includes cooperative companies that deal with production and distribution in urban and rural areas of the state in conformity with the Islamic criteria (Article 44, Paragraph 3 of the Constitution). Finally, the private sector consists of the activities that supplement the activities of the state and cooperative sector, and which are related to agriculture, animal husbandry, industry, trade and services (Article 44, Paragraph 4 of the Constitution).

According to its state organization Iran is a unitary and very centralized state. Units of local self-government are provinces, districts, cities, municipalities and villages. Number of provinces varies, depending on the decisions made by central government, and which, by itself, provides the information about the position of these units of local self-government. Within the units, beside the provincial council, there is also a governor appointed by the Minister of Internal Affairs, after receiving the approval of the Council of Ministers. The first local elections after the Islamic

Revolution were held in 1999.²⁰ The units of local self-government have their own, local councils, whose members are elected directly by voters in that local community.

The procedure of altering the Iranian Constitution makes this legal act firm. This conclusion is derived from the Article 177 of the Iranian Constitution according to which there are constitutional provisions that cannot be altered, such as: Islamic character of political system; provisions on the Sharia law as the basis for all regulations; religious basis; goals of the Islamic Republic; democratic character of the government; position of Imam; official Jafari religion. Other provisions are amended by the procedure that cannot start before Imam, after the consultations with the Nation's Exigency Council, issues an appropriate order on the direction in which the alteration of the Constitution should be done. For this purpose, the Constitution prescribes an institution called the Council for Revision of the Constitution composed of: a member of the Guardian Council; heads of the three branches of the government; permanent members of the Nation's Exigency Council; five experts from the Assembly of experts; ten representatives appointed by Imam; three representatives from the Council of Ministers; three representatives from the judiciary branch; ten representatives from among the members of the Islamic Consultative Assembly and three representatives of the university professors. Decision on amending the Constitution made by this Council, after being confirmed and signed by Imam, comes into force after being confirmed by the absolute majority of voters in a national referendum.

IV CONCLUDING REMARKS

Everything previously presented shows that the constitutional organization of the Islamic Republic of Iran has more specific features that make it different not only from the constitutional organization of the states outside the Islamic world, but also from the states within this world.

It can be said that the constitutional organization of Iran is completely imbued with Sharia law. Even when this is a characteristic by which Iran can be compared to other Islamic states (such as Saudi Arabia, Pakistan, Sudan) Iran is specific for several reasons. First, it has to be taken into account that this is a state of Shiite Islam with Jafari school representing the official religion. Consequently, Imam is a central political and legal figure of a

²⁰ Kian Tajbakhsh: Political Decentralization and the Creation of Local Government in Iran: Consolidation or Transformation of the Theocratic State?, Social Research, Vol. 67, No. 2, Summer 2000, p. 377.

system. This conclusion cannot be affected, at least not to a significant extent, by the fact that Iranian constitutional system has all elements which constitutes the notion of constitutionalism, with remark that these elements are adapted to the ruling Islamic religion. Government in Iran is organized according to the constitution and is based on separation of power. Article 57 of Iranian Constitution prescribes that the powers of government are vested in the legislature, the judiciary and the executive powers, in accordance with the Constitution, and these powers are independent of each other. Although “absolute sovereignty over the world and man belongs to God” it is also prescribed that the people are to exercise this divine right in the manner specified in the Constitution (Article 56 of the Constitution). This Constitution provides also for constitutional review the manner of which we already explained. Article 156 of the Constitution prescribes that the judiciary is an independent power, protector of the rights of the individual and society, and this Constitution has a long catalogue of human rights and liberties (Art. 19-42). Finally, there is special system of control of the military, and strictly circumscribed state power to suspend the operation of some parts of the constitution.²¹

But, this republican form of government, parliamentary government in Iranian way or the multi-party system cannot affect that Imam is a central political and legal figure of a system since legislative, executive and judiciary powers are performed under the authority of Imam.

This position of Imam got its expression in both, the Preamble and the normative part of the Constitution of Iran, which cannot be found in any other constitution worldwide. After the death of Imam Khomeini, apart from this institution, or better to say along with it, may function the institution of the Governing Council.²² These two institutions are of fundamental significance for the work of the entire political system, since it is them which, after having consulted the Nation’s Exigency Council, determine the general policy of Iran and monitor its implementation.²³ This is also something that makes the constitutional organization of Iran specific, not only in the Islamic world but worldwide as well. The institution, established after the revision of the Constitution of Iran in 1989, certainly contributed to

²¹ Article 79 of Iranian Constitution prescribes that in case of war or emergency conditions comparable to war, the government has the right to impose temporarily certain necessary restrictions, with the agreement of the Islamic Consultative Assembly. These restrictions can not last more than 30 days and if the need for them persists beyond this limit, the government must obtain new authorization for them from the Assembly.

²² Governing Council perform that function just in case of the death, resignation or dismissal of the Leader, until new Leader is elected. This Council perform that function also when the Leader becomes temporarily unable to perform the duties of Leadership.

²³ Governing Council perform this function just in cases we mentioned in preceding footnote.

this. We refer to the Nation's Exigency Council. It functions as a Supreme Constitutional Court of Iran, which makes it of crucial importance for the work of political and legal system of this state. Such its role is especially important in those moments in which there is a disagreement between the Islamic Consultative Assembly and the Guardian Council, related to whether a regulation which should be adopted is contrary to the Sharia law. In such situations, the Nation's Exigency Council is guided by the national interest which can mean a restriction in the application of the Sharia law. However, if we have in mind the aims of the Islamic Republic of Iran, determined in the Preamble and then in the normative part of the Constitution of Iran, it is obvious that even in such situations the protection of the Islamic social order is provided through the protection of the national interests.

All other institutions of republican character (the Islamic Consultative Assembly as the legislative organ, the President of the Republic and the Council of Ministers) do not have this authority. Therefore we can talk of a kind of intertwining of powers provided by the above listed key institutions. This intertwine of powers, with its mechanisms reminding of the system of checks and balances, represents the logical and, from the point of view of the Islamic interests, rational aspect of constitutional shaping of the Iranian political community in order to coherently organize the whole life in accordance with the official religion and from it derived Sharia law as interpreted by Jafari legal school. We believe this is the essence of the Islamic constitutionalism in its Iranian version. Everyone and everything must be subordinated to it and no other ideologies can exist along with it.²⁴

Judging by the previous experience, it is clear that the current solutions from the Constitution of Iran provide the uninterrupted daily functioning of this system, unique worldwide, and, observed from the legal point of view, its longevity.

²⁴ We shall remind here of the statement made at the time by Alija Izetbegovic in the Islamic declaration, regarding the relationship between Islam and other ideologies. Referring to it, he says, "There is no peace nor coexistence between "Islamic religion" and non-Islamic social and political institutions... Given the right to organize its world on its own, Islam obviously excludes the right and possibility of action by any other ideology in its area. Therefore, there is no secular principle, and the state should be an expression of the moral concepts of religion and to support them." Alija Izetbegovic: *Islamska deklaracija*, p. 13. Available at: [http://www.sahwa.info/downloads/knjige/bos.historija/Islamska%20deklaracija-Alija%20Izetbegovic/Islamska%20Deklaracija%20\(Alija%20Izetbegovic\).pdf](http://www.sahwa.info/downloads/knjige/bos.historija/Islamska%20deklaracija-Alija%20Izetbegovic/Islamska%20Deklaracija%20(Alija%20Izetbegovic).pdf)

Prof. Dr Milan Blagojević
Vandredni profesor,
Univerzitet za poslovni inženjering
i menadžment,
Banja Luka

ISLAMSKI KONSTITUCIONALIZAM NA IRANSKI NAČIN

U ovom radu, autor svoju pažnju fokusira na ustavni sistem Islamske Republike Iran. Razlozi za odabir ove teme su mnogobrojni ali se zbog potrebe ovog rada mogu podeliti u dve grupe : geopolitički i ustavni. Što se tiče druge grupe razloga, kojima je posvećen veći deo ovog rada, treba istaći da se Islamska Republika Iran posebno izdvaja među državama u kojima su principi islama vidljivi i osetni kroz sveobuhvatnu ustavnu vladavinu. Ona predstavlja specifičnu vrstu islamskog konstitucionalizma i iz tih razloga autor raspravlja suštinu islamske ustavnosti (i njene forme) kroz odnos prema samom pojmu ustavnosti. Glavni deo rada sadrži osnove ustavnog uređenja Islamske Republike Iran, prema Ustavu iz 1979, revidiranog 1989.

Ključne reči: *Islamski konstitucionalizam, ustavnost, Imam (vođa), Savet čuvara, šerijatsko pravo, Jafari pravna škola*

Mr Marina Matić,
Institut za uporedno pravo, Beograd

Originalni naučni rad
UDK: 340.134 (430)

ZAKONODAVNI PROCES U NEMAČKOJ

U pokušaju da razvije celovitu analizu, autor nastoji da predstavi zakonodavni proces u Nemačkoj, ulogu različitih instituciju u postupku izrade zakona, javne rasprave o radnoj verziji zakona, transparentnost postupka i donošenja odluka, kontrolu kvaliteta propisa i kontinuirano unapređenje postupka. Razlog za predstavljanje nemačkog sistema je potreba za unapređenjem i poboljšanjem zakonodavnog procesa u Srbiji, posebno imajući u vidu studiju OSCE/ODIHR o zakonodavnom procesu u Srbiji iz decembra 2011, kao i izazove u procesu usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama EU.

Ključne reči: zakonodavni postupak; javne rasprave; Nemačka, poređenje sa Srbijom

Prema studiji OSCE/ODIHR iz decembra 2011. godine o zakonodavnom procesu u Srbiji¹ izneti su sledeći zaključci: ne postoje jasne smernice pre pristupanja pisanju određenog zakona, nedostaju stručne konsultacije pre i u toku pripreme zakona, pristup nacrtu zakona je upitna u pojedinim fazama zakonodavnog postupka (najčešće pre nego što bude usvojen na Vladi), nedostaju sredstava i ljudski kapaciteti specijalizovani za izradu zakona i poznavanje modernih zakonodavnih veština i tehnika, postojanje malog broja zvaničnih konsolidovanih verzija zakona, donošenje velikog broja zakona po hitnoj proceduri, ne pridaje se dovoljno značaja finansijskim i administrativnim implikacijama zakona, nedostatak koordinacije Vlade u zakonodavnom procesu (zadatak pripreme zakona poveren je ministarstvima a Vlada ne definiše na proaktivan način prioritete koji bi trebalo da se ostvare zakonima).

¹ OSCE/ODIHR Law drafting and legislative process in the Republic of Serbia – An assessment, December 2011, Warsaw, Legis Paper-Nr.: 200/2011 YA.

Imajući u vidu iznetu zabrinutost vezanu za zakonodavni postupak u Srbiji i potrebu za unapređenjem, mogu se upoznati iskustva Nemačke, na čijoj pravnoj tradiciji se bazira pravni sistem u Srbiji.

Savezna Republika Nemačka je savezna parlamentarna demokratija, koju čini šesnaest pokrajina. Svaka pokrajina ima svoj ustav, vladu, administrativne strukture i sudove. Nemački institucionalni i pravni sistem počiva na dugogodišnjoj i jakoj tradiciji pravne države (*Rechtsstaat*) i federalizma. Postoji tri nivoa vlasti (savezna, pokrajinska i lokalna). Šesnaest pokrajina, sprovode državnu vlast u oblastima koje su definisane Osnovnim zakonom. Iako je lokalna vlast (opštine, gradovi, seoski okruzi) deo pokrajinske strukture, ima i određenu samoupravu i deo nadležnosti. Parlament je dvodomi i čine ga *Budnestag* i *Bundesrat*. Šef države je Savezni predsednik, a postoji i predsednik vlade – savezni kancelar. Savezni kancelar, koga bira *Bundestag*, rukovodi kabinetom saveznih ministara. Ni savezni kancelar, ni savezni ministri ne moraju da budu članovi Parlamenta. Pravosuđe je posebna grana vlasti, a Ustavni sud ima veoma jaku i značajnu ulogu.

Osnovni zakon (Ustav) Savezne Republike Nemačke usvojen je u Parlamentarnom savetu 1949. godine. Osim nekoliko manjih modifikacija, Osnovni zakon je zadržao svoj prvobitni oblik i nakon ujedinjena Istočne i Zapadne Nemačke 1990. godine, Osnovni zakon postaje Ustav ujedinjene Nemačke. Pored obimnih odredbi uspostavljanja osnovnih prava, Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke propisuje pravila koja regulišu način na koji pet institucija definisanih Ustavom Nemačke rade zajedno. To su: savezni predsednik (*Bundespraesident*), Donji dom parlamenta (*Bundestag*), Gornji dom parlamenta (*Bundesrat*), Savezna vlada (*Bundesregierung*) i Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgericht*).

U 2006. godini sprovedena je važna ustavna reforma, Reforma federalizma I, kojom je preciziran odnos i podela nadležnosti između savezne države i pokrajina. Reformom je (među ostalim promenama) ojačana zakonodavna nadležnost federacije u oblasti od nadnacionalnog značaja, ukinuto je okvirno zakonodavstvo, preraspodeljene nadležnosti između federacije i pokrajina koje su ranije bile konkurentne, i smanjen prostor za političke blokade, smanjivanjem broja zakona za koji se zahteva saglasnost *Bundesrata*.² Novi režim je proširio zakonodavne nadležnosti pokrajina, i to u oblasti krivičnog sistema, prava na udruživanje, kao i radnog vremena prodavnica. Pokrajine su nastavile da sprovode savezne zakone i unose ga u pokrajinsko zakonodavstvo.

² Član 72. Osnovnog zakona, 84. Osnovnog zakona, novi član 104a.

Reforma je omogućila da se poboljša sposobnost savezne vlade i pokrajinskih vlasti da deluju i donose odluke i da se jasnije podeli politička odgovornost. Takođe, ubrzana je zakonodavna procedura i povećana je transparentnost i efikasnost zakonodavnog postupka. Važan efekat se vidi u broju zakona za koji se zahteva saglasnost *Bundesrata*. U periodu od septembra 2006. do februara 2009. godine, za 39% zakona bila je potrebna saglasnost *Bundesrata*, dok je pre reforme saglasnost tražena za 53% zakona.

Osnovnim zakonom (*Grundgesetz*) veoma detaljno je regulisana podela zakonodavnih nadležnosti između pokrajina i federacije.³

- Isključiva savezna nadležnost – Federacija ima isključivu zakonodavnu nadležnost samo u slučajevima koji su izričito ili imlicitno navedeni u Osnovnom zakonu. To su pretežno pitanja koja spadaju u nadležnost centralne vlasti, kao i ona pitanja za koja je neophodna jednoobraznost na teritoriji cele države. Između ostalih, ona uključuju spoljne poslove, vojsku, odbranu, državljanstvo, valutu, carinu, trgovinu sa inostranstvom, zaštitu granica, železnice, vazdušni saobraćaj, poštanske i telekomunikacione usluge, autorska prava, borbu protiv terorizma i nuklearnu energiju.
- Konkurentne nadležnosti – Oblasti koje obuhvataju konkurentne nadležnosti (nadležnosti koje se dodeljuju pokrajinama dok ih svojim propisima ne uredi federacija) obuhvataju građansko i krivično pravo, javne interese, hranu, medicinsko pravo, transport, zaštitu životne sredine, univerzitete i diplome, regionalno planiranje. Zakonodavna nadležnost priprada pokrajinama, ukoliko federacija ne donese svoj propis u ovim oblastima. U nekim pitanjima federacija može imati zakonodavnu nadležnost samo ako je potrebno da se stvore jednaki uslovi za život na saveznoj teritoriji, ili da se održava pravno ili ekonomsko jedinstvo u interesu cele države, i to samo u određenom vremenskom periodu dok je to neophodno.
- Pokrajinska nadležnost – Isključiva nadležnost pokrajina je relativno mala, ali važna. Pokrajine donose sopstvene ustave, propise koji regulišu unutrašnju bezbednost i policiju, obrazovanje, kulturu i radio. Ključna nadležnost pokrajina odnosi se na lokalnu samoupravu. Samo pokrajine mogu da delegiraju nadležnosti lokalnom nivou i imaju isključivu odgovornost za organizaciju lokalne samouprave.

U praksi, većina zakona se usvaja na saveznom nivou, a sporovode ih pokrajine, koje imaju relativnu slobodu u načinu primene saveznog zakona.

³ M. Suszycka Jasch, H.C. Jasch, The Participation of the German Länder in Formulating German EU policy, German Law Journal, Vol. 10, br. 9, 1215-1256.

Iz tog razloga se nemački sistem često opisuje kao „izvršni federalizam“. Razlikuju se tri oblika primene zakona. Prvi pristup je opšte pravilo: pokrajine su u potpunosti odgovorne za primenu saveznih zakona, a federacija samo nadzire zakonitost te aktivnosti i može da izda opšte administrativne akte. Administrativne troškove snose pokrajine. U drugom pristupu pokrajina sprovodi savezne zakone u ime federacije. U ovom slučaju, federacija snosi odgovarajuće troškove. Kod trećeg pristupa federacija direktno sprovodi zakone. Ovo postoji u slučaju, na primer, u oblasti spoljnih poslova, uprave savezne armije i upravljanja saveznim budžetom. U ovim slučajevima, mnoge uredbe koje donosi savezni kabinet moraju biti odobrene u *Bundesrat-u*.

Reforma iz 2006. godine imala je značajan uticaj na nadležnost pokrajina da se samoorganizuju. Ukidanje okvirnog zakonodavstva i uvođenje prava pokrajina da odstupaju od saveznih odredbi je ojačalo njihov organizacioni suverenitet. Pokrajine su odgovorne za uspostavljanje vlasti i regulisanje administrativnih procedura. Čak i ako je propis usvojen na saveznom nivou, u ovim oblastima, pokrajine su sada ovlašćene da usvajaju sopstvene propise, i derogiraju savezni zakon. Ograničenje ove mogućnosti pokrajina da odstupe od saveznog zakona zahteva saglasnost *Bundesrat-a* i moguće je samo u izuzetnim slučajevima koji se odnose na posebnu potrebu za jedinstvenom nacionalnom regulativom.

INSTITUCIONALNI OKVIR U ZAKONODAVNOM PROCESU

Izvršna vlast

Saveznu vladu čine savezni kancelar i savezni ministari.⁴ Savezni kancelar je jedini izabrani član vlade. Kancelar ima ustavom zagarantovano pravo da odredi broj ministara i njihov porfelj, kao i da izabere ministre.

Savezni kancelar određuje opšte političke smernice, odnosno prioritete obavezujuće za aktivnosti vlade.⁵ U slučaju odbrane, kancelar je vrhovni komandant nemačkih oružanih snaga.⁶ Ova ovlašćenja pružaju kancelaru niz izvršnih instrumenata koji mogu da se porede sa ovlašćenjima predsednika u predsedničkim demokratijama.

Na početku svakog zakonodavnog mandata saveznog kancelara predlaže savezni predsednik, a bira ga *Bundestag*. Stvarna ovlašćenja kancelara su ograničena u praksi. Prvo, veoma retko se dešava da jedna stranka ostvari većinu u *Bundestag-u*, tako da koalicija mora da izabere

⁴ Član 62. Osnovnog zakona.

⁵ Član 65. Osnovnog zakona.

⁶ Član 115h Osnovnog zakona.

kancelara.⁷ Koalicioni sporazumi obuhvataju i teme kao što je dodeljivanje ministarskih portfelja u saveznoj vladi. Koalicija, takođe objavljuje i politički program određujući aktivnosti tokom mandata Vlade. Brojne zakonske procedure zahtevaju saglasnost *Bundesrat-a*, koji predstavlja pokrajine.

Savezno ministarstvo pravde

Savezno ministarstvo pravde⁸ igra ključnu ulogu u pripremi zakona. Ministarstvo pravde se mora konsultovati i izdaje izjavu o ispunjenosti pravnih standarda radne verzije zakona pre nego što bude upućen saveznom kabinetu. Ministarstvo je odgovorno za nomotehnički kvalitet, kao i Savezno ministarstvo unutrašnjih poslova zauzima stav o usklađenosti radne verzije zakona sa višim pravnim aktima, a pre svega ustavom.

Savezno ministarstvo unutrašnjih poslova

Savezno ministarstvo unutrašnjih poslova⁹ igra ključnu ulogu u regulatornom procesu. Kao i savezno Ministarstvo pravde, ispituje ustavnost radnih verzija zakona. Ministarstvo je odgovorno za monitoring rada saveznih ministarstava i ocene da li poštuju *Zajednička pravila postupka*¹⁰ prilikom pripreme nacrt zakona, i da li je odgovarajuća analiza efekata propisa (regulatory impact assessment – *RIA*) bila sprovedena. Ministarstvo pruža podršku za pravna i procesna pitanja vezano za pripremu zakonskih tekstova, a posebno kroz svoj elektronski vodič za izradu zakona.

ZAKONODAVNA VLAST NA SAVEZNOM NIVOU

Zakonodavna vlast na saveznom nivou ima dva stuba. *Bundestag*¹¹ je parlament svih građana Nemačke i primarno zakonodavno telo na saveznom nivou. Članovi parlamenta se direktno biraju svake četiri godine i sastoji se od najmanje 598 članova (poslanika). U zavisnosti od rezultata izbora, dodatna mesta mogu biti dodeljena partijama na proporcionalnoj osnovi. Da bi se sprečila fragmentacija, politička stranka može da bude zastupljena u *Bundestag-u* samo ako obezbeđuje najmanje tri mandata direktnim glasanjem pojedinaca u izbornim jedinicama, ili 5% od ukupnog broja glasova. Glavni zadatak *Bundestag-a* je da donosi zakone i sprovodi kontrolu izvršne vlasti. *Bundestag* takođe ima ulogu u izboru kancelara.

⁷ Član 63. Osnovnog zakona.

⁸ http://www.bmj.de/EN/FederalOffice/_node.html

⁹ http://www.bmi.bund.de/EN/Ministerium/ministerium_node.html

¹⁰ http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/150474/publicationFile/13399/Moderne_Staat_-_Moderne_Id_23340_de.pdf

¹¹ http://www.bundestag.de/htdocs_e/index.html

Pored *Bundestaga*, *Bundesrat*¹² je nezavisno telo predviđeno ustavom (a ne „drugi dom“) gde su predstavljane pokrajine na saveznom nivou i učestvuju u zakonodavnoj aktivnosti na saveznom nivou, kao i u evropskim poslovima. Članove *Bundesrat-a* direktno imenuje vlada svake pokrajine. Stoga oni nisu izabrani delegati već predstavljaju rukovodstvo pokrajina. Mesta u *Bundesrat-u* se raspodeljuju prema demografskoj masi države, u rasponu od tri do maksimalnih šest glasova najmnogoljudnijih pokrajina. Glasanje delegata iz jedne pokrajine mora biti kao glasanje jednog bloka. *Bundesrat* delegati se prilikom glasanja pridržavaju instrukcija svoje pokrajinske vlade. Svaka pokrajina može glasati samo jednoglasno. U slučaju neslaganja među koalicionim partnerima u pokrajinskoj vladi, delegati se uzdržavaju od glasanja. Svi zakoni i statutarne instrumenti moraju biti podneti *Bundesrat-u* na usvajanje ili mišljenje. Osnovni zakon predviđa dva oblika učešća, prema vrsti propisa. Ako se *Bundesrat* ne saglasi sa zakonom za koji je potrebna njegova saglasnost, može se sazvati tzv. Odbor za medijaciju (posredovanje).

SAVEZNI PREDSEDNIK

Savezni predsednik¹³ je šef države i predstavlja saveznu državu unutar zemlje i u inostranstvu. Čitavo poglavlje Osnovnog zakona odnosi se na Saveznog predsednika (poglavljje V, članovi 54-61). Predsednik imenuje Kancelara, članove savezne vlade, sudije, visoke državne službenike i vojne oficire. Predsednik može da raspusti vladu i u izuzetnim slučajevima, da raspusti parlament i raspiše izbore. Međutim, državnu vlast sprovodi savezna vlada. Predsednik proglašava zakonske akte. Ukoliko postoji ustavni spor, predsednik može odbiti proglašenje zakona, ali nema političko pravo veta. Predsednika bira savezna konvencija (sastavljena od članova *Bundestag-a* i jednakog broja lica koje biraju pokrajinski parlamenti) na mandat od 5 godina, sa mogućnošću ponovnog izbora.

PRAVOSUĐE

Nemački pravni sistem pripada tradiciji evropskog kontinentalnog prava. Savezni ustavni sud¹⁴ (*Bundesverfassungsgericht*) ima sedište u Karlsruheu. Šesnaest sudija nadzire poštovanje Osnovnog zakona, sude sporove nadležnosti između federacije i pokrajina. Ustavni sud postupa samo po predstavkama i njihove odluke su konačne. Ustavni sud ima monopol u tumačenju Ustava.

¹² http://www.bundesrat.de/cln_236/EN/Home/homepage__node.html?__nnn=true

¹³ <http://www.bundespraesident.de/EN/Role-and-Functions/ConstitutionalBasis/ConstitutionalBasis-node.html>

¹⁴ <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization.html>

Svaka pokrajina ima svoj ustavni sud. Ukoliko se postavi pitanje da li je neki pokrajinski zakon u skladu sa pokrajinskim ustavom, sudovi traže mišljenje pokrajinskog ustavnog suda, koji ima nadležnost u skladu sa pokrajinskim zakonom.

Pored redovnih sudova, koji su nadležni za krivična i većinu parničnih predmeta, upravno pravosuđe se sastoji od specijalizovanih radnih, upravnih, socijalnih i finansijskih sudova.

REGULATORNE AGENCIJE

Regulatorne agencije na saveznom nivou pokrivaju pitanja iz ekskluzivne nadležnosti savezne vlade. Regulatorne agencije se uglavnom bave sprovođenjem zakona i propisa i (osim nekih izuzetnih situacija), nemaju ovlašćenje da donose zakone samostalno.

JAVNE RASPRAVE

Javne rasprave koje organizuje savezna vlada regulisane su Zajedničkim pravilima postupka. Zajednička pravila se odnose kako na primarno zakonodavstvo tako i na podzakonske akte. Pravila ostavljaju prostor za fleksibilnu primenu. Ministarstvo koje predlaže propis može da odluči o vremenu, obimu i partnerima koje će pozvati na raspravu, kao i o praktičnom sprovođenju procesa javne rasprave. Uobičajeno je da ministarstvo organizuje tzv. predkonsultativni krug, koji se sprovodi u ranoj fazi pre izrade zakona. To su inicijalne konsultacije u koje su uključene pokrajine, opštine, stručne zajednice i udruženja na osnovu ključnih elemenata. Rezultati ove konsultacije doprinose izradi zakona. Savezni kancelar mora biti obavešten o učešću različitih stranaka. Ministarstvo koje je predložilo zakon razmatra komentare i primedbe i uključuje ih u nacrt zakona.

Rokovi za javne rasprave su definisani u Zajedničkim pravilima postupka samo za finalno ispitivanje nacrta zakona (obično četiri nedelje). Što se tiče ostalih faza postupka, postoje utvrđeni rokovi za konsultacije ili dostavljanje odgovora. Uobičajena praksa ministarstva je da dozvoli period za konsultacije adekvatan nameni i obimu predloženog propisa. Isto važi i za pružanje informacija strankama.

Oblik i intezitet povratne informacije relevantnih učesnika u konsultacijama su takođe ostavljeni kao diskreciono ovlašćenje svakog pojedinog ministarstva. Rezultati konsultacija se uglavnom uključuju u nacrt zakona i procenu uticaja predloga zakona i obrazloženja, i objavljuju se, kada se zakon šalje u parlament. Pre te faze, ne postoje obavezujuća pravila

da se objave nacrti zakona ili pisani doprinosi zainteresovanih strana. Ipak, ministarstva nastoje da održe kontinuirani dijalog sa zainteresovanim stranama u toku cele pripreme faze.

Kada zakon usvoji savezni kabinet, dalje rasprave se obavljaju u *Bundestag-u* i *Bundesrat-u*, kao deo parlamentarne zakonodavne procedure (prvo čitanje).¹⁵ Diskusije u odborima obično nisu otvorene za javnost, osim ako Odbor ne odluči drugačije. Odbori mogu da organizuju rasprave sa stručnjacima i/ili interesnim grupama. Ako minimum jedna četvrtina nadležnog odbora zahteva javne rasprave, odbor ih mora organizovati. Ukoliko odbor organizuje javne rasprave, one se prenose na parlamentarnoj televiziji ili se mogu pratiti preko interneta. Zainteresovane strane i stručna javnost mogu da komuniciraju sa pojedinim članovima parlamenta i sekretarijata odgovornih odbora, da podnose komentare u pisanoj formi pre ili u toku razmatranja nekog predloga zakona.

Postoji nekoliko načina informisanja javnosti o važećim propisima. Kada se usvoji novi zakon ili uredba, objavljuje se u saveznom službenom glasniku (*Bundesgesetzblatt*). Uredbe mogu biti objavljene i na nekom drugom mestu, ukoliko je to predviđeno zakonom.

Postoje mnoge baze podataka dostupne na internetu, uglavnom besplatno. Savezni zakoni i uredbe mogu besplatno da se nađu na www.gesetze-im-internet.de a upravni propisi koje primenjuju vrhovni savezni organi objavljuju se na www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de. Konsolidovani tekstovi zakona nalaze se u saveznoj bazi zakona www.juris.de, koja obuhvata starije verzije i obezbeđuje sveobuhvatne pretrage.

VRSTE PROPISA

Glavni pisani izvori prava u Nemačkoj su Ustav, zakoni, statutarni instrumenti i podzakonski akti: Osnovni zakon je na vrhu hijerarhije; pravila međunarodnog prava, uključujući i pravo EU, zauzimaju prostor između Ustava i zakona (a zakon EU ima prednost nad nemačkim propisima u oblastima u kojima EU ima isključivu nadležnost); savezni zakoni koji se nalaze ispod Ustava (usvaja ih *Bundestag* zajedno sa *Bundesrat-om*); statutarni instrumenti kao što su uredbe (donosi ih izvršna vlast – savezna vlada, savezni ministri i pokrajinske vlade); podzakonski akti kao što su statuti i regulative koje donose pravna lica formirana po pravilima javnog prava (opštine, fondacije, i sl).

¹⁵ <https://www.btg-bestellservice.de/index.php?navi=1&subnavi=68&anr=80060000>

FAZE ZAKONODAVNOG POSTUPKA

Postupak u Saveznoj vladi Nemačke

Kada savezno ministarstvo namerava da inicira donošenje zakona, obaveštava o tome saveznog kancelara. Svako ministarstvo je odgovorno za unapređenje predloga kroz sve faze opisane u Zajedničkim pravilima postupka. Mogu se identifikovati sledeće faze postupka:

- Konsultacije i analiza efekata – Ova faza se odvija počevši od tzv. „predkonsultativnog kruga“, koji uključuje pokrajinske i lokalne vlasti, kao i gde je relevantno, interesne grupe i eksperte na koje se zakon odnosi ili na koje može da utiče. Naučni savetodavni odbori mogu se konsultovati u ovoj fazi na *ad hoc* osnovi.
- Interna koordinacija – Ministarstvo koje predlaže donošenje propisa odgovorno je i za unutrašnju koordinaciju, podnošenje nacrtu zainteresovanim saveznim ministarstvima i dobijanje neophodnog kolektivnog sporazuma. Odlučivanje o tome u kojoj fazi se odvija unutrašnja koordinacija i dužina njenog trajanja ostavljeni su kao diskreciono pravo ministarstava koje predlaže donošenje propisa. Savezno ministarstvo unutrašnjih poslova i Savezno ministarstvo pravde moraju biti konsultovani o svim nacrtima propisa, posebno radi provere ustavnosti i usklađenosti nacrtu. Svako ministarstvo je odgovorno za procenu regulatornih uticaja u svojoj nadležnosti.
- Smanjenje administrativnog opterećenja – Nacionalni savet za regulatornu kontrolu (*Normenkontrollrat*) proverava i daje komentare o administrativnim troškovima koje je ministarstvo priložilo uz nacrt propisa na osnovu Standardnog modela troškova. Mišljenje Nacionalnog saveta dostavlja se ministarstvu, i priključuje se kao aneks nacrtu zakona kada se predaje saveznom kabinetu.
- Izrada propisa i finalno preispitivanje – Pre nego što savezni kabinet usvoji propis, dokument se šalje Saveznom ministarstvu pravde na konačnu pravnu i lingvističku reviziju. Ministarstvo se oslanja i na eksterne stručnjake u oblasti lingvistike.
- Obavezna obaveštenja – U određenim slučajevima, odredbe EU propisa obavezuju države članice da obaveste Evropsku komisiju i druge države članice EU o radnom tekstu zakona, dajući im mogućnost da preispitaju usklađenost propisa sa pravom EU. Tokom tri meseca od obaveštenja o radnom tekstu zakona ne može se diskutovati u saveznom kabinetu. Nakon proteka roka, radni tekst zakona se dostavlja saveznom kabinetu, a u prilogu se nalazi obrazloženje zakona, prpratni dokument koji sadrži osnovne podatke o nacrtu zakona i mišljenje Nacionalnog saveta za

regulatornu kontrolu. Mišljenja drugih ministarstava koja su suprotna ministarstvu moraju takođe biti prijavljena.

Postupak u Saveznom parlamentu

Prvo čitanje u Bundesrat-u

Postupak za usvajanje zakona regulisan je Poslovníkom o radu *Bundestag-a*¹⁶ i Poslovníkom o radu *Bundesrat-a*.¹⁷ Izvršna vlast uključuje *Bundesrat* u veoma ranoj fazi izrade propisa. Vlada mora da podnese nacrt zakona *Bundesrat-u* na komentare. Tokom ove početne faze, pokrajine mogu da izraze svoj stav, posebno u odnosu na ustavna, budžetska i politička pitanja, kao i u odnosu na samo sprovođenje zakona. Ova faza omogućava pokrajinama da ostvare formalni dijalog sa saveznim izvršnim telima u ranoj fazi postupka. Komentari *Bundesrat-a* nisu formalno obavezujući za vladu. Ipak obično se uzimaju u obzir, tako da nacrt koji je odbijen u ovoj fazi retko će ući u sledeću fazu i biti poslat *Bundestag-u*. Savezna vlada obično u tim situacijama priprema odgovor, koji se šalje zajedno uz nacrt zakona i mišljenjem *Bundesrat-a* Parlamentu (*Bundestag*). Prva faza u *Bundesrat-u* se ne održava ako predlog potiče iz *Bundestag-a*. Posebno hitne zakonodavne inicijative obično predlažu poslaničke grupe *Bundestag-a*. Vlada može da nadoknadi ovo premošćavanje *Bundesrat-a* slanjem inicijalnog predloga vlade *Bundesrat-u* (*Paralleleinbringung*).

Razmatranje u Bundestag-u

Po pravilu o zakonu se diskutuje tokom tri čitanja u *Bundestag-u*. Prvo čitanje služi obično kao opšta debata o političkom uticaju zakona. Zakonski predlozi se često podnose stalnim stručnim odborima *Bundestag-a* bez prethodne rasprave. Ovi odbori obično odražavaju portfelje savezne vlade. Na sastanke odbora, koji inače nisu otvoreni za javnost, obično se pozivaju državni službenici i ministri. Savezna vlada nema direktan uticaj na zakon kada se nalazi pred odborom. Javna rasprava može biti organizovana na inicijativu odbora i tada se pozivaju spoljni stručnjaci. Nakon toga nadležni odbor podnosi svoju verziju predloga zakona sa izveštajem i preporukama plenarnoj sednici na drugo čitanje, gde svaki član parlamenta može da podnese amandane. Verzija predloga zakona koja je usvojena u drugom čitanju predstavlja osnovu za treće čitanje. I u ovoj fazi je moguće predložiti amandmane, ali vrlo retko se to dešava jer je potrebno da ih podnese parlamentarna grupa ili najmanje 5% članova parlamenta. U trećem čitanju glasa se o usvajanju ili odbijanju zakona, uključujući poslednje amandmane. Zakoni se usvajaju prostom većinom glasova. U nekim slučajevima se traži

¹⁶ http://www.bundestag.de/htdocs_e/documents/legal/index.html

¹⁷ http://www.bundesrat.de/nm_11004/EN/funktionen-en/go-en/go-en-node.html?__nnn=true

apsolutna većina, a za izmene ustava potreba je dvotrećinska većina svih poslanika.

Duga faza u Bundesrat-u i medijacija

Svaki zakon koji usvoji *Bundestag* mora da se podnese *Bundesrat-u*. Ova faza obično traje tri nedelje. Zakoni koje je inicirao *Bundestag* i koji zbog toga nisu bili ranije podneti *Bundesrat-u* obično podležu detaljnijoj analizi.

Ukoliko *Bundestag* i *Bundesrat* ne postognu sporazum o zakonu, saziva se tzv. Odbor za posredovanje. Odbor čini 16 predstavnika *Bundesrat-a* (jedan predstavnik po pokrajini) i 16 predstavnika *Bundestag-a* (odražavajući podelu mandata u parlamentu). Članovi Odbora nisu vezani uputstvom, što omogućava da zakon predstavlja kompromis koji treba da bude usvojen od strane oba doma u plenumu. Odbor za posredovanja može samo da da predloge, nema mogućnost donošenja odluka. Međutim, Odbor je postao važno telo u zakonodavnom procesu. Od 1949. Godine, Odbor je sazivan u vezi svakog osmog zakona i veoma je uspešan, jer samo 1% zakona koje donese *Bundestag* nije bio odobren od *Bundesrat-a*. Odbor predlaže amandmane kako bi se postigao kompromis između domova. Ako se oba doma saglase oko verzije Odbora, zakon se smatra usvojenim u toj verziji. Ukoliko se *Bundesrat* i dalje protivi, dalji koraci zavise od vrste zakona. Zakonodavni proces se razlikuje između zakona za koje se imperativno zahteva saglasnost *Bundesrat-a* (*Zustimmungsgesetze*) i zakona na koje *Bundesrat* može izjaviti prigovor koji može nadglasati *Bundestag* (*Einspruchsgesetze*). Zakoni za koje je neophodna saglasnost *Bundesrat-a* su Osnovni zakon ili izmene postojećih saveznih zakona, zakoni koji regulišu administrativni postupak koji primenjuju pokrajine bez ikakve mogućnosti odstupanja, kao i zakoni koji izazivaju dodatne administrativne troškove za pokrajinu, ili uspostavljaju finansijsku odgovornost pokrajine prema trećem licu, ili sadrže odredbe o porezima koji su delimično ili u potpunosti preneti na pokrajine. To znači da je broj zakona za koje je potrebna saglasnost *Bundesrat-a* dosta značajan, jer je dovoljno da zakon sadrži samo jednu odredbu koja pogađa jedan od ovih slučajeva. Na ovaj način Osnovnim zakonom data je značajna moć *Bundesrat-u*. Ako *Bundesrat* odbije takve zakone, ni jedan zakon ne može biti usvojen. Ako sa druge strane nije neophodna saglasnost *Bundesrat-a*, *Bundestag* može nadglasati prigovor *Bundesrata* novim glasanjem i to većinom koja je jednaka rezultatu glasanja u *Bundsrat-u*. Ako na primer *Bundesrat* ulaže prigovor dvotrećinskom većinom, *Bundestag* mora odbaciti ovu primedbu, takođe, dvotrećinskom većinom. Ukoliko *Bundestag* ne može da nadglasa prigovor, zakon ne može biti usvojen.

Ako *Bundesrat* da svoju saglasnost ili se ne protivi predlogu zakona koji je podneo *Bundestag*, smatra se da je zakon usvojen, a Savezna vlada dostavlja zakon saveznom predsedniku na potpisivanje i proglašenje. Zakon postaje pravno obavezujući i uobičajeno stupa na snagu nakon objavljivanja u službenom listu.

Kvalitet zakona

Kao što se iz prethodnog teksta može zaključiti Ministarstvo pravde i Ministarstvo unutrašnjih poslova su ključne institucije za garanciju kvaliteta zakona. Ministarstvo pravde je referentna institucija koja ispituje da li su radni tekstovi zakona u skladu sa sistemskim i pravnim načelima. Pre nego što se radna verzija zakona pošalje Saveznoj vladi, Ministarstvo pravde proverava da li je propis usklađen sa Ustavom, pravnim tekovinama EU i međunarodnim pravom (vertikalna usklađenost). Propise koji su zasnovani na EU pravu takođe preispituje i Ministarstvo nadležno za njegovu usklađenost po principu subsidiarnosti i proporcionalnosti. Ministarstvo pravde takođe proverava i horizontalnu usklađenost propisa sa drugim zakonima i unutrašnju konzistentnost propisa. Na osnovu Zajedničkih pravila postupka Ministarstvo ima ovlašćenje da „protestuje“ protiv usvajanja zakona koji nije u skladu sa važećim pravom. Konačno, Ministarstvo proverava usklađenost sa važećim propisima o izradi zakona. Celokupan proces provere usklađenosti propisa može trajati najviše četiri nedelje, ali ministarstvo koje predlaže propis najčešće skraćuje ovaj rok u značajnoj meri.

Ministarstvo unutrašnjih poslova, nadležno je za nadzor nad usklađenošću sa Zajedničkim pravilima postupka. Ministarstvo unutrašnjih poslova takođe proverava usklađenost sa ustavom, uporedo sa proverama koje sprovodi Ministarstvo pravde.

Zajednička pravila postupka određuju da se tekst koji se koristi u zakonu mora biti „pravilan i razumljiv za svakoga koliko je to moguće“.¹⁸ Zakoni se podnose odgovarajućim uredničkim kancelarijama na korekturu tačnosti i sveobuhvatnosti korišćenog jezika i termina. Savezno ministarstvo pravde obezbeđuje podršku izadavnjem „Priručnika za pisanje zakona“, koji je dostupan na internetu. Priručnik se fokusira na konkretne preporuke o sadržaju, strukturi i formi zakona i propisa. Priručnik sadrži tehničke preporuke vezano za zakonske definicije, stilske kriterijume, upućivanje, navođenje referenci i druge lingvističke komponente. Važan doprinos kvalitetu propisa dao je i „Elektronski vodič za izradu zakona“, koji je razvila Savezna akademija za državnu upravu pod pokroviteljstvom Saveznog ministarstva unutrašnjih poslova i u saradnji sa Saveznim

¹⁸ Odeljak 42-5.

ministarstvom pravde. Elektronski vodič sadrži najnovije informacije i imaju ga na raspolaganju svi službenici u državnoj upravi koji rade na normativnim poslovima. Vodič se redovno ažurira, sadrži obrasce i modele i uspostavlja linkove sa povezanim dokumentima.

Takođe je razvijen „e-norm“¹⁹ softver kao sredstvo za unapređenje kvaliteta zakonskih propisa. Softver je razvilo Savezno ministarstvo pravde na osnovu „LegisWrite“ softvera koji koristi Evropska komisija. Softver pomaže u ostvarivanju formalnih i lektorskih zahteva i omogućava da se isti format koristi u svim zakonodavnim procesima. E-norm nudi obrasce propisa, koji sadrže elemente za izradu propisa, sadrži automatsku kontrolu kvaliteta i funkciju za ispravku, kao i mogućnost da proizvede i konsoliduje dokument automatski.

Iz gorenavedenog može se zaključiti da institucije u Nemačkoj ulažu kontinuirane napore na unapređenju kvaliteta propisa i postupka izrade i donošenja zakona. Takođe, pre svake systemske promene sprovodi se analiza efekata promene (npr. pre reforme iz 2006. godine postavljen je cilj da se smanji broj propisa za koje će se zahtevati saglasnost *Bundesrat-a* i taj cilj je i ostvaren). Predstavljanje zakonodavnog procesa u Nemačkoj ima za cilj da da ideje donosiocima odluka u Srbiji, kako bi mogao da se unapredi zakonodavni postupak u Srbiji i poboljša kvalitet propisa, što je od posebnog značaja kada se ima na umu da Narodna skupština Srbije godišnje usvoji u proseku oko 200 propisa.

¹⁹ www.enorm.bund.de

Marina Matić, MA
Institute of Comparative Law,
Belgrade

LEGISLATIVE PROCESS IN GERMANY

In this paper, in an attempt to develop an extensive review, the author strives to present legislative drafting process in Germany, role of different institutions in legislative drafting process, public discussions on draft law, transparency of procedure and decision making, quality check of the legislation and continuous improvement of procedure. Reason for presenting this overview of German system is need for advancement and improvement of legislative drafting process in Serbia, especially having in mind OSCE/ODIHR assessment of law drafting in Serbia from December 2011 and challenges in process harmonization of domestic legislation with the EU acquis

Key words: *legislative drafting; public discussion; Germany, comparisons with Serbia.*

Doc. dr Jelena Čeranić

Naučni saradnik

Instituta za uporedno pravo u Beogradu

Docent pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci

Originalni naučni rad

UDK: 34.779.2(4-672EU)

PREDLOG JEDINSTVENOG POSTUPKA REŠAVANJA PATENTNIH SPOROVA U EU

U radu se analizira predlog jedinstvenog postupka rešavanja sporova u vezi sa evropskim patentom i patentom Unije. Nakon uvodnih napomena o razlozima za predlaganje ovakvog postupka rešavanja patentnih sporova u EU, prvi deo rada je posvećen Evropskom patentnom sudu. Predlog sporazuma o evropskom patentnom sudu predstavlja treći deo tzv. patentnog zakonodavnog paketa, uz Predlog uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije i Predlog uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja. Posebna pažnja u radu je posvećena analizi usklađenosti Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu sa Ugovorima EU. U drugom delu rada razmotrena je uloga Evropskog suda pravde u okviru predloženog postupka rešavanja patentnih sporova u EU. Nakon što je Evropski savet, krajem juna 2012. godine, doneo odluku da se iz Uredbe o patentu Unije uklone članovi koji se tiču nadležnosti Evropskog suda pravde, Evropski parlament je, ocenivši ovaj potez nelegalnim, odložio glasanje o patentu Unije. Stoga je budućnost predloženog jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova u EU i dalje neizvesna.

Ključne reči : patent Unije, Evropski patentni sud, Evropski sud pravde, Evropska unija, Ugovori EU.

I UVODNE NAPOMENE

Pregovori o uspostavljanju jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji traju više od trideset godina. Cilj ovakvog sistema zaštite je da se unapredi pronalazaštvo na tlu EU, i samim tim ojača konkurentnost evropskih preduzeća na svetskom tržištu.

Zaštitom pronalazaka u Evropi se, već nekoliko decenija, bavi Evropski zavod za patent (EZP). Ovaj zavod osnovan je 1977. godine u

Minhenu, nakon stupanja na snagu Konvencije o evropskom patentu (KEP), potpisane 1973. godine.¹ Međutim, materijalno evropsko patentno pravo na nadnacionalni način uređuje patentnu zaštitu pronalazaka samo u određenom intervalu, od podnošenja evropske prijave do priznanja evropskog patenta. „Od trenutka priznavanja evropskog patenta, u načelu, prestaje primenljivost nadnacionalnih normi, te se evropski patent 'raspada' na onoliki broj nezavisnih nacionalnih patenata, koliko ima zemalja članica KEP koje je prijavitelj u evropskoj prijavi naznačio kao države u kojima želi patentnu zaštitu za svoj pronalazak. Svaki od tih patenata, koji se dalje naziva evropski patent, nastavlja da traje u pojedinoj državi, podvrgnut propisima nacionalnog patentnog prava. Njegova sudbina je nezavisna u odnosu na sudbinu ostalih evropskih patenata za isti pronalazak, koji su priznati na osnovu iste odluke EZP.“²

Kako se patentni zahtevi moraju prevoditi na nacionalne jezike, povećavaju se troškovi zaštite pronalazaka evropskim patentom. Osim toga, održavanje evropskog patenta podrazumeva i plaćanje godišnje takse u svakoj zemlji i registraciju svakog prenosa. Dakle, titulari evropskih patenata moraju da angažuju domaće zastupnike u svakoj zemlji u kojoj je patent priznat. Stoga je osnovni razlog za uspostavljanje novog sistema zaštite pronalazaka u EU smanjenje troškova i pojednostavljenje administrativnog postupka.³

Što se pravosudnog sistema tiče, u skladu sa Konvencijom o evropskom patentu, vlasnik evropskog patenta mora da vodi spor u vezi sa povredom patenta pred sudom svake države u kojoj je do povrede došlo. Ovakvo rešenje, s jedne strane, predstavlja ozbiljan trošak za titulara patenta, a s druge strane, veoma je komplikovano. Štaviše, ne postoje nikakve garancije da će sporovi biti okončani na isti način u svakoj od država. Veoma često sudovi država članica KEP donose različite, pa čak i suprotne presude. Bilo je i slučajeva da su sudovi jedne iste države donosile različite presude u vezi sa istim patentom (npr. sudovi u Engleskoj i Škotskoj). Shodno tome, uspostavljanje jedinstvenog sistema zaštite pronalazaka u EU treba da prati i odgovarajući postupak rešavanja patentnih sporova.

Nakon dugih pregovora, Evropska komisija je 13. aprila 2011. predložila tzv. patentni zakonodavni paket koji se sastoji od Predloga uredbe

¹ Ova nezavisna panevropska organizacija, koju su osnovale četiri zemlje (Nemačka, francuska, Italija i Holandija), danas okuplja trideset osam država. Pored dvadeset sedam zemalja EU, članice EZP su i Albanija, Hrvatska, Island, Lihtenštajn, Bivša jugoslovenska republika Makedonija, Monako, Norveška, San Marino, Srbija, Švajcarska i Turska.

² S. Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Istočno Sarajevo, 2007, str. 349.

³ J. Čeranić, „Primena mehanizma bliže saradnje u oblasti patentnog prava EU“, *Strani pravni život*, 3/2011, str. 116-117.

o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije⁴ i Predloga uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja.⁵ Patent Unije je definisan kao klasični evropski patent kome se samo dodaju atribut „Unije“. Patent Unije će moći bude dobijen, ograničen, prenesen, opozvan ili proširen samo za sve države članice EU.

S obzirom na značaj odgovarajućeg postupka rešavanja patentnih sporova, predloženi sistem zaštite pronalazaka u EU, pored ove dve osnovne komponente, sadrži i treću, Predlog sporazuma evropskom patentnom sudu.

II EVROPSKI PATENTI SUD

Nakon što je 1. jula 2000. Evropska komisija predložila prvu verziju Uredbe o komunitarnom patentu (koji je nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona prerastao u patent Unije),⁶ 23. decembra 2003. Komisija je iznela i predlog kojim je predviđeno osnivanje Suda za evropski patent i patent Unije.

1. Predlog sporazuma o Evropskom patentnom sudu

U Predlogu Komisije iz decembra 2003. godine o osnivanju Suda za evropski patent i patent Unije, prvobitno je bilo predviđeno da za sporove koji se tiču klasičnog evropskog patenta i sporove koji se tiču novog patenta Unije, umesto nacionalnih sudova, bude nadležan novi sud za patentne sporove. Predlog o osnivanju ovakvog suda je podrazumevao pristupanje Evropske unije Evropskom zavodu za patente. Da bi EU pristupila EZP, morao bi da se potpiše međunarodni ugovor između EU, država članica EU i država ugovornica KEP koje nisu članice EU. Potpisivanjem ovakvog ugovora, novi sud bi dobio ekskluzivnu nadležnost za rešavanje sporova koji se tiču patenta Unije.

Međutim, Evropski sud pravde je 8. marta 2011. dao negativno mišljenje o predloženom osnivanju Suda za evropski patent i patent Unije. Ovaj sud je zauzeo stav da predlog zadire u ovlašćenja koja su Ugovorima

⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, COM (2011)215 final.

⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement, COM (2011)216 final

⁶ Ugovorom iz Lisabona, koji je stupio na snagu 1. decembra 2009, ukinuta je tzv. tripartitna struktura EU i „izbrisane“ su razlike među stubovima, a Ugovor o osnivanju Evropskih zajednica je prerastao u Ugovor o funkcionisanju EU.

EU poverena institucijama EU i državama članicama EU. U obrazloženju negativnog mišljenja Evropskog suda pravde stoji da je predlog u suprotnosti sa Ugovorom o EU i Ugovorom o funkcionisanju EU i to po najmanje dva osnova. S jedne strane, ovakvim predlogom se pravosudnim organima država članica oduzimaju ovlašćenja koja se odnose na tumačenje i primenu prava EU. Uzimajući u obzir da su upravo države članice EU te koje imaju ključnu ulogu u očuvanju prirode komunitarnog pravnog poretka, očigledno je da je predlog u suprotnosti sa pravom EU. S druge strane, sam Evropski sud pravde je lišen ovlašćenja da, u okviru prethodnog postupka,⁷ odgovara na pitanja nacionalnih sudova država članica EU u vezi sa tumačenjem odredbi komunitarnog prava (odredbi Ugovora, akata koje su doneli organi Unije i statuta tela osnovanih aktom Saveta).⁸ Na ovaj način bi došlo do suštinske izmene karaktera ovlašćenja, poverenih institucijama EU i državama članicama EU, koja su neophodna za očuvanje same prirode pravnog poretka EU.⁹

U skladu sa Mišljenjem Evropskog suda pravde, Predlog o osnivanju suda za evropski patent i patent Unije je izmenjen i dopunjen. Novim predlogom su predviđene garancije da će se ovaj sud obraćati Evropskom sudu pravde po prethodnom pitanju, na isti način na koji to čine nacionalni sudovi država članica EU. Pored toga, prvobitnim predlogom o osnivanju Suda za evropski patent i patent Unije bilo je predviđeno da on bude nadležan i za države potpisnice KEP koje nisu članice EU (npr. Švajcarska, Norveška, Turska, itd.). Nakon negativnog mišljenja Evropskog suda pravde, odustalo se od te zamisli i predlog je izmenjen u smislu da je nadležnost novog suda ograničena samo na države članice EU.

Sporazumom je predviđeno da će Evropski patentni sud imati isključivu nadležnost za sporove u vezi sa evropskim patentom i budućim patentom Unije. Ovakvim rešenjem je otklonjena mogućnost da se niz patentnih parnica u vezi sa istim patentom pojavi u različitim državama članicama, kao i opasnost da se sudske odluke razlikuju od jedne do druge države. Osim toga, postojanje patenta Unije i jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova treba da doprinese smanjenju troškova za mala i srednja preduzeća i bude podsticaj za rad na novim pronalascima,

⁷ Čl. 267 Ugovora FEU (Postupak donošenja preliminarne odluke, postupak pribavljanja preliminarne, prethodne, prejudicijelne odluke).

⁸ J. Čeranić, „Predlog novog sistema zaštite pronalazaka u EU – patent Unije“, *Pravo i privreda*, 7-9/2012, str. 369-370.

⁹ E. Bonadio, „EJC Advocate General Rejects EU Patent Litigation Scheme“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 5/2010, str. 286-287.

obezbeđujući patent koji nije skup, koji je visokog kvaliteta i za koji je u Evropi nadležan jedan, specijalizovani sud.¹⁰

2. Sedište Evropskog patentnog suda

Jedno od pitanja koje je bilo sporno od samog početka i oko koga su se vodile brojne rasprave tiče se sedišta suda za patentne sporove. Zemlja u kojoj bude uspostavljeno sedište suda, osim velike ekonomske koristi, uživaće ugled u svetu inovacija (kao London u svetu finansija ili silikonska dolina u oblasti istraživanja i razvoja). S obzirom na sve privilegije koje će imati zemlja na čijoj teritoriji bude sedište suda, potpuno je očekivano da više od pola godine tri ozbiljne ekonomije EU, Francuska, Velika Britanija i Nemačka, nisu mogle da se dogovore da li da sedište suda bude u Parizu, Londonu ili Minhenu.

Posle dugih pregovora, predsednici država i vlada država članica EU su, na samitu održanom 29. juna 2012, postigli kompromis u vezi sa sedištem Evropskog patentnog suda. Predviđeno je da sedište suda bude u Parizu, a specijalizovani ogranci u Londonu i Minhenu.¹¹

Inače, pored sedišta u Parizu i ogranaka u Londonu i Minhenu, predviđena su i regionalna, tj. lokalna odeljenja suda. Shodno tome, očekuje se da će regionalni sud u Dizeldorfu, gde se vodi veliki broj patentnih sporova, težiti da dobije značajniju ulogu u okviru predloženog jedinstvenog postupka rešavanja sporova u vezi sa evropskim patentom i patentom Unije. Međutim, još uvek nije jasno definisan odnos između regionalnih sudova i centra.

3. Usklađenost Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu sa pravom EU

Pitanje usklađenosti Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu sa primedbama koje je Sud pravde izneo u Mišljenju od 8. marta 2011. opet je postavljeno u oktobru 2012. godine. Naime, grupa najuglednijih profesora i advokata iz oblasti prava intelektualne svojine je pokrenula

¹⁰ A. Pompidou, “ Un brevet unique permettra à l’ Union européenne d’être plus compétitive”, доступно на Интернет адреси : http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55, 17.10.2012.

¹¹ Ogranak u Minhenu biće nadležan za mehanički inženjering, a ovaj u Londonu za sporove u vezi sa farmaceutskim proizvodima.

inicijativu za ponovno preispitivanje usklađenosti ovog predloga sporazuma sa pravom EU.¹²

Predlogom sporazuma, koji bi trebalo da potpiše većina država članica EU, predviđeno je osnivanje novog međunarodnog pravosudnog organa koji će biti nadležan za sve sporove u vezi sa važenjem i povredama evropskog patenta i budućeg patenta Unije. Dakle, ovaj sud imaće ekskluzivnu nadležnost u oblasti patentnog prava EU.

Iako je Predlog sporazuma o evropskom patentnom sudu izmenjen i dopunjen kako bi se uskladio sa primedbama Evropskog suda pravde od 8. marta 2011, jedan deo naučne i stručne javnosti smatra da je ovaj predlog i dalje u suprotnosti sa pravom EU.

Na osnovu Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu, nacionalnim sudovima država članica EU oduzete nadležnosti u vezi sa evropskim patentom i patentom Unije. Na taj način, strane u sporu su u potpunosti lišene mogućnosti da im sude nacionalni sudovi, što je u suprotnosti sa pravom EU. Naime, pravosudni sistem EU, kao i pravni poredak EU i počiva upravo na saradnji nacionalnih sudova i Evropskog suda pravde.¹³

U pomenutoj inicijativi posebno je skrenuta pažnja na činjenicu da je zatraženo mišljenje Pravnog odbora Saveta o usklađenosti izmenjenog i dopunjenog Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu sa mišljenjem Evropskog suda pravde iz marta 2011. godine. Međutim, nakon što je Pravni odbor saveta izneo mišljenje o tome, zabranjeno da taj dokument bude dostupan javnosti.¹⁴ Upravo ovakva zabrana ostavlja prostora za sumnju o sadržini mišljenja Pravnog odbora Saveta. Ukoliko je u mišljenju zaključeno da je izmenjeni i dopunjeni predlog u skladu sa Ugovorima EU, zašto njegova sadržina nije dostupna javnosti?

Čini se da je aktuelna diskusija o lokaciji različitih institucija budućeg pravosudnog sistema i njihovim pravilnicima preuranjena i bespredmetna, naročito ako se, kao što postoje sumnje, kasnije ustanovi da je ceo sistem nelegalan, u smislu da je u suprotnosti sa Ugovorom o EU i Ugovorom o funkcionisanju EU. Osim toga, na ovaj način dovodi se u pitanje pravna sigurnost koja se mora garantovati stranama u sporu i otvara pitanje šta će

¹² "Motion on the project on European Patent Court by Law professors and lawyers", dostupno na Internet stranici: <http://www.unitary-patent.eu/content/motion-project-european-patent-court-law-professors-and-lawyers>, 23.10.2012.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Dokument Saveta 15856/11 od 21. oktobra 2011; odbijanje otvaranja potvrdio Savet: Dokument 5926/12 od 2. marta 2012, usvojen na sastanku 8. marta 2012.

biti sa presudama donesenim u okviru ovog jedinstvenog postupka? Štaviše, na institucionalnom i budžetskom planu, nije primereno da se već potpiše nacrt predloga, da se pristupi usklađivanju drugih tekstova (posebno KEP, Lugano konvencije i Uredbe 447/001), da se traži ratifikacija od strane država članica i da se dodele značajna budžetska sredstva za uspostavljanje ovog suda, ako postoji ozbiljan rizik da svi ti poslovi i troškovi budu uzaludni.¹⁵

U interesu je pravne sigurnosti da se još jednom detaljno razmotri pitanje legalnosti predloženog jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova u EU, koji počiva na radu Evropskog patentnog suda kao međunarodnog pravosudnog organa koji isključuje nadležnost sudova država članica EU. U pomenutoj peticiji grupe profesora i advokata (koja je naišla na veliki odjek u javnom mnjenju EU), navodi se da bi bilo dobro da se, ukoliko je moguće, zatraži novo mišljenje Evropskog suda pravde o usklađenosti izmenjenog i dopunjenog Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu sa pravom EU.

Razmatranje ovog pitanja neće neopravdano prolongirati napredak projekta u vezi sa uspostavljanjem novog Evropskog patentnog suda. Štaviše, vreme koje je potrebno da bi Evropski sud pravde izradio mišljenje može biti iskorišćeno tako da se popune neke praznine već uočene na projektu i razviju brojna pravila postupka koja će morati da budu usvojena za predloženi novi sud.

Takođe, pre nego što dođe do potpisivanja Predloga sporazuma o evropskom patentnom sudu, trebalo bi da se održi javna rasprava o ovom predlogu. Naime, ovaj Predlog sporazuma je, u poslednjoj poznatoj fazi izrade, dobio niz najrazličitijih kritika (npr. zbog praktičnih implikacija, kvaliteta sudija, troškova za kompanije itd.). Stoga bi bilo veoma korisno da se ovaj predlog iznese na javnu raspravu.¹⁶

IV ULOGA EVROPSKOG SUDA PRAVDE U OKVIRU PREDLOŽENOG JEDINSTVENOG POSTUPKA REŠAVANJA PATENTNIH SPOROVA U EU

Kada je reč o ulozi Evropskog suda pravde u okviru predloženog jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova, Predlogom uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentnom Unije

¹⁵ "Motion on the project on European Patent Court by Law professors and lawyers", dostupno na Internet stranici: <http://www.unitary-patent.eu/content/motion-project-european-patent-court-law-professors-and-lawyers>, 23.10.2012.

¹⁶ *Ibid.*

predviđena je nadležnost ovog suda za povrede članova 6, 7, 8 i 9. Što se tiče sadržine ovih članova, član 6 se odnosi na direktne povrede patenta Unije, član 7 na indirektne povrede patenta Unije, član 8 na ograničenja prava dobijenih na osnovu patenta Unije i član 9 na iscrpljenje ovih prava. Dakle, članovima 6, 7, 8 i 9 Predloga uredbe je određen minimum zajedničkog materijalnog prava patenta Unije.

1. Brisanje članova o nadležnosti Evropskog suda pravde iz Predloga uredbe o patentu Unije

Još tokom pregovora o sadržini Predloga uredbe o patentu Unije, predstavnici Velike Britanije zalagali su se da Evropski sud pravde bude izopšten iz postupka rešavanja sporova u vezi sa evropskim patentom i patentom Unije. Oni su smatrali da dodela nadležnosti Evropskom sudu pravde u ovoj oblasti može da dovede do niza neželjenih posledica. Kao osnovne probleme, isticali su da će odluke donositi sudije koje nisu stručnjaci u oblasti patentnog prava, da će zbog opterećenosti Evropskog suda pravde biti velikih kašnjenja prilikom donošenja odluka koje se tiču patenta Unije, da će se pojaviti dodatni troškovi itd. Velika Britanija je išla tako daleko da je više puta isticala da se, ukoliko Evropski sud pravde učestvuje u postupku za rešavanje sporova u vezi sa evropskim patentom i budućim patentom Unije, dovodi u pitanje svrha specijalizovanog Evropskog patentnog suda. Uprkos ovoj argumentaciji, predlozi Velike Britanije su svaki put bivali odbačeni.

Međutim, na samitu održanom 29. juna 2012. godine Evropski savet je napravio presedan u smislu da su predsednici država i vlada država članica EU potpuno nelegalno uklonili pomenuta četiri člana iz Predloga uredbe o patentu Unije sa obrazloženjem da se identične odredbe nalaze u Predlogu sporazuma evropskom patentnom sudu. Ovakav potez Evropskog saveta otvorio je najmanje tri problema.

Prvo, Predlog sporazuma o evropskom patentnom sudu je međudržavni sporazum. Budući da EU, kao takva, nije potpisnica sporazuma, ovaj sporazum ne predstavlja deo prava EU. Shodno tome, Evropski sud pravde neće biti nadležan ni po jednoj tački patentnog prava, drugim rečima neće postojati mogućnost provere da li su odluke novog specijalizovanog suda u skladu sa pravom EU.¹⁷

Drugo, ukoliko se iz Uredbe o patentu Unije izbrišu članovi 6, 7, 8 i 9, ne može se uopšte govoriti o pravu intelektualne svojine EU kojom se

¹⁷ „Disunion and anti-Europeanism of the European Union with the unitary patent“, dostupno na internet adresi : <http://www.unitary-patent.eu/content/disunion-and-anti-europeanism-european-union-unitary-patent>, 22.10.2012.

obezbeđuje uniformna zaštita. Nepostojanje ovih članova znači da je državama članicama u potpunosti ostavljeno da odrede prava titulara evropskog patenta sa dejstvom na teritoriji cele EU. Dakle, sva pitanja u vezi sa tim šta titular patenta može da uradi biće određena nacionalnim pravom. Ukoliko države članice imaju mogućnost da određuju širinu zaštite patentom, unitarni efekat te zaštite je ugrožen, jer svaka država članica može da materijalizuje zaštitu na drugačiji način.¹⁸

I treće, Evropski savet, na osnovu Ugovora EU, daje neophodne podsticaje Uniji za njen razvoj i utvrđuje njenu opštu političku orijentaciju i prioritete. On ne vrši zakonodavnu funkciju.¹⁹ Dakle, uklanjanjem pomenutih članova iz Predloga uredbe o patentu Unije, Evropski savet je prekoračio svoja ovlašćenja. Inače, nameće se pitanje da li ovaj potez Evropskog saveta predstavlja presedan ili pretili da postane praksa? Drugim rečima, da li Evropski savet, kao jedan moćan organ, ali politički, a ne zakonodavni organ, koji okuplja dvadeset sedam šefova država ili vlada država članica EU, namerava da nastavi da prekoračuje ovlašćenja i da svaki put pod pritiskom neke države ili interesne grupacije, nelegalno menja odluke Saveta ministara i Evropskog parlamenta. Čini se da postoji tendencija da Evropski savet preuzima sve više ovlašćenja koja mu ne pripadaju na osnovu Ugovora EU, čime se otvara Pandorina kutija u oblasti prava EU.

2. Odlaganje glasanja u vezi sa patentom Unije

S obzirom na sve pomenute argumente, na zasedanju 2. jula 2012, kada je trebalo da glasa o patentnom zakonodavnom paketu, Evropski parlament je najoštrije osudio ovakav način menjanja sadržine uredbe. Poslanici su bili saglasni da je brisanjem ovih članova Evropski savet načinio ozbiljnu povredu ne samo proceduralne, već i suštinske prirode.²⁰ Stoga je Evropski parlament jednoglasno doneo odluku da se glasanje o tzv. patentom zakonodavnom paketu odloži, a da se predmet vrati Odboru za pravne poslove Evropskog parlamenta na ponovno razmatranje kako bi se i on izjasnio povodom mera koje je preduzeo Evropski savet.

Odbor za pravne poslove Evropskog parlamenta je 10. jula 2012, nakon rasprave o izmenjenom tekstu Predloga uredbe o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije, potvrdio da je potez

¹⁸ “ Why the European Council has killed any workable EU patent?“, dostupno na internet adresi : <http://unitary-patent.eu/content/why-european-council-has-killed-any-workable-eu-patent>, 20. 10.2012.

¹⁹ Čl. 15, st. 1 Ugovora EU.

²⁰ “Plenary vote postponed“, dostupno na internet adresi : <http://unitary-patent.eu/content/plenary-vote-postponed>, 14. 10. 2012.

Evropskog saveta u suprotnosti sa redovnim zakonodavnim postupkom. Naime, Evropski savet je, umešavši se u redovan tok zakonodavnog postupka, prekoračio ovlašćenja koja mu pripadaju na osnovu Ugovora EU.²¹ Članovi ovog odbora su podvukli da je Predlog uredbe bez pomenuta četiri člana besmislen i da onemogućava stvaranje pravog patenta Unije. S tim u vezi, Odbor je doneo odluku da se, na jesen 2012, u Evropskom parlamentu ponovo otvori rasprava o patentu Unije.

Patent Unije se tek u oktobru 2012. godine našao na dnevnom redu Odbora za pravne poslove Evropskog parlamenta. Međutim, tom prilikom nije se raspravljalo o ključnim pitanjima, kao što su pravna sigurnost i važnost da uredba bude legalna, već je načeto drugo pitanje, a to je odgovornost Saveta u pokušaju da umanjí suverenitet Parlamenta prilikom definisanja šta je patentibilno, a šta nije.²²

VI ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uzimajući u obzir da se situacija u vezi sa uspostavljanjem jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova u EU dvostruko iskomplikovala, u ovom trenutku je veoma teško pretpostaviti kako će se dalje odvijati ceo projekta.

S jedne strane, kada je reč o samom Predlogu sporazuma evropskom patentnom sudu, koji čini treću komponentu tzv. patentnog zakonodavnog paketa, grupa najuglednijih profesora prava i advokata koji se bave intelektualnom svojinom je, u oktobru 2012. godine, pokrenula inicijativu za ponovno preispitivanje usklađenosti ovog predloga sa pravom EU. Navodi se, između ostalog, da bi trebalo zatražiti novo mišljenje Evropskog suda pravde o usklađenosti Predloga sporazuma sa pravom EU. Ova inicijativa naišla je na veliki odjek u evropskim naučnim i stručnim krugovima, a ostaje da se vidi da li će je evropski zvaničnici uzeti u razmatranje.

S druge strane, što se tiče dve uredbe o patentu Unije, u poslednjem trenutku je došlo do preokreta. Nakon što je u toku 2011. godine ideja o uspostavljanju zaštite pronalazaka patentom Unije pravno uobličena, a u junu 2012. godine rešeno pitanje sedišta Evropskog patentnog suda, očekivalo se da Evropski parlament i Savet u 2012. godini izglasaju dve uredbe o patentu Unije. Međutim, dogodilo se nešto neočekivano, tačnije

²¹ "Unitary Patent: European Parliament reinstall a democratic procedure. Let's take a part in this!", dostupno na internet adresi: <http://unitary-patent.eu/content/unitary-patent-european-parliament-reinstall-democratic-procedure-lets-take-part>, 22.10. 2012

²² „European Parliament demands that Council stops derailing Unitary Patent“, dostupno na Internet adresi : <http://www.unitary-patent.eu/content/european-parliament-demands-council-stops-derailing-unitary-patent>, 22.10.2012.

Evropski savet je prekoračio svoja ovlašćenja, umešavši se u redovan tok zakonodavnog postupka. Na samitu u junu 2012. godine Evropski savet je doneo odluku da se iz teksta Uredbe o patentu Unije izbrišu odredbe koje se tiču nadležnosti Evropskog suda pravde. Nakon toga, Evropski parlament je najoštrije osudio ovakav potez Evropskog saveta i odložio glasanje o uredbi.

U slučaju da države članice ne izglasaju patentni zakonodavni paket, moraće da se pristupi izradi novog teksta. Zapravo, nelegalni potez Evropskog saveta može dovesti do ponovnog otvaranja pregovora o patentu Unije, čime se produžava ovaj višedecenijski projekat i odlaže uspostavljanje zaštite pronalazaka patentom Unije. Dakle, budućnost patenta Unije, pa samim tim i jedinstvenog postupka rešavanja patentnih sporova u EU, je i dalje neizvesna.

Jelena Čeranić, Ph.D,
Research associate at the
Institute of Comparative Law in Belgrade
Assistant professor at the Faculty of Law
of the University of Banja Luka

PROPOSED UNIFIED PATENT LITIGATION SYSTEM IN EU

The paper deals with the proposed Unified Patent Litigation System in EU. After introductory notes on the reasons for proposing this system, the first part of the article is dedicated to the European Patent Court. Draft agreement on the European Patent Court is a part of Unitary patent package, together with the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the Unitary patent protection and the Proposal for a Regulation of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the Unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements. Special attention is devoted to the conformity of the new draft with the European Union Treaty and the Treaty on the Functioning of the European Union. In the second part of the article, the author analyses the role of the European Court of Justice within the proposed Patent Litigation System in EU. By the end of Jun 2012, heads of States and governments, removed the provisions organizing control by the European Court of Justice of litigations concerning Unitary patents.

European Parliament was due to debate and vote on the Unitary patent. However, MEPs rebelled against the European Council's desire to substantially change the text at the last minute. They unanimously postponed the vote and sent the text back for reconsideration by the committee. So, *the perspective of Unified Patent Litigation system is still questionable.*

Key words : *Unitary Patent, European Patent Court, European Court of Justice, European Union, EU Treaty.*

OSVRT NA KAZNENOPRAVNU ZAŠTITU ŽIGOVA PREMA NOVOM TRGOVINSKOM SPORAZUMU ACTA

Potpisivanje kontraverznog međunarodnog sporazuma ACTA, inicijalna uloga najrazvijenijih zemalja, pridruživanje većine država članica Europske unije, porast krivotvorina i piraterije na svjetskom tržištu, burna reakcija javnosti na tekst ACTA-e, brojni prosvjedi, hakerski napadi na državne i državničke internetske stranice, inzistiranje na poštivanju digitalnih prava, te osobnih prava i prava privatnosti – dio je recentne globalne scene po ovoj problematici, što sve izaziva niz otvorenih pitanja glede pravne zaštite prava intelektualnog vlasništva danas kao i mogućih kolizija s ostvarenjima temeljnih ljudskih prava. U ovom tekstu, uz osvrt na temeljne odrednice sporazuma ACTA, autor istražuje i još jedno pitanje donosi li ovaj ugovor neke novine u pogledu kaznenopravne zaštite znakova razlikovanja na Internetu u odnosu na već postojeće međunarodne i komunitarne pravne izvore i nacionalna zakonodavstva u ovom pravnom području.

KLJUČNE REČI: ACTA; hakerski napadi; piraterija; pravo industrijske svojine; internet; EU

1. Općenito o Trgovinskom sporazumu ACTA

Trgovinski sporazum o sprječavanju krivotvorina (Anti-Counterfeiting Trade Agreement , dalje: ACTA) je međunarodni ugovor koji ima za svrhu utvrditi međunarodne standarde za zaštitu prava intelektualnog vlasništva od povreda, odnosno neovlaštenog i nezakonitog korištenja tih prava od trećih osoba bez dopuštenja nositelja tih prava, posebice u suvremenom digitalnom okruženju.

Cilj je ovog Sporazuma uspostaviti međunarodni pravni okvir namijenjen za sprječavanje krivotvorene robe i povreda autorskih prava na Internetu, te formirati nova tijela u okrilju same ACTA-e, izvan postojećih institucija kao što su Svjetska trgovinska organizacija (WTO), Svetska organizacija za intelektualno vlasništvo (WIPO) ili Ujedinjeni narodi (UN).

Sporazum ACTA je potpisan 1.listopada 2011. godine u Tokiju, od strane Australije, Kanade, Japana, Maroka, Nevog Zelanda, Singapura , Južne Koreje i SAD-a, a tom *summitu* prisustvovali su kao promatrači i predstavnici Europske unije, Švicarske i Meksika ostavljajući mogućnost potpisa sporazuma ACTA *pro futuro* . Sporazum ACTA stupiti će na snagu tek kada ga ratificira šest država potpisnica, ali je već izazvao neviđene reakcije javnosti.

Dakle, u manje od mjesecdana od njegovog potpisivanja, sporazum ACTA izazvao je brojne *pro et contra* reakcije, od zagovaratelja primjene ovog Sporazuma koji polaze od potrebe sprječavanja daljnjeg porasta krivotvorina i piraterije¹ na globalnom tržištu, posebice s obzirom na tržišnu komponentu suvremenih komunikacijskih mreža i digitalne tehnologije uopće, do protivnika primjene Sporazuma koji kritike temelje na stajalištu kako ovaj ugovor može proizvesti kršenja temeljnih ljudskih privatnih i digitalnih prava, uključujući prije svega slobodu izražavanja i privatnost u komuniciranju.

U pripremi ovog Sporazuma na specifičan način sudjelovala je i Europska unija. Tako je u fazi kreiranja sadržaja Sporazuma Europska komisija podnijela izvješće od 26.kolovoza 2008.godine u svrhu dobivanja mandata od strane Europskog parlamenta za pregovaranje glede ACTA, u kojem iznosi gledište kako se radi o međunarodnom ugovoru koji predstavlja novo nastojanje u cilju zaštite prava intelektualnog vlasništva kao ključnog instrumenta razvoja i inovacijske politike zemalja sudionica projekta pripreme ugovora ACTA.

¹ Pod krivotvorenom robom naročito se u smislu žigovne zaštite smatra roba, uključujući i njezino pakiranje, koja je bez odobrenja obilježena znakom koji je istovjetan žigu valjano registriranom za istu vrstu proizvoda, ili koji se u bitnim obilježjima ne može razlikovati od takvog žiga, i koja time povrjeđuje pravo nositelja tog žiga. Nadalje, krivotvorinama se smatra i svaki simbol žiga (logotip, etiketa, naljepnica, brošura, uputstvo za uporabu, jamstveni list, i dr.), neovisno je li je podnesen zajedno s robom ili odvojeno, odnosno pakiranje obilježeno žigom krivotvorene robe, a koje se podnosi odvojeno u istim okolnostima kao i gore navedena krivotvorena roba. Krivotvorenu robu treba dijeliti od piratske robe, pod kojom podrazumijevamo robu koja je izrađena ili sadrži primjerke koji su izrađeni bez odobrenja nositelja autorskog prava ili srodnih prava ili nositelja industrijskog dizajna ili bez odobrenja osobe koju je ovlastio nositelj prava, bez obzira jesu li su navedena prava registrirana, sukladno zakonu, ako se izradom tih primjeraka povrjeđuje autorsko pravo ili srodna prava ili prava iz industrijskog dizajna koja vrijede u određenoj državi ili na širem području.

Na početku 2010. godine Europska komisija je pozdravila u ACTA-i predviđene kaznene sankcije, posebice kada se radi o slučajevima neovlaštenih korištenja žigova i autorskih prava na komercijalnoj razini, iza čega slijedi Rezolucija Europskog parlamenta od 10. ožujka 2010. godine glede transparentnosti i pravila pregovaranja u svezi s ACTA, koja potvrđuje kako je nacrt sporazuma ACTA na tragu prijedloga europske regulative koji je u fazi rasprave i donošenja (COD/2005/0127 – Criminal measures aimed at assuring the enforcement of intellectual property rights) .

Sporazum ACTA je sukladno čl.39. otvoren za potpisivanje do 31. ožujka 2012. godine za sve sudionike pregovora i sve članice WTO. Nakon toga datuma, članice WTO koje nisu potpisale ACTA, mogu se pridružiti Sporazumu nakon što to odobri Odbor ACTA-e sukladno čl.43. ACTA.

Europska unija i 22 države članice potpisale su sporazum ACTA dana 26. siječnja 2012. godine, dok su preostale države članice (Cipar, Estonija, Njemačka, Nizozemska i Slovačka) zadržale potpis do provedbe kompletne procedure prema nacionalnim pravilima za međunarodne ugovore takve razine .² S obzirom na skoro punopravno članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji, nužno je usvojiti hrvatske stavove glede ovog Sporazuma, kako bi se sagledale njegove pozitivne i negativne aspektacije.

Ipak, u manje od mjesec dana od potpisa, zbog niza prosvjeda Poljska je zaustavila postupak ratifikacije sporazuma ACTA dana 3. veljače 2012. godine, a isto su najavile i Češka, kao i države članice Njemačka i Slovačka koje ugovor još nisu ni potpisale.

Posebnu pozornost izaziva to što ACTA predviđa u čl.36. uspostavljanje posebnog Odbora ACTA-e kao svog administrativnog i upravnog tijela koje egzistira izvan postojećih međunarodnih institucija, što izaziva brojne polemike i pitanja glede pretjerane samovlasnosti organa ACTA-e, posebice u odnosu na nacionalna zakonodavstva.

U uvodnim odredbama ACTA uređuje se svrha ovog Sporazuma u odnosu na druge sporazume i međunarodne ugovore koji obvezuju države članice ACTA-e.

² Kad je Poljska iskazala svoju namjeru potpisati sporazum ACTA 18. siječnja 2012. godine, brojni vladini website-i , uključujući onaj Predsjednika Parlamenta Poljske, su bili "srušeni" u sklopu napada vezanih za prosvjede glede dvaju pravnih prijedloga u SAD-u – SOPA i PIPA. Također, ovo nije ostalo bez odjeka i u europskim institucijama, gdje je zapamćen nastup EU izvjestitelja za ACTA-u g. Kadera Arifa koji je 26. siječnja 2012. godine između ostaloga kazao: " Ja želim odaslati snažni signal i alarmirati javno mnijenje o ovoj neprihvatljivoj situaciji. Ne želim sudjelovati u ovoj maskaradi."

Pravni okvir za zaštitu prava intelektualnog vlasništva izražen je u pet posebnih odjeljaka Sporazuma. Opće obveze predviđaju implementaciju zaštite u posebne zakone, potrebu poštenog postupanja u ovim predmetima te potrebu proporcionalnosti između ozbiljnosti povreda, interesa trećih osoba i odgovarajućih sredstava, mjera i sankcija.

Protivnici primjene sporazuma ACTA pozivaju se na zaštitu osobnih prava i prava privatnosti, te digitalnih prava. Ukazati valja i ovdje na osnovne pojmološke odrednice. Tako osobna prava definiramo kao prava privatnopravne naravi koja pripadaju pravnom subjektu, dajući mu neposrednu, apsolutnu pravnu vlast glede onih njegovih osobnih, neimovinskih dobara čiju zaštitu jamči pravni poredak i to da s tim dobrima i koristima od njih čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima.³ Takva su osobna prava primjerice pravo na tjelesni integritet, pravo na slobodu, pravo na čst i ugled, pravo na privatnost, pravo na osobni identitet, pravo na duševni integritet i sl.

Kada tome sučelimo žig odnosno žigovno pravo u subjektivnom smislu onda vidimo brojne dodirne točke s osobnim pravima. Žigovno pravo u subjektivnom smislu može se odrediti kao objektivnim pravom priznato pravo nositelja žiga u pogledu njegovog žiga.⁴ Naime, žig je isključivo pravo koje ovlašćuje svog nositelja da u gospodarskom prometu rabi svoj registrirani znak. Pri tome ova subjektivna isključiva prava mogu biti limitirana određenim zakonom propisanim ograničenjima, trpljenjima uporabe odnosno iscrpljenjima prava.

Funkcija označavanja podrijetla proizvoda ili usluga imanentna je definiciji pojma žiga, te je temeljna funkcija žiga, koja u sebi sadržava tri podfunkcije – označavanje podrijetla, razlikovnost i identifikaciju. U pravnoj teoriji postoji neprijeporno stajalište kako žig ima temeljnu svrhu označiti određeni proizvod ili uslugu.⁵ Naime, cilj označavanja je u tome da se određeni proizvodi ili usluge razlikuju od iste ili slične proizvode ili usluge drugog poduzetnika, a sve u cilju omogućavanja nositelju žiga da individualizira svoje proizvode i usluge u odnosu na iste ili slične proizvode i usluge drugih poduzetnika.⁶ Prema svojoj funkciji označavanja podrijetla, svaki žig jamči potencijalnim kupcima proizvoda ili korisnicima usluga kako proizvodi ili usluge koje su njime označeni konstantno potječu od istog

³ Cit. *Ibid.*, str. 27.

⁴ Detaljnije o subjektivnim žigovnim pravima kod ČIZMIĆ, J., ZLATOVIĆ, D., *op. cit.*, str. 199.- 210.

⁵⁵ Više kod CORNISH, W., *Intelektualno vlasništvo – sveprisutno, ometajuće, nebitno?*, Omnilex, Zagreb, 2008., str.124.

⁶ Usp.SACK, R., *Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichen*, GRUR, 7/72, str.403.

poduzetnika. Međutim u praksi nailazimo situacije da određeni žig ukazuje na točno određenog poduzetnika koji takvim žigom označava svoje proizvode ili usluge, dok u nekim situacijama žig ne sadrži podatke o tome od kojeg poduzetnika potiče roba označena određenim žigom.⁷ Dakle, radi se o pravu koje podsjeća na pravo na osobni identitet iz kruga osobnih prava. Stoga, osoba koja polaže pravo na osobni identitet ne može bez dopuštenja nositelja prava koristiti primjerice njegov žig jer se radi također o pravu kojim se štiti identitet, ovdje proizvoda odnosno usluga a posredno i samog nositelja tih prava kao poduzetnika ili trgovca. Zaključiti je da ni jedno osobno pravo ne može biti nadređeno pravu intelektualnog vlasništva, odnosno da se sloboda i pravo uživanja osobnih prava ne može manifestirati na način koji vrijeđa ravnopravna prava drugih osoba u pogledu primjerice njihovih žigova, a jasno ni *vice versa*.

Nadalje, pravo na privatnost jest pravo osobe da svoj osobni, obiteljski i kućni život vodi zasebno i nezavisno od drugih, ne vrijeđajući tuđa prava ni zakonska ograničenja, ali ograđujući se od tuđeg neovlaštenog zadiranja. Žig je monopolno pravo koje njegovom nositelju jamči ekskluzivno pravo korištenja znaka zaštićenog žigom za označavanje svojih proizvoda ili usluga, odnosno da zabrani drugim osobama neovlašteno korištenje istog ili sličnog žiga za označavanje iste ili slične vrste proizvoda ili usluga. Istodobno, žig je apsolutno pravo, jer ga njegov nositelj može istaći prema svakoj osobi koja bi pokušala koristiti njegov žig za označavanje svojih proizvoda ili usluga. Povredom ili ugrožavanjem žiga može se smatrati svaka neovlaštena uporaba zaštićenog znaka od strane drugoga sudionika u gospodarskom prometu kao i neovlašteno raspolaganje i promjene na žigu.⁸ Dakle, ne može se pozivati na pravo na privatnost onaj tko vrijeđa tuđe pravo na žig, jer je ono priznato pravo i prema nacionalnim zakonima i prema međunarodnim pravnim rješenjima i dokumentima.

Sloboda izražavanja obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja. Sloboda izražavanja jest jedan od bitnih uvjeta za napredak društva, kao i za razvoj svakog čovjeka, ali ta sloboda ne može uključivati neovlašteno raspolaganje tuđim intelektualnim dobrima kao što su primjerice autorsko pravo (copyright u anglosaksonskom pravnom krugu) i pravo na žig. Tome svjedoči i stipulacija čl.10.st.2. Europske konvencije o ljudskim pravima. Ova sloboda, kao jedna od zasada demokratskih društava, mora se povlačiti pred zaštitom ugleda ili prava drugih nositelja, osim u slučaju kada sami nositelji određena svoja zaštićena dobra stave na raspolaganje javnosti kao u slučaju određenih *copyright* sadržaja odnosno licencija otvorenog tipa.

⁷ Cit. SCHLEUP, W.R., *Das Markenrecht als subjektives Recht*, Basel, 1964., str.68.

⁸ Tako ČIZMIĆ, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, Tehnološki centar Rijeka I Tiskara Maslina Split, 1998., str.471.

2. Znakovi razlikovanja i kaznenopravna zaštita žigova prema Sporazumu ACTA

Znakovi razlikovanja obuhvaćaju:

- a) industrijski dizajn – slike i crteže ili oblike tijela koja služe kao predlošci za proizvodnju⁹,
- b) robne i uslužne žigove – znakove po kojima se jedna roba ili usluga razlikuje od ostalih roba ili usluga iste ili slične vrste,
- c) oznake podrijetla proizvoda kojima se štite zemljopisni nazivi proizvoda,
- d) oznake izvornosti¹⁰;
- e) tvrtku¹¹.

Prva, karakteristika znakova razlikovanja je da svi znaci koji služe za razlikovanje robe moraju biti različiti od već postojećih znakova obilježavanja i moraju po svojim vanjskim obilježjima, biti novi u gospodarskom prometu, i razlikovati se od ostalih znakova – uvjet distinktivnosti, odnosno novosti. Druga zajednička karakteristika ovih znakova je da su namijenjeni gospodarskom prometu, dok je treća zajednička karakteristika ovih znakova da predstavljaju rezultate stvaralačkog rada svojih autora. Da bi uživali pravnu zaštitu, znaci razlikovanja moraju sadržavati izvorna estetska rješenja, a ne preuzeta rješenja već poznata u svijetu industrijskog dizajna, robnih i uslužnih žigova.¹²

Žigom se štiti svaki znak koji se može grafički prikazati, osobito riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, trodimenzijske oblike, boje, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova, pod uvjetom da su prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika. U Republici Hrvatskoj pravo na žig regulirano je odredbama Zakona o žigu (NN br.173/03,76/07, 30/09 i 49/11), te odredbama posebnih

⁹ Zakon o industrijskom dizajnu (NN 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11).

¹⁰ Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga (NN br. 173/2003, 76/2007, 49/2011)

¹¹ Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08 i 137/09)

¹² Cit. Verović, M., *Osvrt na neke novosti kod odgovornosti za štetu kod povrede znakova razlikovanja u hrvatskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.47., 4/2010, str.906.

zakona i Pravilnika o žigu.¹³ Žig se u Republici Hrvatskoj stječe registracijom odnosno upisom u odgovarajući registar kod Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo.

Pravo na žig temelji se na načelima teritorijalnosti i specijalnosti. Prema načelu teritorijalnosti pravo na žig priznaje se u načelu za područje određene države, izuzev slučajeva međunarodne registracije odnosno žiga Zajednice (EU žig) kada se radi o postizanju zaštite u više država odnosno u okrilju određene supranacionalne regionalne zajednice država.¹⁴ Prema načelu specijalnosti pravo na žig kao isključivo pravo odnosi se na točno određene kategorije roba ili usluga za koje je žig registriran. To znači da paralelno mogu egzistirati više istih ili sličnih žigova, ali za različite vrste roba ili usluga, osim u slučaju proširene zaštite čuvenih (glasovitih, renomiranih) žigova koji se štite neovisno o kategorijama roba ili usluga za koje su formalno registrirani sukladno pravilima žigovnog prava i prava nelojalne utakmice (nepošteno tržišno natjecanje).

Načela teritorijalnosti i specijalnosti koja se primjenjuju u žigovnom pravu nemaju značenja u virtualnom prostoru s obzirom na globalni karakter Interneta, za razliku od Internet adrese koja je jedinstvena i ne može biti teritorijalno ograničena.

S temelja isključivih prava nositelj žiga ima pravo spriječiti sve treće strane da bez njegova odobrenja u trgovačkom prometu rabe:

- svaki znak koji je istovjetan s njegovim žigom u odnosu na proizvode ili usluge koje su istovjetne s onima za koje je žig registriran,
- svaki znak kad, zbog istovjetnosti s njegovim žigom ili sličnosti njegovu žigu i istovjetnosti ili sličnosti proizvodima ili uslugama obuhvaćenima tim žigom i tim znakom, postoji vjerojatnost dovođenja javnosti u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu toga znaka i žiga,
- svaki znak koji je istovjetan s njegovim žigom ili sličan njegovu žigu u odnosu na proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je žig registriran, kad taj žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kad uporaba toga znaka bez opravdanoga razloga nepošteno iskorištava razlikovni karakter ili ugled žiga ili im šteti.

¹³ Zlatović, D., *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008., str. 39.-40.

¹⁴ Manigodić, M., Manigodić, Đ., *Komunitarni žig*, Draganić, Beograd, 2004. str. 11.; Mešević, I.R., *Proširenje Evropske unije i njegov uticaj na sistem komunitarnog žiga*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLIX – 2006., str. 229.

U tom smislu nositelj žiga može zabraniti i sljedeće:

- isticanje znaka na proizvodima ili njihovim pakiranjima,
- nuđenje proizvoda, ili njihovo stavljanje na tržište ili skladištenje u te svrhe pod tim znakom, ili nuđenje ili pružanje usluga pod tim znakom,
- uvoz ili izvoz proizvoda obilježenih tim znakom,
- uporabu znaka na poslovnim dokumentima i u reklamiranju.

Iz ovih zakonskih odredbi razvidno je da neovlaštene osobe se moraju sustegnuti od uporabe tuđeg žiga u nedozvoljene svrhe i na Internetu.¹⁵

Uz povrede prava na žig do kojih može doći korištenjem tuđeg žiga u nazivu Internet domene, može doći i do direktnih povreda žiga na Internetu.¹⁶

Kako se Internet odnosi na interaktivni komunikacijski medij koji sadrži informacije koje su istovremeno i trenutačno dostupne neovisno o teritorijalnom položaju pripadnika javnosti s mjesta i u vrijeme koje oni pojedinačno odaberu, mogućnosti da netko na Internetu zlouporabi tuđi žig je iznimno velika, dok su mogućnosti otkrivanja povrede i počinitelja, a mogućnosti zaštite prava nositelja žiga znatno limitirane.¹⁷

Prema Sporazumu ACTA pod robom označenom krivotvorenim žigom smatraju se bilo koji proizvodi, uključujući pakiranje, koji su obilježeni znakom bez dopuštenja nositelja koji je identičan žigu valjano registriranom u odnosu na takve proizvode, ili koji se u temeljnim obilježjima ne može bitno razlikovati od tog žiga, te koji vrijeđa prava nositelja žiga prema pravu države u kojoj se postupa.¹⁸

Sporazum sadrži niz mjera građanskopravne (civilne), kaznene i carinske naravi, slijedeći ranije dosege pravne zaštite predviđene primjerice u TRIPS Sporazumu (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva – WTO/GATT)¹⁹, europskoj Direktivi 2004/48/EZ

¹⁵ Slakoper, Z. Mihelčić, G., Zlatović, D., *Osnove prava za informatičare*, Varaždin, 2007., str.78.

¹⁶ Frassi, P.A.E., *Internet e segni distintivi*, Rivista di Diritto Industriale, 1997, Parte II, str.178.

¹⁷ Prlja, D., Lilić, S., Savović, M., *Internet vodič za pravnike*, FastPrint, Beograd, 2006., str.6.

¹⁸ Ova definicija nije novina ni u pravu Republike Hrvatske, jer je gotovo identična onoj koja je sadržana u čl.2.st.1.toč.1. Uredbe o provedbi carinskih mjera u vezi s robom za koju postoji sumnja da povrjeđuje određena prava intelektualnog vlasništva (NN 50/06 i 82/07).

¹⁹ Čizmić, J., Zlatović, D., op.cit., str. 531.

o provedbi prava intelektualnog vlasništva²⁰ i hrvatskom nacionalnom zakonodavstvu u području prava intelektualnog vlasništva²¹, te ćemo odredbe Sporazuma ACTA komparirati upravo s navedenim pravnim vrelima u području kaznenopravne zaštite žigova.

Sporazum ACTA posvećuje kaznenoj zaštiti od povreda prava intelektualnog vlasništva cijelo jedno poglavlje, te se čini da je upravo po tome ovaj Sporazum poseban. I većina primjedbi na tekst Sporazuma bazira se na strogosti kazni kojima mogu biti izloženi povreditelji zaštićenih prava, posebice ako do tih povreda dođe korištenjem suvremene digitalne tehnologije odnosno neovlaštenim korištenjem na Internetu.²²

U čl.23. Sporazuma ACTA jasno se daje na znanje kako države članice mogu svojim zakonodavstvima predvidjeti kazneni progon i sankcije primjenjive isključivo u slučajevima neovlaštenog korištenja žigova ili autorskog prava i srodnih prava na komercijalnoj razini. Radnje učinjene na komercijalnoj razini uključuju samo one radnje kojima je cilj neposredna ili posredna gospodarska ili komercijalna korist. Stoga se izričito navodi kako se ne može penalizirati ona djela koja su izvan komercijalne razine uključujući one aktivnosti koje ne dovode do izravne ili neizravne ekonomske ili komercijalne koristi.

Države članice mogu predvidjeti kazneni progon u onim slučajevima neovlaštenog uvoza i tuzemne uporabe, na trgovinskoj ili komercijalnoj razini, oznake ili pakovanja na kojima je žig korišten bez dopuštenja koji je identičan ili sličan registriranom žigu na tom području i koji je namjeravan biti korišten u odnosu na robe ili usluge za koje je zaštićen registrirani žig.

Također se predviđa i kaznena odgovornost onih osoba koje povreditelju iz čl.23. ACTA-e pružaju pomoć kod izvršenja kaznenog djela

²⁰ Matanovac, R., *Gradansko-pravna zaštita prava intelektualnog vlasništva u odnosu prema Direktivi 2004/48/EZ o provedbi prava intelektualnog vlasništva – analiza stanja i nagovještaj promjena*, u Matanovac, R. (op.red.) et al., *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 119.

²¹ Pozitivno hrvatsko zakonodavstvo u području prava intelektualnog vlasništva dostupno je na internet stranici Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo RH <http://www.dziv.hr/hr/zakonodavstvo/nacionalno-zakonodavstvo> (posjećena 23.3.2012.).

²² U Republici Hrvatskoj, gotovo pretpostavljajući rješenja iz ACTA-e, postoje kvalitetna rješenja u području kaznene zaštite prava intelektualnog vlasništva od povreda tih prava, kako u sada važećem Kaznenom zakonu (NN br. 110/97., 27/98. – ispravak, 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08. i 57/11.)), tako i u novom Kaznenom zakonu (NN 125 /11) koji će stupiti na snagu 1.siječnja 2013. O sadašnjoj pravnoj situaciji detaljnije kod Zlatović, D., *Kaznenopravna zaštita u području prava intelektualnog vlasništva i kompjutorskog prava*, Novi informator, br. 6012., od 19.10.2011., str. 13-14 i br. 6013., od 22.10.2011., str. 11. i Zlatović, D., *Novine u kaznenopravnoj zaštiti intelektualnog vlasništva*, Informator, br.6056., od 21.3.2012., str.9.

ili na na to kazneno djelo potiče, kao i kaznena odgovornost pravnih osoba za kaznena djela iz čl.23.st.1., 2. i 3. ACTA-e, dok se kriminalizacija pokušaja ovih kaznenih djela samo *implicite* nazire u ACTA-e.²³

Može se predvidjeti i kaznena odgovornost pravnih osoba u državama članicama sukladno njihovim pravnim zasadama, koja odgovornost ne dovodi u pitanje kaznenu odgovornost fizičkih osoba koje su počinile takvo kazneno djelo.

Uz odgovornost predviđenu čl.23.st.1.-4. ACTA-e za koju države članice osiguravaju kazneni progon i sankcije, države članice ACTA-e mogu odrediti da njihove nadležne institucije mogu naložiti zapljenu sumnjive robe obilježene krivotvorenim žigom ili pirateriju u području autorskog prava, bilo koji predmet ili alat korišten u izvršenju zapriječenog djela, dokumentaciju koja se odnosi na ova kaznena djela, te dobit koja proizlazi, ili se stekne izvrano ili neizravno kroz odgovarajuće aktivnosti povrede prava.²⁴

Također ACTA previđa i mogućnost propisivanja mjera oduzimanja ili uništenja sve krivotvorene robe. U slučaju kada krivotvorena roba nije uništena, nadležne institucije mogu odrediti njihovu eliminaciju iz komercijalnih kanala na način koji više ne može ugroziti prava nositelja. Mjere oduzimanja i uništenja takve robe mogu biti određene bez mogućnosti kompenzacije za povreditelja. Nadalje, predviđa se i mogućnost oduzimanja ili uništenja predmeta i alata pretežito korištenog u proizvodnji krivotvorene robe, i to za ozbiljna kaznena djela. Dakle, da bi nadležni organ odlučio o zapljeni primjerice računala koji je korišten u izvršenju određenog kaznenog djela u ovoj domeni, mora se raditi o kaznenom djelu koje je višeg stupnja opasnosti i ozbiljnosti s obzirom na način izvršenja, opseg povrede, nastalu štetu, raširenost i druge okolnosti slučaja, što ovu mjeru izuzima u slučaju kaznenih djela slabijeg serioziteta.²⁵

²³ U 288.st.2. KZ RH iz 2011. godine *explicite* je predviđeno kažnjavanje za pokušaj kaznenog djela povrede žiga.

²⁴ Vidi čl.288.st.3. KZ RH iz 2011.

²⁵ KZ RH iz 2011. u čl.75. već regulira mjeru zabrane pristupa Internetu. Sigurnosnu mjeru zabrane pristupa Internetu od šest mjeseci do dvije godine računajući od izvršnosti sudske odluke sud će izreći počinitelju koji je kazneno djelo počinio putem Interneta ako postoji opasnost da će zlouporabom Interneta ponovno počiniti kazneno djelo. Vrijeme provedeno u zatvoru, kaznionici ili ustanovi ne uračunava se u vrijeme

trajanja ove mjere. Ako počinitelj ne postupi prema zabrani pristupa Internetu kad je izrečena uz rad za

opće dobro, uvjetnu osudu, ili za vrijeme uvjetnog otpusta shodno će se primijeniti odredbe,

članka 55. stavak 7., članka 58. stavak 5. ili članka 61. stavak 3. KZ RH iz 2011. Sud će o pravomoćno izrečenoj mjeri obavijestiti regulatorno tijelo nadležno za elektroničke komunikacije koje će osigurati njezino provođenje. Dakle, da bi se ova mjera u RH izrekla

Konačno, predviđeno je kako se ova kaznena djela gone po službenoj dužnosti (čl.26. ACTA).

Propisivanje kazni prepušteno je državama članicama, s tim da se preporučaju kazna zatvora i novčana kazna, bilo pojedinačno bilo kumulativno, koje moraju biti dovoljno visoke da sprječavaju ponavljanje djela u budućnosti, a sukladno s visinom kazni koje se propisuju za teža kaznena djela.

Za razliku od ACTA-e, europska Direktiva 2004/48/EZ uređuje samo neke mjere u građanskim i upravnim postupcima, dakle kaznene mjere nisu obuhvaćene, osim u čl.16. Direktive gdje je propisano kako države članice mogu primijeniti i druge odgovarajuće mjere i sankcije u slučajevima kada su povrijeđena prava intelektualnog vlasništva, ostavljajući dakle mogućnost kaznenog progona sukladno nacionalnim zakonodavstvima. Očito je kako se u okrilju Europske unije relativno brzo postigao dogovor glede harmonizacije upravnopravne i građanskopravne zaštite prava intelektualnog vlasništva u državama članicama, dok su pitanja kaznenopravne zaštite radi različitih stavaova i nesuglasja ostajala bez adekvatne regulacije u europskom sekundarnom pravu.

Države članice Europske unije nastojale su radi toga da nacionalnim propisima uredi načelnu kaznenu odgovornost krivotvoritelja i pirata, ali razina i strogost kazni za takva djela prilično variraju od jedne do druge države članice, što traži dodatnu harmonizaciju ovih rješenja.²⁶ Čak za neke tipove prava kaznena zaštita nije ni predviđena. Neke države članice usprkos tome, u zadnje vrijeme sve više sužavaju kaznenu zaštitu u odnosu na povrede žiga. Kazneni postupak ima nedvojbene prednosti pred civilnim tužbama i to ne samo glede većeg preventivnog odvrćajućeg efekta nego i efektivnijeg sabiranja evidencije i sl.

Učinkovitost postojećih preventivnih mjera i sankcija na zajedničkom tržištu Europske unije i moguća poboljšanja u tom pravcu, traže kontinuirano raspravljanje i intervencije. Istom brzinom kojom se krivotvorine i piraterija umnažaju, treba se odvijati i zakonodavna aktivnost koja bi pokrila sve sponove u lancu od proizvođača preko posrednika do trgovca. Nadalje potrebno je odgovoriti na važno pitanje da li razlike koje postoje između

poslije 1.siječnja 2013. nije potrebno pristupanje ni usklađivanje s ACTA-om, već će biti dovoljna nacionalna rješenja.

²⁶ Moguće maksimalne zatvorske kazne variraju od 6 mjeseca do 5 godina, a možemo naići i na minimalnu zatvorsku kaznu od 3 mjeseca, dok se maksimalne novčane kazne kreću od 2.000 Ecu do 219.000 Euro . Vidi *Final Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy*, 7.6.1999., str.19.

država članica mogu imati upliva na sprječavanje širenja povreda na tom tržištu.²⁷

Europska unija u tom smislu prati implementaciju europskog zakonodavstva u državama članicama, i osigurava stalni uvid u zaštitu i kažnjavanje povreda zajedničkog prava u državama članicama. Europska komisija je u priopćenju od 1995.godine ukazala na potrebu korištenja određenih mjera, osobito onih u vidu kazni, radi osiguranja pravilnog funkcioniranja Zajedničkog tržišta.²⁸ Slijedeći to priopćenje, Vijeće Europske unije prihvatilo je Rezoluciju od 29.lipnja 1995.godine, pozivajući države članice da kažnjavaju kršenja europskog prava sa istom strogošću kao povrede nacionalnih propisa, dajući tako podršku Komisiji glede daljnje rasprave ove problematike i mogućih prijedloga u cilju sustavne i potpune zaštite euro žigova.²⁹

Na ovom području razmatrale su se mogućnosti širenja na čitavu Zajednicu onih prisilnih mjera koje sadrže zakonodavstva nekih država članica, primjenjive uz strože kaznene sankcije i koje bivaju efektivnije u suzbijanju krivotvorenja i piraterije. Neki nacionalni zakoni tako sadrže mjeru djelomičnog ili potpunog zatvaranja prodavaonica ili drugih poslovnih prostora gdje dolazi do činjenja kažnjivih djela, i to na određeno vrijeme.³⁰

Kako se na području EU-a nisu još stvorili uvjeti za uvođenje "europskih sudova" za postupak povrede prava na europski žig nadležni su nacionalni sudovi, čiji broj treba sukladno Uredbi biti što manji kad su u pitanju građanskopravni sporovi glede povrede žiga. Za kaznenopravnu zaštitu nema takve upućujuće odredbe u Uredbi, što bi značilo da svi nacionalni sudovi, a ne samo posebno određeni "sudovi za žig Zajednice", konkuriraju za nadležnost u suđenju radi počinjenih kaznenih djela povrede žiga.³¹

U kaznenim slučajevima, teritorijalno načelo kaznenog prava, sukladno kojem se kazneni zakoni države članice primjenjuju na kaznena djela počinjena na njenom državnom teritoriju, može se, gdje egzistira takav

²⁷ Cf. Commission of The European Communities: *Green Paper Combating Counterfeiting and Piracy in the Single Market*, Brussels, COM (98), str.18.

²⁸ Vidi *Communication on the role of penalties in implementing Community internal market legislation*, Com (95) 162 of 3 May 1995.

²⁹ Konzultirati *Council resolution on the effective uniform application of Community law and on the penalties applicable for breaches of Community law in the internal market*, OJ C 188, 22.7.1995.,p.I.

³⁰ Detaljnije PAGENBERG, J., MUNZINGER, P.J., *Manual on the European Community Trademark*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1996.

³¹Tako i KRNETA, S., *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Pravni cenatar BIH, Sarajevo, 1996., str.41.

sustav, ponekad pokazati neprimjerenim u određenim situacijama. Tako i stajališta da se otvori mogućnost primjene nacionalnog prava na određene slučajeve povrede žiga u drugim državama članicama, gdje se vrše radnje povrede prava zaštićenih u prvoj državi članici, predstavljaju pokušaje da se učinkovito sprječava pojava povreda prava intelektualnog vlasništva, s obzirom na postojeće poteškoće u određivanju sudske nadležnosti i mjerodavnog prava u slučajevima transnacionalne prirode povrede nekog zaštićenog žiga.³²

Unatoč raznolikim rješenjima i zapriječenim visokim zatvorskim kaznama, određeni pokazatelji govore da su zatvorske kazne iznimno rijetke u Grčkoj, Italiji, Francuskoj i Španjolskoj, dok se u Danskoj kreću do maksimalno jedne godine ali su naknade štete u civilnim sporovima zato znatno više.³³

U vezi sa uvozom robe obilježene žigom u države EU-a, potrebno je upozoriti na Uredbu o mjerama za zabranu prijelaza kopirane robe u carinskopravnom slobodnom prometu i mjerama protiv piraterije na području autorskog prava i industrijskog oblikovanja³⁴, a kojom bi se suzbijao prekogranični promet protupravno obilježenom robom u EU, što uključuje i uništenje odnosno isključenje iz prometa takove robe.

U Europskoj uniji razmatran je Prijedlog Direktive (Smjernice) o kaznenim mjerama za provedbu prava intelektualnog vlasništva, koji je nadopunjen Izmijenjenim prijedlogom Direktive³⁵ (dalje: Prijedlog direktive), kojim se nastoji pronaći odgovarajući primjereni odgovor na širenje piratizacije i krivotvorenja na unutarnjem tržištu.

Razlog pojačanom angažmanu EU-a oko pitanja provedbe prava intelektualnog vlasništva u kaznenim postupcima identičan je razlozima zbog kojih se i na međunarodnoj razini poziva na primjenu učinkovitih mjera i sredstava u kaznenim postupcima.³⁶ Naime, radi se o povredama takvog intenziteta da prijete ravnoteži globalnog tržišta, ali u značajnom dijelu i zdravlju i sigurnosti potrošača. Te su povrede masovnih razmjera za koje se

³² Final Report on responses to the European Commission Green Paper on Counterfeiting and Piracy of 7 June 1999., str.18.

³³ *ibid.*, str.19.

³⁴ Vidi Uredbu (EEZ) br.3842/86 od 1.12.1986., OJ L 357/1-7, revidiranu 1.7.1994.

³⁵ Amended proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, COM(2006) 168 final, 26.4.2006.

³⁶ Opširnije kod JOSIPOVIĆ, I., MATANOVAC, R., *Zaštita prava intelektualnog vlasništva u hrvatskom kaznenom i prekršajnom pravu i prilagodba europskom pravu*, Zbornik radova, Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 174.

najčešće koriste termini piratstvo i krivotvorenje. Pod piratskim proizvodima danas se pretežito misli na predmete kojima se povređuju autorska i srodna prava, dok se kod krivotvorina povređuju prava industrijskog vlasništva.³⁷

Prijedlog direktive temeljio se na nakani za uspostavom nadležnosti Europske unije u ovom području za što se nalazi argumentacija u presudi Europskog suda pravde u slučaju *C-176-03 Komisija protiv Vijeća* od 13.09.2005.godine.³⁸ U presudi se navodi kako odredbe kaznenog zakona koje se traže za učinkovitu implementaciju zakona Zajednice potpadaju pod Ugovor o EZ. Također, apostrofira se da su sve zemlje članice na međunarodnoj razini vezane i Sporazumom TRIPS, koji također sadrži odredbe o potrebi uvođenja efikasnih kaznenih mjera za suzbijanje povreda prava industrijskog vlasništva. Nadalje, znakovito je utvrđenje u samoj citiranoj presudi kako se visina predviđenih kazni određuje prema stupnju povreda, odnosno da je visina zapriječene kazne adekvatna počinjenom kaznenom djelu.

Prijedlog direktive pod povredom prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva, za koju bi trebalo uvesti kaznenu odgovornost, podrazumijeva onu povredu koja je učinjena namjerno i na komercijalnoj razini (engl. *on a commercial scale*), uključujući i pokušaj takve povrede te poticanje ili pomaganje.

Što se tiče vrsta kazni koje se mogu izreći za ova kaznena djela, Prijedlog direktive predviđao je uz kaznu zatvora, koja je predviđena isključivo za fizičke osobe, da se mogu izreći za pravne i fizičke osobe novčane kazne (globe) i oduzimanje dobara koja pripadaju počinitelju, uključujući spornu robu (predmete) i materijale, uređaje ili medije korištene za proizvodnju ili distribuciju spornih predmeta. Uz navedene kazne, države članice EU mogle bi propisati u određenim slučajevima i druge mjere kao što su uništenje dobara kojima se povređuju (krše) prava industrijskog (intelektualnog) vlasništva; potpuno ili djelomično zatvaranje, stalno ili privremeno, objekta korištenog primarno za izvršenje kaznenog djela; stalnu ili privremenu zabranu sudjelovanja u trgovačkim aktivnostima; stavljanje pod sudski nadzor; sudsku likvidaciju trgovačkog društva; zabranu pristupa državnim fondovima i potporama i objavu presude.

Glede visine kazni Prijedlog direktive normirao je da se može propisati izricanje kazne zatvora u trajanju od najmanje četiri godine za ona kaznena djela koja su počinjena pod okriljem kriminalne organizacije (organizirani kriminal), kao i za ona kaznena djela koja ugrožavaju zdravlje i

³⁷ Cit. VEROVIĆ, M., *Usklađenost kaznenopravne zaštite prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj s tendencijama zaštite u Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, (1991), v.31., br.1., 2010., str.647.

³⁸ Presuda ECJ-a dostupna na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/LexUriSrev/>.

sigurnost, neovisno da li je već šteta uzrokovana ili ne.³⁹ U pogledu novčanih kazni ostavljena je opcija da najviši iznosi novčanih kazni za slučajeve koji nisu najteži budu do 100.000 EUR, dok je kazna za teža kaznena djela, odnosno kaznena djela počinjena pod okriljem zločinačke organizacije ili kaznena djela koja u sebi nose rizik po zdravlje i sigurnost predviđena u iznosu od 300.000 EUR.⁴⁰

Ovaj Prijedlog direktive nije nikada usuglašen, tako da je inicijativa glede Sporazuma ACTA dobro došla Europskoj uniji da pokuša indirektno obvezati države članice na usvajanje rješenja koja su dosta slična rješenjima iz Prijedloga direktive kroz implementaciju odredbi o kaznenoj odgovornosti sadržanima u ACTA-i. Međutim, nije izvjesno hoće li do takvog usuglašavanja doći s obzirom na različite stavove država članica Europske unije glede potpisivanja, ali i ratificiranja već potpisanog Sporazuma ACTA od strane sve većeg broja država članica. Ipak, za zaključiti je kako rješenja iz ACTA-e nisu bitno različita od rješenja iz Prijedloga direktive, čak u određenim pitanjima su i uže određena ostavljajući veći prostor nacionalnim zakonodavstvima svake države članice.

Novi Kazneni zakon Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 125/11), kojeg je Hrvatski sabor usvojio 21.listopada 2011.godine, predstavlja sustavnu izmjenu kaznenog materijalnog zakonodavstva kako bi Republika Hrvatska dobila novi, suvremeni i europski Kazneni zakon koji će pružiti učinkovitu osnovu za borbu protiv suvremenih oblika kriminaliteta. U Posebnom dijelu uvedena su nova kaznena djela koja nalazimo u drugim europskim zakonodavstvima, a za koja se javlja potreba da budu propisana i u kaznenom zakonodavstvu Republike Hrvatske, dok su neka od postojećih kaznenih djela, zbog svoje specifičnosti, izdvojena u zasebne glave (npr. kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka i kaznena djela protiv intelektualnog vlasništva). Novi Kazneni zakon stupit će na snagu 1. siječnja 2013.godine.

Ovaj novi KZ RH u čl.288. regulira kazneno djelo povrede žiga. Prema opisu tog djela onaj tko protivno propisima o zaštiti žiga u trgovačkom prometu rabi znak koji je istovjetan sa zaštićenim žigom u odnosu na proizvode ili usluge koje su istovjetne s onima za koje je žig registriran ili znak koji je istovjetan ili sličan zaštićenom žigu u odnosu na proizvode ili usluge koji su istovjetni ili slični s onima za koje je žig registriran, ističući znak na proizvodima ili njihovim pakiranjima, nudeći ili stavljajući na tržište ili skladišteći u te svrhe proizvod pod tim znakom ili

³⁹ O tome MARKOVIĆ, M.D., *Organizirani kriminal u presudama Suda Bosne i Hercegovine*, str.339., na internet stranicama Tužiteljstva BiH <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>.

⁴⁰ Detaljnije kod BESAROVIĆ, V., *Nove tendencije u razvoju zaštite prava intelektualne svojine*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LV, 1/2007; str. 62.

nudeći ili pružajući usluge pod tim znakom ili uvozeći ili izvozeći proizvode obilježene tim znakom ili rabeći znak na poslovnim proizvodima i u reklamiranju, čime javnost može biti dovedena u zabludu o podrijetlu proizvoda i usluga, i na taj način pribavi znatnu imovinsku korist ili prouzroči znatnu štetu. kaznit će se kaznom zatvora do tri godine. Kažnjiv je i pokušaj ovog kaznenog djela. Predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje ovog kaznenog djela će se oduzeti, a predmeti koji su nastali počinjenjem kaznenog djela iz stavka 1. voga članka će se oduzeti i uništiti, osim ako sud odluči da će se uporabljeni znak učiniti nerazpoznatljivim, a predmete koji su nastali počinjenjem djela uporabiti u humanitarne svrhe.

Ovaj članak odgovara članku 285. KZ97 u djelu kojim se propisuje zaštita žiga, a zaštita znake podrijetla proizvoda inkriminirana je u čl.289. KZ.Povreda modela ili uzorka (danas je taj pojam u cijelosti zamijenjen pojmom industrijskog dizajna) pokrivena je prekršajnom odgovornošću (članak 58. stavak 1. Zakona o industrijskom dizajnu (Narodne novine, br. 173/2003, 54/2005, 76/2007, 30/2009 i 49/2011) pa se ne navodi u čl.288.KZ-a, dok se kazneno djelo neovlaštene uporabe tuđe tvrtke nalazi u glavi kaznenih djela protiv gospodarstva. Povreda prava iz registriranog žiga rađena je prema članku 7. Zakona o žigu (Narodne novine, br. 173/2003, 54/2005, 76/2007, 30/2009 i 49/2011 – u daljnjem tekstu: Zakon o žigu) kojim se definiraju prava koja proizlaze iz žiga i prekršajnoj odredbi sadržanoj u članku 80.Zakona o žigu.

6.ZAKLJUČAK

Ovom raspravom željeli smo ukazati na dodirne točke novog Sporazuma ACTA, koji je izazvao brojne prosvjede, u odnosu na raniju regulaciju na međunarodnoj odnosno regionalnoj razini. Radi se prvenstveno o komparaciji sa rješenjima i primjenom TRIPS Sporazuma u okviru WTO-a i Direktive 2004/48/EZ u okviru komunitarnog prava, te prijedloga direktive o kazneoj zaštiti od povreda ovih prava, kao i hrvatskog nacionalnog zakonodavstva u ovom području kako općeg (stari i novi kazneni zakoni) te posebnog (zakoni u području prava industrijskog vlasništva) koji akti nisu izazvali takvu pozornost šire javnosti, iako su u nekim odredbama i rigidniji od same ACTA-e. Sporazum ACTA u svojim rješenjima prati raniju regulaciju iz TRIPS-a i prijedloga europske direktive. Ipak, donosi novosti glede kaznene zaštite u slučajevima povrede ovih prava, koja pitanja dosada nisu bila regulirana na međunarodnoj razini u ovakvom sadržaju. Međutim i ovdje nema većih odstupanja od rješenja koja su primjerice bila predviđena u prijedlogu europske direktive u ovom području, a mnoga od tih rješenja nalazimo već i u postojećim nacionalnim kaznenim zakonodavstvima suvremenih država. Harmonizacija nacionalnih zakonodavstava s odredbama

ACTA-e u materiji kaznenih progona ne bi predstavljala zahtjevniju aktivnost, štoviše držimo da bi uz postojeća rješenja u bitnome preventivno utjecala na suzbijanje raširenosti pojavnosti povreda prava intelektualnog vlasništva koja imaju obilježje kaznenog djela. Republika Hrvatska uskoro postaje punopravnom članicom Europske unije i nužno je već sada otvoriti sučeljavanje i polemiziranje o ovoj problematici na stručnoj i javnoj razini. Stoga je nužno o odredbama Sporazuma ACTA povesti širu javnu raspravu, za početak predložimo žurno javno objaviti tekst Sporazuma s prijevodom na hrvatski jezik, uključiti u raspravu eksperte u području prava intelektualnog vlasništva, predstavnike civilnog društva i stručnjake u području digitalne tehnologije, te ukazati na sve aspekte štetnosti neovlaštenog raspolaganja zaštićenim pravima intelektualnog vlasništva za suvremeno gospodarstvo i društvo u cjelini.

Mr.sc. Dragan Zlatović, mag.iur.
Šibenik

REVIEW OF TRADEMARK PENALTY PROTECTION ACCORDING TO ANTI- COUNTERFEITING AGREEMENT

Singing the controversial international ACTA Agreement, initial role of the most developed countries, joining of most of EU member states, increase of counterfeiting and piracy at the world market, tempestuous public response, many protests, hacking spree against state websites, insistence on a right to respect digital, personal and privacy rights are all the parts of the recent global scene concerning this problematic issue, which also opens many questions relating to legal protection of intellectual property nowadays. One more questions that remains unresolved is the one regarding the realization of basic human rights.

In this Paper the author analyses the question- does ACTA Agreement brings novelties in the area of penal protection of differentiating trademarks on the Internet, while comparing the abovementioned agreement with existing provisions of international and European Union legislation.

Key words: ACTA; Hacking spree; Piracy; Intellectual Property; Internet; EU.

Dr Dragan Prlja
Institut za uporedno pravo, Beograd
Mr Andrej Diligenski
Poverenik za zaštitu podataka firme
Simacek Facility Management Group GmbH, Beč
Evropski centar za elektronsku trgovinu i internet pravo, Beč

Originalni naučni rad

UDK: 004.738.5+342.738(4-672EU)

FEJSBUK I ZAŠTITA PODATAKA U EU

Danas, uz pomoć društvenih mreža, od kojih je Fejsbuk najveća, milioni ljudi komuniciraju širom planete. Pored toga ova platforma je postala moćno sredstvo pomoću koje se ogroman broj podataka, slika, filmova i drugih materijala razmenjuje, i čini javno dostupnim. Informacije koje Fejsbuk dobija od korisnika postaju vlasništvo Fejsbuka, koji njima može da trguje i ostvaruje dobit. Veliki udeo od ukupnog broja Fejsbuk korisnika čine korisnici iz Evropske unije. Najviše pravnih problema na Fejsbuku vezano je za pravo privatnosti, zaštitu podataka kao i mogućnost ostvarivanja prava na pravnu zaštitu. Ova pitanja regulisana su propisima Evropske unije, i to pre svega Direktivom o zaštiti podataka, Direktivom o privatnosti i elektronskim komunikacijama, i Telekom paket direktivom. Svakodnevno korišćenje Fejsbuka otvara pravna pitanja vezana za sakupljanje podataka uz pomoć kolačića, upotrebu „lajk“ dugmeta, prepoznavanja lica, „tagovanja“, prikupljanja prevelike količine podataka, korišćenja slika korisnika, korišćenja raznih aplikacija, korišćenja friend finder opcija itd.

Ključne reči: fejsbuk; pravo; pravo EU; uporedno pravo; internet pravo; zaštita podataka.

1. UVOD

Fejsbuk je danas postao društvena mreža, pomoću koje milioni ljudi komuniciraju širom planete. Pored toga ova platforma je postala moćno sredstvo pomoću koje se ogroman broj podataka, slika, filmova i drugih materijala razmenjuje, postavljajući na profile i čini javno dostupnim. Ova društvena mreža je pored komunikacije između korisnika tzv. „prijatelja“ omogućila i doprinela mnogim firmama da se reklamiraju, a zbog velikog broja korisnika postala i moćno marketinško sredstvo. Fejsbukov model

poslovanja sastoji se u prikupljanju informacija o korisnicima i prodaje podataka oglašivačima.¹

Fejsbuk svojim korisnicima prilikom registracije i pristupa na ovu društvenu mrežu poručuje da je korišćenje besplatno, i da će ostati besplatno. Međutim, ova kompanija je prošle godine ostvarila zaradu od 3,7 milijardi dolara, odnosno čist profit od milijardu dolara. Ako se zarada ostvaruje, a korisnici ne plaćaju, logičan zaključak je da oni nisu mušterije. Oni su, naime – roba.² Štaviše, informacije koje Fejsbuk dobija od korisnika postaju vlasništvo Fejsbuka, koji njima može da trguje i ostvaruje dobit. Kada je korisnik ulogovan, na njegovom računaru mu izlaze reklame proizvoda tzv. „baneri“ za koje je pokazao interesovanje. Time je ovakvo oglašavanje efikasnije nego u drugim medijima.

U pogledu Evropske unije treba imati u vidu da je udeo od 27 % od ukupnog broja Fejsbuk korisnika čine korisnici iz Evropske unije.³ Prema nekim procenama na nivou EU ima najmanje 170 miliona korisnika. Zbog svega toga i velikog broja korisnika potrebno je ukazati na aspekte pravne zaštite u Evropskoj uniji i saglasnosti sa propisima EU.

Najviše pravnih problema na Fejsbuku vezano je za pravo privatnosti, zaštitu podataka kao i mogućnost ostvarivanja prava na pravnu zaštitu. Ova pitanja regulisana su propisima EU i to pre svega Direktivom o zaštiti podataka (Directive 95/46/EC),⁴ Direktivom o privatnosti i elektronskim komunikacijama (Directive 2002/58/EC),⁵ Direktivom kojom se menja

¹ Randi Zackerberg direktorka odeljenja za marketing Fejsbuka, a inače sestra Mark Zackerberga, izjavila je da se rešenje za Cyber-Bullying (sajber maltretiranje) mora postići na taj način što će korisnici online morati da upotrebljavaju svoja prava imena. "Anonimnost na internetu mora da nestane" poručuje ona. Takođe je dodala da se "ljudi kriju iza anonimnosti i onda misle, da oni mogu iza zatvorenih vrata da sve urade i kažu". Prosto rečeno ljudi treba da zaborave na privatnost u internet svetu. Za internet više ne sme biti tajni, pošto se time štiti viši interes, navodno interes "internet sigurnosti". Datenschutz- Facebook: "Online-Anonymität muss weg", futurezone, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/4262-facebook-online-anonymitaet-muss-weg.php>, 7.8.2012.

² Fejsbuk uzima milijarde za podatke korisnika, D. Milojković, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/305305/Fejsbuk-uzima-milijarde-za-podatke-korisnika>, 7.8.2012.

³ Facebook: Die Verbreitung von Facebook in Europa, Thomas Hutter's Social Media Blog auf Facebook, <http://www.thomashutter.com/index.php/2011/11/facebook-die-verbretung-von-facebook-in-europa/>, 7.8.2012. Ugovor iz Lisabona koji stupio na snagu 1. Decembra 2009. i pored mnogo muke oko usvajanja u državama članicama.

⁴ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281, 23/11/1995.

⁵ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic

Direktiva o privatnosti i elektronskim komunikacijama (Directive 2006/24/EC),⁶ Direktivom kojom se takođe menja Direktiva o privatnosti i elektronskim komunikacijama (Directive 2009/136/EC),⁷ i Telekom Paket Direktivom (Directive 2009/140/EC).⁸ Kao što se može primetiti, jedna od najvažijih direktiva je doneta još 1995. godine, te stoga zahteva odgovarajuću pravnu adaptaciju u skladu sa vremenom novih tehnologija. I pored toga ova direktiva je ostala kamen temeljac u razvitku daljih pravnih propisa EU u pravu privatnosti kao i u zaštiti podataka korisnika elektronskih komunikacija samim tim i Fajsbuk korisnika.⁹ Ostale direktive predstavljaju nadogradnju u primeni u oblasti elektronskih komunikacija.

2. SAKUPLJANJE PODATAKA UZ POMOĆ KOLAČIĆA (COOKIES) I LAJK DUGMETA (LIKE BUTTON)

Austrijska grupa "Europe versus Facebook" na čelu sa studentom prava Maksom Šremsom podnela je 22 tužbe protiv Fejsbuka u Dublinu.¹⁰ Glavne tužbe se odnose na sakupljanje podataka uz pomoć kolačića, i lajk dugmeta. Neposredni povod za ove tužbe bio je odgovor Fejsbuka na zahtev

communications sector (Directive on privacy and electronic communications), Official Journal L 201 , 31/07/2002.

⁶ Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, Official Journal L 105 , 13/04/2006.

⁷ Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, Official Journal L 337 , 18/12/2009.

⁸ Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services, Official Journal L 337 , 18/12/2009.

⁹ "Društveno umrežavanje i zaštita privatnosti korisnika interneta", Nataša Tomić/Dalibor Petrović, Saobraćajni fakultet Univerziteta u Beogradu, XXVII Simpozijum o novim tehnologijama u poštanskom i telekomunikacionom saobraćaju – PosTel 2009, Beograd, 15. i 16. decembar 2009. <http://postel.sf.bg.ac.rs/downloads/simpozijumi/POSTEL2009/RADOVI%20PDF/Menadzment%20processa%20u%20postanskom%20i%20telekomunikacionom%20saobracaju/9.%20N.%20Tomic,%20D.%20Petrovic.pdf>, 7.8.2012, strana 97.

¹⁰ „Facebook verarscht uns alle“, Barbara Wimmer, futurzone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/5644-facebook-verarscht-uns-alle.php>, 7.8.2012.

Maksa Šremsa, kojim je on tražio podatke od Fejsbuka, koje imaju o njemu. Rezultati su bili poražavajući - 1.222 stranice A4 formata ličnih podataka za period od 3 godine korišćenja ove društvene mreže.¹¹ U ove spadaju i specifične informacije o političkom opredeljenju, seksualnoj orijentaciji, učešću na demonstracijama. Ono što je ovom prilikom bilo upadljivo je da su informacije koje je student obrisao, ostale još uvek Fejsbuku i nisu bile obrisane. U to spadaju obeležavanja na fotografijama, obrisane poruke i obrisani prijatelji, bockanja "Pokes", promenjena imena korisnika. Pored toga su i unosi na zidu bili samo delimično obrisani, naravno one koje je student dobio.¹² Pošto Fejsbuk nije izdao sve podatke, na ponovni zahtev studenta, dostavljeno je obrazloženje da ostali podaci predstavljaju "poslovnu tajnu". Sada Fejsbuk svima koji traže podatke koje Fejsbuk čuva o njima, saopštava da se podaci mogu online preuzeti.¹³ Glavni problem je u tome, što online stoje isključivo podaci koje korisnici mogu i sami videti na ovoj platformi, nema skrivenih podataka.¹⁴ To su informacije o tzv. lajk dugmetu, veb sajtovima koje je Maks posetio, a sadrže ovu opciju. Ovde spadaju i informacije o log fajlovima (podaci o kompjuteru sa kog se korisnik ulogovao na ovu društvenu mrežu), geografskoj lokaciji korisnika.¹⁵ U Fejsbukovoj politici o privatnosti¹⁶ stoji da se i informacije o lajk dugmetu snimanju. Osim toga stoji i to da bi Fejsbuk trebalo da ove informacije pruži korisnicima u roku od 40 dana. Ova poslednja odredba je prekršena, pošto Fejsbuk odmah upućuje korisnike da mogu online pogledati svoje podatke i

¹¹ ZDF - heute 12 Uhr, 25. 1. 2012 – Datenschutz Facebook, http://www.youtube.com/watch?v=922_CImwPvU&feature=BFa&list=PLAA5F774719E9F911&lf=plcp, 7.8.2012.

¹² Datenschutz: Wiener Studenten klagen gegen Facebook, <http://derstandard.at/1313024892837/Anzeigen-Datenschutz-Wiener-Studenten-klagen-gegen-Facebook>, 7.8.2012.

¹³ Nakon Maksovog zahteva podneto je oko 40.000 identičnih zahteva Fejsbuku. Korisnici su upućivani na to da mogu preuzeti podatke o sebi, međutim do sada nisu dobili sve kategorije podataka. Dobili su upola manje podataka o sebi nego austrijski student. <http://www.europe-v-facebook.org/DE/de.html>, <http://www.europe-v-facebook.org>, 7.8.2012.

¹⁴ Fejsbuk čuva podatke na način kao i običan kompjuter. Naime, kada se određeni sadržaj izbriše, on zapravo nije obrisano nego je kao u slučaju na kompjuteru prebačen u neku korpu "Recycle Bin". Odatle se mogu iznova ovi sadržaji ponovo uspostaviti i videti. ORF eins - direkt - Facebook & Co, <http://www.youtube.com/watch?v=In-ig9KKHec&feature=autoplay&list=PLAA5F774719E9F911&lf=plcp&playnext=1>, 7.8.2012.

¹⁵ Ö1 - Digital.Leben - Auskunftersuchen bei Facebook, <http://www.youtube.com/watch?v=KG48oXUUr4&feature=autoplay&list=PLAA5F774719E9F911&lf=plcp&playnext=2>, 7. 8. 2012.

¹⁶ Ono što je takođe zanimljivo je da se korisnici ove društvene mreže moraju složiti sa politikom privatnosti Fejsbuka. Međutim, mali broj korisnika i pročitao ove odredbe, pošto se radi o 12 strana, koji su međusobno isprepletane na taj način što ima puno upućivanja sa jedne na drugu stranu. Time ove odredbe predstavljaju veliku enigmu za najveći broj korisnika ove društvene mreže. Datenschutz: Wiener Studenten klagen gegen Facebook, <http://derstandard.at/1313024892837/Anzeigen-Datenschutz-Wiener-Studenten-klagen-gegen-Facebook>, 7.8.2012.

preuzeti ih.¹⁷ Ovi podaci su podstakli Maksa da detaljnije istraži pravne probleme Fejsbuka i podnese 22 tužbe.

Fejsbuk sakuplja informacije o aktivnosti njegovih korisnika, u tome se ova platforma ne razlikuje od ostalih društvenih mreža. Podaci se sakupljaju na osnovu "kolačića".¹⁸ *Behavioural Advertising* označava posebnu vrstu reklamiranja na internetu, kojim se surfovanje korisnika posmatra da bi se korisnicima pokazao određeni reklamni materijal uz pomoć banera. U zavisnosti od toga na koji reklamni sadržaji se klikne, vrši se grupacija i kategorizacija korisnika u posebne grupe na osnovu njihovih interesovanja i na taj način se dobijaju reklame.

Sa stanovišta zaštite podataka je ovo utoliko problematično, pošto se prati internet surfovanje odnosno saobraćaj i na taj način pravi detaljno profilisanje internet korisnika (u ovom slučaju Fejsbuk korisnika). Za ovo praćenje ponašanja korisnika koriste se gore napomenuti "kolačići".

Srbin koji živi u Australiji Nikola Nik Čubrilović je otkrio da Fejsbuk na ovaj način špijunira korisnike. Fejsbuk je potvrdio njegovu tvrdnju da ne briše "kolačiće", koji sa Fejsbuka šalju podatke na računar korisnika i obrnuto, kako bi se dobile informacije o imenu korisnika, lozinki, ali i drugim podacima npr. o tome koje sajtove korisnik posećuje.¹⁹ Kad se korisnici odjave sa Fejsbuka, on i dalje prati njihovo kretanje po sajtovima koji imaju dugme za podelu podataka s Fejsbukom ("šer" ili "lajk" dugme). Fejsbuk tvrdi da oni ni na koji način ne zloupotrebljavaju ove podatke. Kao jedino rešenje stručnjaci vide brisanje svakog Fejsbuk kolačića u browseru²⁰ ili korišćenje drugog browsera samo za Fejsbuk.²¹

¹⁷ „Facebook verarscht uns alle“, Barbara Wimmer, futurzone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/5644-facebook-verarscht-uns-alle.php>, 7.8.2012.

¹⁸ Kolačići „Cookies“ su mali tekstualni fajlovi (mali podaci tzv. mrvice), koje veb sajt skladišti na računarima korisnika, da bi se po potrebi brzo i pouzdano ponovo prepoznali. Time su korisnici u mogućnosti da brže i pouzdanije pristupe nekom veb sajtu. , Zertifizierbarkeit von Online-Diensten zur Einblendung verhaltensbasierter Werbung („Behavioural Advertising“), EuroPriSe Europäisches Datenschutz-Gütesiegel, EuroPriSe beim Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein <https://www.datenschutzzentrum.de/europriSe/Factsheet-Behavioural-Targeting-2010826-de.pdf>, 7.8.2012.

¹⁹ „Ko je Srbin koji je razbio Fejsbuk?“, izvor: Kurir, sajt Vesti online, <http://www.vesti-online.com/Vesti/Srbija/168363/Ko-je-Srbin-koji-je-razbio-Fejsbuk/print>, 7.8.2012.

²⁰ Najpoznatiji internet browseri su Internet Explorer, Google Chrome, Mozilla. Korisnici browsera Mozilla mogu u podešavanjima isključiti opciju slanja kolačića trećim licima (u ovom slučaju Fejsbuku). Opcija se nalazi kada se u podešavanjima (tools) , pa na opcije (options) , zatim na privatnost (privacy), pa se onda pronađe prihvatanje kolačića I tu odabere opcija da se isključi trećim licima slanje kolačića.

Lajk dugme predstavlja tzv. „Social-Plugin“.²² Uz pomoć njega vlasnici veb sajtova preko svojih veb stranica se povezuju sa društvenim mrežama. Ukoliko lajk dugme postoji na njihovoj stranici, Fejsbuk registrovani korisnici mogu kliknuti na odgovarajući sadržaj, koji im se sviđa. Na ovaj način se na njihovom Fejsbuk profilu automatski javlja beleška o tome da se baš tom korisniku određeni sadržaj sviđa.²³ Informacije iz tzv. „Social Graph“ (ko šta voli) se snimaju na Fejsbuku. Jedan „Social Graph“ pokušava da rekonstruiše realne društvene odnose između ljudi na internetu.²⁴

Fejsbuk takođe može da koristi imena, slike profila svojih korisnika na bilo kojem proizvodu koji je lajkovan, jer tako stoji u njihovoj politici privatnosti.²⁵ U Fejsbuk prostoru se na reklami može pojaviti i status korisnika, ukoliko je korisnik spomenuo određenu kompaniju.²⁶

Osim toga firma je priznala da kada su korisnici prijavljeni (ulogovani), uzimaju podatke sa profila korisnika, ime, e-mail adresu, listu prijatelja i stvari koje su lajkovane, ali i IP adresu, podatke o rezoluciji ekrana, operativnom sistemu i browseru koji je korišćen. Vreme, datum i URL svake strane koja koristi Fejsbuk plug-in takođe se nalaze na ovoj listi.

Cookies von Drittanbietern blockieren, Firefox-Hilfe, support.mozilla.org, <http://support.mozilla.org/de/kb/Cookies%20von%20Drittanbietern%20blockieren>, 7.8.2012. Das Like-Problem, Was Facebooks Gefällt-Mir-Buttons verraten, Jürgen Schmidt, heise Security, <http://www.heise.de/security/artikel/Das-verraet-Facebooks-Like-Button-1230906.html>, 7.8.2012.

²¹ „Oglašivači dobijali podatke korisnika“, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2010&mm=05&nav_id=432984, 7.8.2012.

²² Social Plugins, facebook developers, <http://developers.facebook.com/docs/plugins/>, 7.8.2012.

²³ Googles Idee eines Social Graph für das gesamte Internet – und die Umsetzung durch Facebook, Andreas Köster, Wirtschaftskommunikation-Informationen, Texte und Dokumente aus dem Studium, <http://www.wirtschaftskommunikation-studium.de/2010/11/googles-idee-eines-social-graph-fur-das-gesamte-internet-%E2%80%93-und-die-umsetzung-durch-facebook/>, 7.8.2012.

²⁴ Facebook Social Plugins und Datenschutzrecht, Rechtsanwalt Dr. Thomas Helbing, thomashebling.com, <http://www.thomashebling.com/de/facebook-social-plugins-datenschutz-bdsg-datenschutzhinweise-privacy-policy-like-button-gefällt-mir>, 7.8.2012.

²⁵ I ne znajući, možete završiti u reklami na Facebook-u, itvesti.info, <http://www.itvesti.info/2011/03/i-ne-znajući-mozete-završiti-u-reklami.html>, 7.8.2012.

²⁶ Ovo se može isključiti tako što na svom profilu odaberete podešavanja naloga i odete na deo 'Facebook oglasi'. Treba pronaći mogućnost "Dopusti da treća strana u svojim oglasima da prikazuje moje informacije" i treba odabrati "Nikome". Na istoj stranici se nalazi "Izmeni moja podešavanja u društvenim oglasima" i treba odabrati "Nikome". Tako ćete svoje statuse i fotografije zaštititi od nove ideje oglašivača. Međutim da li je u stvarnosti tako, veliko je pitanje. Facebook reklame, Reklame koje prikazuju treća lica, Reklame i prijatelji, <http://www.facebook.com/settings?tab=ads>, 7.8.2012.

Kada korisnici nisu ulogovani Fejsbuk poseduje podatke o jedinstvenom broju kolačića, sa kojim povezuje sve ostale podatke - IP adresu, rezoluciju ekrana, operativni sistem i browser koji koristite korisnici, kao i URL, datum i vreme posete strane sa Fejsbuk plug-inom.²⁷

Opravdanje za ovakav način prikupljanja podataka iz Fejsbuka nalaze u tome da se na ovaj način poboljšava sigurnost korisnika, smanjuju šanse da im neko drugi preotme Fejsbuk identitet i poboljšava iskustvo korisnika.

Iz Fejsbuka objašnjavaju da prilikom snimanja podataka treba praviti jasnu razliku između članova Fejsbuka kao i onih koji to nisu. Članovi su prihvatanjem ugovora sa Fejsbukom dali saglasnost za obradu njihovih podataka. Kod korisnika koji nisu članovi Fejsbuka postoji tehnički mehanizam uz pomoć kojeg se sve IP adrese čuvaju. Ovim korisnicima se ne šalju reklame i njihovi log fajlovi su od značaja za sigurnost. „Firma na ovaj način postupa da bi izbegla prevare, kao npr. stvaranje lažnih profila od strane korisnika“ ističu iz Fejsbuka.²⁸

Korišćenje lajk dugmeta je dozvoljeno, samo ako je u saglasnosti sa evropskim relevantnim standardima o zaštiti podataka. U ovom slučaju dolazi do odgovarajuće primene člana 5 stav 3 *Direktive o Privatnosti*. Međutim ovaj propis je u decembru 2009. godine putem nove *Telekom Paket Direktive* promenjen. Na osnovu do sada važećeg propisa iz *Direktive o Privatnosti* je primena tzv. „Tracking-Cookies“ bila dozvoljena, samo ako bi korisnici bili na jasan i sveobuhvatan način informisani o tome da upotrebu mogu naknadno da isključe tzv. „Opt-Out“ princip. Sa stupanjem na snagu nove direktiva (države članice EU su bile u obavezi da implementiraju direktivu u svoje zakonodavstvo do kraja maja 2011.) je korišćenje „Tracking-Cookies“ u cilju Behavioural Advertising-a takođe dozvoljeno, ali ako se korisnicima prilikom prvog postavljanja kolačića, dostave sve relevantne informacije poput npr. cilja i dužine obrade korisničkih profila. Neophodno je međutim, da se pribavi njihova predhodna saglasnost tzv. „Opt-In“ princip. Za dobijanje ovakvog vida saglasnosti moguće je primera radi upotrebiti jedan prozor koji bi o tome informisao korisnike tzv. „Pop-Up Window“.

²⁷ Koje podatke prikuplja Facebook, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2011&mm=11&nav_id=558817, 7.8.2012.

²⁸ Datenschützer und Facebook-Manager prallen im Bundestag aufeinander, Stefan Krempel, heise online, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschuetzer-und-Facebook-Manager-prallen-im-Bundestag-aufeinander-1365988.html>, 7.8.2012.

Transparentnost ovog ponašanja je takođe pooštrena tako što obuhvata pored informacija koje su ponudnici dužni da pruže korisnicima i informacije o tome koji su tačno podaci o njima snimljeni.²⁹

Pored ovoga povređen je i član 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*, pošto ne postoji specifična, nedvosmislena saglasnost od strane Fejsbuk korisnika za korišćenje ove mogućnosti. Podaci se prate, bez obzira da li je korisnik pristao i bez istaknute najave. Povređen je takođe i član 6 stav 1 (a) iste direktive, pošto korisnici nemaju dovoljno informacija u politici o privatnosti Fejsbuka i njihovi podaci se primaju i obrađuju, pre nego što oni imaju priliku da nešto protiv toga učine. Cilj snimanja, prosleđivanja i sigurnosti uz pomoć URL-a ili ostalih informacija o prijateljima na Fejsbuku je u potpunosti problematičan i nesrazmeran i time suprotan članu 6 stav 1 (b). Predviđeno je sakupljanje i snimanje podataka u trajanju od minimum 90 dana, što je neadekvatno i prekomerno i suprotno članu 6 stav 1 (c).³⁰ Član 17 stav 2 kao i članovi 25 i 26 *Direktive o zaštiti podataka* su povređeni, pošto saglasnost i zaštita podataka nisu određeni na jednom odgovarajućem zaštitnom nivou od strane trećih zemalja (u slučaju Fejsbuka od strane SAD).³¹

Nemačka firma Allmedia GmbH je opomenula online prodavce, koji nisu u njihovoj politici privatnosti ukazali na upotrebu „Social Plugin” od strane Fejsbuka. Ovo su obrazložili time da su suparnici na tržištu pogođeni zbog nelojalne konkurencije. Pošto je ovo upozorenje ignorisano, došlo se do sudskog spora.³² U ovom postupku sudsku odluku je doneo pokrajinski sud za zaštitu konkurencije (kartela) grada Berlina.³³ Ovime je odbijen zahtev firme Allmedia GmbH za privremenu zabranu raspolaganja online prodavaca, koji su koristili lajk dugme.³⁴ U ovom slučaju radilo se o dva veb sajta, koji su bili online prodavci. Konkurent na tržištu je na svom veb sajtu

²⁹ Zertifizierbarkeit von Online-Diensten zur Einblendung verhaltensbasierter Werbung („Behavioural Advertising“), EuroPriSe Europäisches Datenschutz-Gütesiegel, EuroPriSe beim Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, <https://www.datenschutzzentrum.de/europriSe/Factsheet-Behavioural-Targeting-2010826-de.pdf>, 7.8.2012.

³⁰ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 17 “Like Button”, Maks Šrems, Vienna, 19.09.2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_17_Like_Button.pdf, 7.8.2012.

³¹ Spamming, Cookies, Logfiles und Location Based Service im TKG 2003, Österreichische Juristen Zeitung, Manz Verlag.

³² Like-Button nicht wettbewerbswidrig, RA Daniel Dingeldey, domain recht.de, KG Berlin (Odluka od 29.04.2011 Az.: 5W 88/11), <http://www.domain-recht.de/magazin/domain-news-2011/kg-berlin-like-button-nicht-wettbewerbswidrig-id667963.html>, 7.8.2012.

³³ Erste Abmahnung wegen Facebooks Like-Button (und wie man sie vermeidet), Thomas Schwenke, <http://spreerecht.de/abmahnung/2011-02/erste-abmahnungen-wegen-facebook-like-button-und-wie-man-sie-vermeidet>, 7.8.2012.

³⁴ (LG Berlin Az. 91 O 25/11 odluka od 14.03.2011).

postavio lajk dugme. Podnosilac zahteva je zastupao stanovište da izostavljeno uputstvo za posetioce sajta od strane suparnika o vrsti, obimu i svrsi prikupljanja ličnih podataka, predstavlja povredu prava konkurencije. Sud je obrazložio njegovu odluku, da bi podneti zahtev za prestanak uznemiravanja veb prostora protiv suparnika (konkurenta) na tržištu bio prihvaćen, da se radilo o povredi ponašanja na tržištu shodno nemačkom pravu. Ipak, treba imati u vidu da se sud u ovom slučaju nije bavio zaštitom podataka, već je ispitao aspekte slobodne tržišne utakmice na internetu.

Drugi slučaj se desio u Hamburgu. Na veb sajtu grada Hamburga (www.hamburg.de) je postavljeno jedno lajk dugme. Administrator veb sajta je saznao tehničke mogućnosti lajk dugmeta, na koji način Fejsbuk prikuplja podatke. Činjenica da se podaci prikupljaju i prilikom ne pritiskanja Lajk dugmeta, dakle jednostavnom posetom veb sajta, izazvala je sumnju u funkcionisanje ove Fejsbuk opcije. Stoga je grad Hamburg zahtevao mišljenje Fejsbuka u vezi sa ovom funkcijom. Fejsbuk je ukazao na to da se obrada podataka vrši, kao i da se sakupljeni podaci brišu nakon 3 meseca od njihovog skupljanja. Pošto grad Hamburg nije bio zadovoljan odgovorom od Fejsbuka, administratori ovog veb sajta su 17. 06. 2010. godine uklonili lajk dugme sa svoje veb stranice.³⁵

Pored ovoga nedavno su vlasti nemačke pokrajine Šlezvig-Holštajn odlučile da ukinu lajk dugme i fan strane na društvenoj mreži Fejsbuk.³⁶ Postavljanje opcije za lajkovanje od strane vlasnika sajtova se od oktobra 2011. godine kažnjava novčanom kaznom u iznosu do 50.000 evra.³⁷ Glavni razlog za ovu odluku po njima je što Fejsbuk krši evropske i nemačke zakone o zaštiti podataka. To se čini prosleđivanjem podataka sa mreže na servere u Americi. Komesar za zaštitu privatnosti je zapretio tužbom ako Fejsbuk ne prestane da prosleđuje korisničke podatke ka Fejsbuk serverima u Americi. Iz Fejsbuka su tim povodom poručili da je tačno da se informacije o korisniku poput njegove IP adrese mogu videti kada klikne na dugme lajk, ali da se ti podaci brišu posle 90 dana i da je "to u skladu sa uobičajenim standardima u industriji".³⁸

³⁵ Wieso wir den Facebook "Like-Button" wieder entfernten, Georg Konjovic, intern.hamburg.de, <http://intern.hamburg.de/2010/06/22/wieso-wir-den-facebook-like-button-wieder-entfernten/>, 7.8.2012.

³⁶ Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Facebook, <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/>, 7.8.2012.

³⁷ Datenschützer will Like-Button verbieten, futurezone/dpa, <http://futurezone.at/netzpolitik/4555-datenschuetzer-will-like-button-verbieten.php>, 7.8.2012.

³⁸ Nemačka pokrajina ukida lajk dugme i fan strane na Fejsbuku, Beta, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/272360/Nemacka-pokrajina-ukida-lajk-dugme-i-fan-strane-na-Fejsbuku>, 7.8.2012.

Federalna trgovinska komisija SAD (Federal Trade Commission) ustanovila je da Fejsbuk oglašivačima dopušta pristup privatnim podacima korisnika. Osim toga Fejsbuk koristi podatke korisnika i nakon brisanja njihovih profila, iako je to uporno negirao. Komisija je takođe istakla "nepravednom i varljivom" praksu Fejsbuka, pošto je ova firma od 2009. godine privatne podatke korisnika upotrebljavala u javne svrhe bez njihovog znanja i pristanka. Iz Fejsbuka su odlučili da se nagode sa Komisijom i da priznaju povredu prava korisnika. Na osnovu nagodbe Fejsbuk je prihvatio da ne sme pogrešno da predstavi privatnost ili bezbednost podatka na svojoj mreži, te da mora da traži eksplicitno odobranje korisnika za bilo koju izmenu privatnosti koju uvede. Pored toga dužan je da spreči pristup informacijama korisnika čiji nalog je ugašen u roku od 30 dana, uspostavi i održava sveobuhvatan program privatnosti u roku od 180 dana, kao i da svake dve godine u narednih 20 godina obezbedi nezavisnu reviziju svog programa privatnosti kako bi se utvrdilo da li poštuje sve ove obaveze Federalne trgovinske komisije. Ukoliko ovu nagodbu ne ispoštuje, Fejsbuk će za svaki prekršaj plaćati 16.000 dolara po danu.³⁹ U praksi na osnovu ove odluke bi Fejsbuk trebalo da svaki put predhodno dobije saglasnost korisnika, ukoliko želi da preda korisničke podatke nekim oglašivačima.⁴⁰

Ovaj problem moguće je rešiti sa dva klika „duplim klikom“ kao i sa principom „Privacy by Default“.

Sa rešenjem dva klika trebala bi se dobiti saglasnost od korisnika za slanje podataka Fejsbuku u SAD kao i njihovo korišćenje prilikom izgradnje profila, koji se koriste u marketinške svrhe. Za to Fejsbuku je neophodna predhodna saglasnost korisnika u formi predhodne informacije o obimu, odgovornosti i svrsi obrade podataka.⁴¹

U praksi bi primena ovog duplog klika trebalo da izgleda ovako: Ukoliko se poseti bilo koji sajt koji nudi mogućnost lajkovanja, a pritom je korisnik ulogovan na Fejsbuk, podaci se ne smeju prenositi samim time što su korisnici ulogovani na Fejsbuk. Kada se klikne na izvestan sadržaj, neophodno bi bilo sadržaj još jednim klikom potvrditi. Time bi korisnici bili

³⁹ FB će morati da poštuje privatnost, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/aktuelno.php?yyyy=2011&mm=11&nav_id=561874, 7.8.2012.

⁴⁰ Odluka američke Federalne trgovinske komisije, Fejsbuk će morati bolje da štiti privatnost korisnika, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/292814/Fejsbuk-ce-morati-bolje-da-stiti-privatnost-korisnika>, 7.8.2012.

⁴¹ ULD | Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Stellungnahme zum Öffentlichen Expertengespräch zum Thema „Datensicherheit bei Facebook und anderen sozialen Netzwerken in Anbetracht einer Entschließung der Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes“ am 24.10.2011, PLH E.800 Ihre Einladung vom 13.10.2011, Gz. PA 22/1.

u potpunosti sigurni da bez njihove saglasnosti njihovi podaci neće na ovaj način biti prenešeni.⁴²

Princip „Privacy by Default“ se realizuje tako što se vrše podešavanja tako da se obrada ličnih podataka, može preduzeti jedino uz svesne radnje korisnika. Ovo podrazumeva najveću moguću transparentnost o načinu obrade podataka korisnika pre odgovarajućeg aktiviranja, kao i informacije o rizicima (odgovornosti). Osim toga podrazumeva se i mogućnost prigovora korisnika kao i upotreba tehnike uz pomoć koje je moguće postići veću zaštitu podataka korisnika, tako da oni mogu sami upravljati svojim podacima.

Sve ovo pokazuje da lajk dugme sa sobom nosi jedan niz pravnih problema, pre svega u pogledu zaštite podataka. Trebalo bi prihvatiti to da se lajk dugme upotrebljava, ako je ono neophodno za funkcionisanje veb sajta. Svakako se politika privatnosti mora prilagoditi potrebama korisnika i tom prilikom dobiti u punom obimu odgovarajući pristanak korisnika. Štaviše, sakupljanje podataka od vlasnika veb sajtova i pravljenje profila na osnovu tih podataka od strane Fejsbuka, bilo bi u potpunosti neprihvatljivo, ukoliko se lajk dugme uopšte ne klikne ili se radi o korisnicima koji nisu članovi Fejsbuka, a koji takođe nisu kliknuli na Lajk dugme.

Ipak, se može zaključiti da bi upotreba „Tracking-Cookies“ u ovu svrhu bila dozvoljena, ukoliko bi korisnici o tome bili informisani. Takva varijanta „Opt-In“ principa bi bila neophodna, da bi se dobila potrebna saglasnost za korišćenje ovih kolačića. Fejsbuk ima ne samo obavezu informisanja prema svojim korisnicima nego takođe i korisnici mogu tražiti od ove društvene mreže informacije o snimljenim podacima, čime im se garantuje transparentnost i zaštita podataka.

3. PREPOZNAVANJE LICA

Ova Fejsbuk opcija omogućava prepoznavanje lica sa postavljenih fotografija i sugerisanje imena onih koji se na njima nalaze.⁴³ Ona funkcioniše kada korisnik ili njegov prijatelj postave nove fotografije, tada se uz pomoć softvera za prepoznavanje lica upoređuju nove fotografije sa starijim na kojima su korisnici već bili označeni, slične fotografije se grupišu i Fejsbuk predlaže ime prijatelja koji se na njima nalazi. Na taj način Fejsbuk

⁴² Futurezone: Zwei Klicks für mehr Privatsphäre , Gerald Reischl, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/5022-futurezone-zwei-klicks-fuer-mehr-privatsphaere.php>, 7.8.2012.

⁴³ FB funkcija prepoznavanja lica i kod nas, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2011&mm=06&nav_id=517499, 7.8.2012.

ovom opcijom paraktično tera prijatelje korisnika da ih obeležavaju odnosno „taguju“.⁴⁴

Fejsbuk je saopštio da je opciju "Tag Suggestions" uveo kako bi olakšao obeležavanje slika korisnika. Ukoliko neko ne želi da bude obeležen, ima mogućnost da ovu opciju isključi u odeljku podešavanja privatnosti "Privacy Settings" tako što uđe na opciju „Timeline and Tagging“ a zatim na „Who sees tag suggestions when photos that look like you are uploaded?“ I tu izabere opciju „Niko“.⁴⁵ Kao što se primećuje, ovo predstavlja tzv. „Opt-Out“ princip, pošto se korisnicima ostavlja ovaj dug put da ovu mogućnost isključe. Naravno većina korisnika nema uopšte svest o tome, da Fejsbuk uz pomoć ove opcije koristi njihove podatke na ovaj način.

Ova mogućnost ne bi bila problematična, kada bi se ona Fejsbuk korisnicima aktivirala, kada oni to žele. Ovime bi došlo do jedne vrste pristanka korisnika da se njihovi podaci o ličnosti mogu obuhvatiti ovom softverskom metodom, a ne kao što je do sada bio slučaj da oni koji to ne žele moraju ovu funkciju naknadno da isključe.⁴⁶

Mnoge funkcije i aplikacije sakupljaju podatke o korisnicima, ali sakupljanje biometrijskih podataka u ovakvom obimu predstavlja jednu specifičnost ove opcije.

Kao što se može zaključiti ne postoji konkretan, nedvosmislen i izričit pristanak korisnika na prepoznavanje lica, kao ni informacija o tome. Funkcija se automatski aktivira i biometrijski podaci sakupljaju bez unapred date saglasnosti korisnika. Stoga je obrada podataka Fejsbuk korisnika nije u saglasnosti sa članom 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.

Prikupljanje biometrijskih podataka od oko milijardu korisnika predstavlja prekomerno sredstvo u odnosu na svrhu koja se postiže. Time je povećan rizik mogućnost zloupotrebe kao i čuvanje ovolikog broja podataka, što predstavlja povredu člana 6 stav 1 (c) *Direktive o zaštiti podataka*.

⁴⁴ Fejsbuk sam prepoznaje lica na fotografijama i potpisuje ih, M. Vukelić, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/258949/Fejsbuk-sam-prepoznaje-lica-na-fotografijama-i-potpisuje-ih>, 7.8.2012.

⁴⁵ Podešavanja privatnosti, Kontrolišite privatnost dok objavljujete, Fejsbuk, <http://www.facebook.com/settings/?tab=privacy>, 7.8.2012.

⁴⁶ Ist die Gesichtserkennung von Facebook datenschutzwidrig?, Thomas Stadler, Internet-Law Onlinerecht und Bürgerrechte 2.0., <http://www.internet-law.de/2011/06/ist-die-gesichtserkennung-von-facebook-datenschutzwidrig.html>, 7.8.2012.

Ne postoji adekvatna transparentnost u postupcima Fejsbuka i upozorenje korisnicima. Ovo predstavlja kršenje principa pravičnosti iz člana 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.

Takođe nema adekvatne informacije u politici o privatnosti Fejsbuka o tome na koji način se ova mogućnost odvija što predstavlja kršenje člana 10 *Direktive o zaštiti podataka*.

Osim toga postoji i povreda člana 6 stav 1 (b) *Direktive o zaštiti podataka* pošto ne postoji legitimna svrha za održavanje biometrijskih podataka, nakon toga što korisnici deaktiviraju ovu funkciju. To dalje znači da je svrha svake dalje obrade biometrijskih podataka korisnika od strane Fejsbuka prekomerna i nepotrebna i predstavlja povredu člana 6 stav 1 (c) *Direktive o zaštiti podataka*.⁴⁷

Grupa EPIC (Electronic Privacy Information Center) podnela je žalbu zbog softvera za automatsko prepoznavanje lica, koji koristi Fejsbuk pred Federalnom trgovinskom komisijom SAD. Od ove institucije se zahteva da istraži opciju prepoznavanja lica i zahteva strože standarde za zaštitu privatnosti. Osim toga ne postoji predhodna saglasnost korisnika za korišćenje ove opcije, već „Opt-out“ princip. Opcija je uvedena bez znanja i saglasnosti korisnika o potencijalnim rizicima, koji prate ovu opciju. Takva praksa je nepravična i dovodi u zabludu korisnike, te bi stoga ovu opciju trebalo podrobno ispitati, stoji u žalbi grupe EPIC.⁴⁸

Nadležne institucije za zaštitu podataka nemačkih pokrajina Šlezvig Holštajna i Hamburga su zatražile od Fejsbuka da se prepoznavanje lica aktivira samo za lica koja žele da korise ovu opciju. Osim toga oni ne žele da se biometrički podaci potrebni za prepoznavanje lica šalju u centralu Fejsbuka u SAD. Zbog prevelike količine biometrijskih podataka koji se automatski obrađuju postoji samim time i povećana mogućnost zloupotrebe.

Slikanjem putem mobilnog telefona na ulici moguće je prepoznavanje ljudi na ulici, ukoliko su korisnici Fejsbuka. Takođe i mogućnost deaktivacije ove opcije predstavlja problem, što bi trebalo učiniti lakšim i bržim nego što je to do sada bio slučaj.

⁴⁷ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 09 “Face Recognition”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_09_Face_Recognition.pdf, 7.8.2012.

⁴⁸ Beschwerde wegen Facebook-Gesichtserkennung, futurzone, futurzone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/3546-beschwerde-wegen-facebook-gesichtserkennung.php>, 7.8.2012.

Potrebno je povećati nivo svesti kod samih Fejsbuk korisnika, pošto su oni ti koji ubacuju njihove fotografije na Fejsbuk servere.⁴⁹

Istraživač sa univerziteta Karnegi Melon napravio je bazu podataka sa oko 25.000 fotografija od Fejsbuk profila studenata. Onda je na jedan sto postavio veb kameru i zamolio dobrovoljce da pogledaju u kameru. Tako je softver za prepoznavanje lica indentifikovao 31% studenata.⁵⁰

Potom je napravljen još jedan eksperiment na osnovu koga je upoređeno oko 280.000 Fejsbuk profila sa 6.000 profila sa drugih veb lokacija koja služe za upoznavanje. Softver je prepoznao lica u 40% slučajeva, a uspeo je i da identifikuje jednog od deset članova veb lokacija za upoznavanje (i pored toga što su skoro svi koristili pseudonime).

U politici o privatnosti lokacije Fejsbuka se navodi da opcija za podešavanje privatnosti korisničkog imena i slike profila ne postoji. Sve ovo donosi ogromne rizike po privatnost Fejsbuk korisnika, pošto se uz pomoć softvera za prepoznavanje lica uz vezu sa bazom podataka koja sadrži imena, lične informacije, može izgubiti osećaj anonimnosti i privatnosti na javnom mestu.

Ono što zabrinjava u ovom slučaju je da ukoliko istraživači mogu sačiniti ovako veliku bazu podataka, pitanje anonimnosti i privatnosti kod policijskih službi uz pomoć fotografija za pasoše i lične karte ostavlja više mogućnosti za narušavanje ovih prava. Ogromna baza podataka sa Fejsbuk profila se može iskoristiti za identifikaciju korisnika, dok npr. šetaju ulicom.⁵¹

4. TAGOVANJE

Obeležavanje (eng. Tagging) predstavlja opciju koju Fejsbuk daje korisnicima, da taguju odnosno obeleže u fotografijama drugog korisnika tj. prijatelja. Time ova fotografija biva uočljivija za korisnikove prijatelje. Kada se prijatelji taguju na određenoj slici, Fejsbuk to prenosi na početnu stranu

⁴⁹ Nemačka protiv Facebooka, izvor: Deutsche Welle, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/aktuelno.php?nav_id=552305&fs=1, 7.8.2012.

⁵⁰ Istraživači sa ovog univerziteta su napravili i aplikaciju za iPhone koja može fotografisati nečije lice i identifikovati tu osobu uz pomoć softvera za prepoznavanje lica, navodeći ime i osnovne informacije te osobe. Prepoznavanje lica na osnovu Facebook profila, izvor: www.mikro.rs, [itvesti.info](http://www.itvesti.info), <http://www.itvesti.info/2011/08/prepoznavanje-lica-na-osnovu-facebook.html>, 7.8.2012.

⁵¹ Prepoznavanje lica na osnovu Facebook profila, izvor: www.mikro.rs, [itvesti.info](http://www.itvesti.info), <http://www.itvesti.info/2011/08/prepoznavanje-lica-na-osnovu-facebook.html>, 7.8.2012.

kao udarnu vest i svi prijatelji će moći to da vide. Korisnici ne mogu sprečiti prijatelje da ih taguju, osim ako nemaju prijatelja. Praktično to znači da se fotografije najpre objavljuju, a pritom da svi korisnici kojima je inače dozvoljeno da vide fotografiju mogu to učiniti, dok obeleženi korisnik ovo primeti ima tek onda mogućnost da svoju oznaku ukloni. Cilj jedne ovakve funkcije je da korisnik tek kasnije može da odreaguje. Time je ovo označavanje korisnika već postalo vidljivo za većinu korisnika, pa samim time uklanjanje oznake predstavlja besmislen radnju, pošto su ostali korisnici već imali priliku da fotografiju vide.

Tag je u potpunosti aktiviran, čak iako o tome Fejsbuk korisnici nisu obavješteni. Ne postoji funkcija koja sprečava tagovanje. Samo se naknadno može ukloniti oznaka, ali čim ona već postoji, praktično je nemoguće je ukloniti. Ukoliko se ukloni Tag, on nije izbrisan, nego je samo deaktiviran. Oznaka se može pronaći na profilu prijatelja, koji je Tag i napravio. Pritom na profilu korisnika, koji je želeo da ukloni svoje obeležavanje stoji da je obeležavanje svoje slike obrisao. Praktično je korisnik koji je obeležen samo uklonio link ka svom profilu, ali ne i svoj identitet.

Dešava se u praksi da su korisnici označeni pijani, goli, kako varaju svog partnera /partnerku, ili u bilo kojoj drugoj problematičnoj situaciji. Ovakva slika se distribuira svim prijateljima korisnika koji je tagovan. Ukoliko se koristi standardna postavka Fejsbuka, to znači da je praktično svi korisnici interneta imaju mogućnost da vide ove slike. Korisnici imaju mogućnost da naknadno uklone sebe sa tagovane fotografije, ali pošto se sve već desilo („Opt-Out“ princip). Nedavno je Fejsbuk uveo dodatnu mogućnost korisnicima da budu dodatno informisani o tome da li žele da se njihovo tagovanje objavi na timeline-u. Međutim i tada se tagovanje ne može isključiti niti zabraniti. Kad je neko lice tagovano, to ostaje u Fejsbukovoj bazi podataka.

Time i ova opcija funkcioniše bez izičitog pristanka Fejsbuk korisnika. Ovim je povređen član 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*, pošto ne postoji izričiti pristanak korisnika podataka za pojedine oznake („Opt-In“ princip). Stoga je obrada podataka korisnika nelegalna. Osim toga prilikom tagovanja ukoliko se ne isključi ova opcija, moguće je to učiniti i kasnije ali ne u celosti. Na Fejsbuku ukoliko je jedanput osoba obeležna, nemoguće je ukloniti Tag u potpunosti, pošto se može pronaći u profilima drugih korisnika. Iako stoji "ukloniti oznaku", u praksi je ovaj tag samo ostao nevidljiv za korisnika i time korisnici obmanuti da je njihova fotografija uklonjena. Time je povređen član 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*. Takođe ne postoje tačne informacije o neophodnosti ovog procesa u politici o privatnosti Fejsbuka čime su povređen član 10 *Direktive o zaštiti podataka*. Pored toga ne postoji ni legitiman cilj odnosno svrha čuvanja ovih podataka. Stoga podaci moraju biti obrisani shodno članu 6 stav 1 (b)

Direktive o zaštiti podataka. Dalja obrada ovih delova podataka o korisnicima, zbog nedostatka odgovarajuće svrhe, izgleda prekomerna i time predstavlja povredu člana 6 stav 1 (c) i (d) *Direktive o zaštiti podataka.* Na kraju ne postoji posebno odobrenje korisnika na upotrebu ovih podataka, nakon što su oni uskratili određenu sliku i sadržaj. Ukoliko Fejsbuk ne ukloni ove sadržaje, nedostaje pristanak i informacija korisnicima, da će se njihovi podaci i nadalje koristiti na profilima prijatelja. Time se vrši povreda člana 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.⁵² S obzirom da ne postoji mogućnost za korisnike da uklone trajno i potpuno njihovo obeležavanje, već je to učinjeno nevidljivo jedino za one koji su uklonili oznake, dalja obrada ovakvih podataka od strane Fejsbuka predstavlja povredu člana 14 *Direktive o zaštiti podataka*.⁵³

5. PREVELIKA KOLIČINA PODATAKA

Fejsbuk sakuplja ogromnu količinu podataka o korisnicima, kojih trenutno ima preko milijardu. Time je ova društvena mreža uspevala da sakupi podataka koliko ni jedna vlada na svetu do sada nije uspevala. Pošto Fejsbuk koristi veliki broj podataka i nakon njihovog brisanja, postavlja se pitanje svrhe njihovog čuvanja. Sasvim je sigurno da većina tih podataka ne predstavlja neophodnu potrebu za funkcionisanje Fejsbuka kao društvene mreže. Osim toga postavlja se i pitanje sigurnosti tolikog broja podataka Fejsbuk korisnika. Iz tih razloga je najprimerljiviji princip minimizacije podataka iz člana 6 (c) *Direktive o zaštiti podataka*: 1) korisnik mora dobiti mogućnost da obriše podatke koji nisu više potrebni; 2) neophodno je smanjiti količinu podataka.

Pored ovoga postoji konstantna pretnja po korisnike, zbog lakog pristupa osetljivim informacijama koje se čuvaju od strane Fejsbuka, čime se narušavaju članovi 16 i 17 *Direktive o zaštiti podataka*.⁵⁴

Koliko je opasna po same korisnike Fejsbuka prevelika količina podataka pokazuju i primeri iz prakse. Nedavno su lični podaci od oko 100 miliona korisnika Fejsbuka dospeli na internet i time se pokazala koliko prevelika količina podataka koju Fejsbuk ima, može narušiti privatnost njegovih korisnika. Na stranici The Pirate Bay je objavljena lista koja sadrži

⁵² Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 11 “Removal of Tags”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_11_RemovalOfTags.pdf, 7.8.2012.

⁵³ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 03 “Tagging”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_03_Tagging.pdf, 7.8.2012.

⁵⁴ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 12 “Data Security”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_12_DataSecurity.pdf, 7.8.2012.

URL profila, ime, jedinstveni ID korisnika Fejsbuka. Listu je sastavio čovek, koji je želeo da ukaže na probleme vezane za privatnost Fejsbuk korisnika. On je uspeo da uz jednostavnu šifru dođe do ovakvih podataka. Ukazao je da je Fejsbuk morao da predvidi ovaj napada i da firma sa tolikim brojem inženjera nije uspeła da predvidi napad. Time je pokazano koliki problem Fejsbuk ima sa zaštitom prevelike količine podataka.

Iz Fejsbuka su se branili time da su ove informacije koje su dospele u javnost ionako već bile dostupne. Naglašeno je i da su članovi Fejsbuka vlasnici svojih podataka i informacija i da imaju pravo da podele šta, sa kim i kada žele. Objasnjeno je i da je ova lista slična belim stranama telefonskih imenika, gde se mogu videti podaci koje ljudi ostavljaju da bi neko mogao da ih pronađe. To je ustvari i jedan od razloga zašto se neko i priključuje Fejsbuku navode iz kompanije. Osim toga istaknuto je da nijedan zaštićeni ili skriveni podataka nije objavljen.⁵⁵

U Fancuskoj i Velikoj Britaniji je virus Ranmit ukrao 45.000 šifri Fejsbuk korisnika, što je kompanija i potvrdila. Virus je inače poznat po tome što je specijalizovan za krađu bankarskih podataka. Ovaj virus su hakeri slali prijateljima korisnika na čije profile su uspeli da pristupe. Na taj način se razvio moderan način hakovanja na društvenim mrežama. S obzirom na količinu podataka koju Fejsbuk poseduje, mogućnosti i opasnosti od ovog novog vida sajber kriminala su samim time povećane. U isto vreme veliku opasnost predstavlja i neočekivanost samog napada kao i otkrivanje, pošto korisnici neće biti ni svesni da su napadnuti, jer su im ukradene lozinke.⁵⁶ Stoga korisnici moraju biti izuzetno oprezni prilikom potvrđivanja upita i poželjno je da se koriste različite šifre prilikom aktivnosti na internetu.⁵⁷

Koliko su podaci na Fejsbuku zaštićeni pokazao je i slučaj samog osnivača Fejsbuka Marka Zakerberga, pošto je njegov album sa slikama dospeo u javnost. Greškom u prijavnim sistemu došlo je do mogućnosti da ostali Fejsbuk korisnici mogu videti privatne slike koje su inače ranije bile zatvorene za javnost. Ovaj nedostatak u sistemu su otkrili članovi jednog foruma. Naime, ukoliko se određena slika označi kao nepregladna, Fejsbuk je prebacivao korisnike na stranicu, na kojoj se traže bliži navodi o tome. Tom prilikom je omogućena opcija "golotinja ili pornografija" kojom se daje mogućnost ponalazaču da ostale slike prijavljenih korisnika uključi u

⁵⁵ Procurili detalji o 1/5 korisnika Facebooka, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2010&mm=07&nav_id=448610, 7.8.2012.

⁵⁶ Virus ukrao 45.000 lozinki na Fejsbuku, izvor: FoNet, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/300020/Virus-ukrao-45000-lozinki-na-Fejsbuku>, 7.8.2012.

⁵⁷ Facebook meta novog malvera, izvor: Digital Trends, sajt B92, http://www.b92.rs/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2012&mm=01&nav_id=571651, 7.8.2012.

izveštaj o zloupotrebi. Pritom su se pokazale slike u punoj veličini, kojima inače nije bilo moguće pristupiti. Korisnici Fejsbuka naravno o ovome nisu bili obavješteni, da se napad dogodio. Iz Fejsbuka je potvrđeno da je zbog promene kodova omogućen uvih u privatne slike korisnika.⁵⁸

Fejsbuk planira da u toku ove godine otvori centar za skladištenje podataka u mestu Luleå u Švedskoj. Ovaj gradić se nalazi blizu polarnog kruga i zbog svoje hladnoće pogodovaće rashlađivanju hale sa računarima, koja bi trebala da obuhvata površinu 11 fudbalskih igrališta. Ovo je utoliko interesantno za korisnike, koji dolaze iz EU, pošto će snimanjem i skladištenjem podataka u Evropi doći do primene evropskih direktiva.⁵⁹

Izgleda da Fejsbuk nije slučajno odabrao Švedsku, kao zemlju u kojoj će čuvati podatke svojih korisnika. Naime, radi se o tome da je na osnovu švedskog zakona moguće nadzirati komunikaciju evropskih fejsbuk korisnika od strane švedskih tajnih službi. Na osnovu zakona omogućeno je švedskom ministru odbrane kao i tajnim službama da nadziru ceo internet, telefonski saobraćaj, bez odluke suda. Dozvoljena je i distribucija ličnih podataka državnim vlastima u inostranstvu. Pored toga internet servis provajderi su u obavezi da tajnim službama dostave kopiju čitavog protoka podataka, koji se odvija kroz švedsku teritoriju. Ovom kopijom bi bili naravno obuhvaćeni i fejsbuk korisnici. Jedini način da se ovo predupredi je da se protok podataka šifrira. Inače ovaj zakon je neposredno nakon usvajanja stavljen na proveru pred Evropskim sudom za ljudska prava. Problem je što će se sud o tome odlučiti tek za 5 godina, a dotle će ovaj zakon biti na snazi.

Upravo držanje Fejsbuka i insistiranje na gradnji ovakvog centra za skladištenje podataka baš u Švedskoj, jasno pokazuje namere firme. Google je primera radi imao sličnu nameru da napravi u gradu Lund, ali je od toga odustao, pošto su se upoznali za kontroverznim zakonom. Umesto toga odlučili su se za pravljenje centra za skladištenje podataka u Finskoj.

6. SLIKE KORISNIKA

Svaki fejsbuk korisnik koji poznaje URL adresu⁶⁰ određene slike, može joj pristupiti i nakon njenog brisanja. To je moguće učiniti i nakon 16

⁵⁸ Fehler gab private Facebook-Fotos frei, futurzone, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/6255-fehler-gab-private-facebook-fotos-frei.php>, 7.8.2012.

⁵⁹ Facebook will Datenzentrum in Schweden bauen, futurzone, futurzone.at, <http://futurezone.at/b2b/5641-facebook-will-datenzentrum-in-schweden-bauen.php>, 7.8.2012.

⁶⁰ URL (akronim za engl. Uniform Resource Locator) je Web adresa određenog resursa na Internetu. Resurs na koji pokazuje URL adresa može biti HTML dokument (bilo koja veb

meseci od brisanja slike unošenjem URL adrese. Neki korisnici su ovakvim postupkom došli i do fotografija, koje su zvanično bile obrisane pre tri godine.⁶¹ Iz Fejsbuka su obećali da će sve obrisane slike biti obrisane u roku od 2 meseca.⁶²

Na ovaj način je povređen član 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*, pošto ne postoji transparentan način da se podaci idalje mogu zadržavati. Za razliku od toga, korisnicima je saopšteno da se ti podaci brišu. Osim toga ne postoje ni tačne informacije o ovome u politici o privatnosti Fejsbuka čime se krši član 10 *Direktive o zaštiti podataka*.

Ne postoji legitimna svrha čuvanja ovih slika, te bi stoga trebale biti obrisane shodno članu 6 stav 1 (b) *Direktive o zaštiti podataka*. Pošto dalje obrada tih podataka nije neophodna za svrhu njihove obrade, dolazi do povrede člana 6 stav 1 (c) *Direktive o zaštiti podataka*.

Pored toga obrada podataka traje duže nego što je potrebno da bi se ispunio cilj, što predstavlja povredu člana 6 stav 1 (d) *Direktive o zaštiti podataka*.

Štaviše, čini da nikad nije postajao pristanak od strane korisnika za korišćenje ovih podataka. Tako da ukoliko Fejsbuk prilikom klika na taster brisanje, podatke ne ukloni, samim time ne dobija pristanak ni da te podatke zadrži, što predstavlja kršenje člana 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.⁶³

7. FRIEND FINDER OPCIJA

Ova opcija je izazvala mnogo burnih reakcija pre svega u Nemačkoj. Radi se opciji kojom se omogućava Fejsbuk korisnicima da potraže svog prijatelja na ovoj društvenoj mreži. Tom prilikom Fejsbuk zna tačno koga bi određena osoba mogla da poznaje, a i da sama nije korisnik Fejsbuka.⁶⁴

stranica), slika, ili bilo koja datoteka koja nalazi na određenom web serveru. URL, Wikipedija slobodna enciklopedija, <http://hr.wikipedia.org/wiki/URL>, 7.8.2012.

⁶¹ FB čuva obrisane fotografije, izvor: BozzaBench, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?nav_id=465257&fs=1, 7.8.2012.

⁶² Facebook: Gelöschte Fotos bleiben abrufbar, futurzone, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/7279-facebook-geloeschte-fotos-bleiben-abrufbar.php>, 7.8.2012.

⁶³ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 20 “Deleted Pictures”, Maks Šrems, Vienna, 19. September 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_20_deleted_pictures.pdf, 7.8.2012.

⁶⁴ Facebook entschärft “Friend Finder” (aber nur ein bißchen), jgoldfarb, freidaten.org, <http://www.freidaten.org/facebook-andert-friend-finder-aber-nur-ein-bischen/>, Presseerklärung von Prof. Dr. Caspar vom 24.1.2011, 7.8.2012

Ovom opcijom Fejsbuk je želeo da korisnicima omogući da lakše stupe u kontakt sa svojim prijateljima.

Fejsbuk šalje pozive u ime korisnika, pošto obradi njihove podatke. Opravdanje za ovakvo postupanje je dobrovoljni pristanak korisnika na ovu opciju, pošto se korisnici sa ovim moraju prethodno saglasiti.⁶⁵ Problematično je prilikom korišćenja ove opcije i to što su njome pogođeni i korisnici koji uopšte i ne koriste Fejsbuk. Prilikom sakupljanja podataka o licima koja nisu korisnici ove društvene mreže, snimaju se njihovi lični podaci, bez njihovog pristanka. Ovo se obavlja na taj način što se npr. podaci uzimaju od e-mail provajdera, sinhronizacijom preko mobilnih telefona, preuzimanjem podataka iz sms poruka, ili čuvanjem upita pretrage kada korisnik pretražuje svoje prijatelje. Ovom prilikom je moguće utvrditi odnose između ljudi, bez da su oni uopšte i prijavljeni na ovoj društvenoj platformi.⁶⁶ Snimljene e-mail adrese se onda putem reklamnih mejlova koriste, tako da se pozivaju prijatelji da pristupe Fejsbuku. Tom prilikom se u mejl unose fotografije mogućih poznanika, koji su već fejsbuk članovi i šalju se potencijalnim članovima. Na taj način se stvaraju tzv. „profili iz senke“.⁶⁷

Još 2009. godine je kritikovana ova opcija od strane Evropske Komisije, naročito u pogledu prikupljanja i korišćenja e-mail adresa i podataka od korisnika koji nisu na Fejsbuku. Ovo svakako predstavlja prekršaj osnovnih principa zaštite podataka, ukoliko se snimaju podaci korisnika koji ne koriste ovu društvenu mrežu, pošto nedostaje pravni osnov za prikupljanje ovih podataka.⁶⁸

Osim ovih kritika, primetno je da nedostaje obaveštenje o tome da se uopšte prave ovi profili iz senke i na koji način se ovakvi podaci koriste i sakupljaju. To predstavlja kršenje člana 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*. Fejsbuk u svojoj politici o privatnosti ne napominje ovu mogućnost, čime se krši član 10 *Direktive o zaštiti podataka*. Izostaje i svrha korišćenja daljih podataka prilikom upotrebe ove opcije shodno članu 6 stav 1 (b). Stoga je i dalja obrada podataka suvišna na osnovu člana 6 stav 1 (c).

⁶⁵ Dr. Günther Leissler, Social Networks, Ecolex 2010/837.

⁶⁶ Facebooks unsichtbare Listen, Datenschutz, Zeit online, <http://www.zeit.de/2010/35/Facebook>, 7.8.2012.

⁶⁷ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 02 “Shadow Profiles”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Compalint_02_Shadow_Profiles.pdf, 7.8.2012.

⁶⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2009 on online social networking, Adopted on 12 June 2009.

U politici o privatnosti postoje samo opšte odredbe ali ne i informacije o tome koji se podaci sakupljaju putem ove opcije, tako da ne postoji specifičan pristanak korisnika, koji je neophodan da bi se postupalo u skladu sa članom 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.⁶⁹

Hamburški poverenik za zaštitu podataka je zbog koršćenja ove opcije od strane Fejsbuka žestoko kritikovao društvenu mrežu Fejsbuk. Time je uspeo da se nagodi sa Fejsbukom, da promene pristup prema ovoj opciji. Ubuduće bi ova opcija trebalo da bude transparentna i u skaldu sa standardima zaštite podataka.⁷⁰ Trebalo bi korisnike upozoriti jasno na to šta se dešava sa njihovim adresarom, ukoliko se ubacuju podaci.⁷¹ Korisnik bi trebalo da ima mogućnost da sam odredi koji kontakti iz njegovog adresara mogu da se nađu na ovakvoj pozivnici od strane Fejsbuka.⁷²

Glavni deo pogodbe se odnosi na ophođenje sa podacima korisnika, koji nisu registrovani na Fejsbuku. Ovi podaci se smeju koristiti samo za cilj pretrage prijatelja.⁷³ Osim toga korisnici koji nisu na Fejsbuku a koji dobiju pozivnicu, moraju dobiti naznaku o tome, zbog čega su dobili pozivnicu i na koji način mogu sprečiti dalji prijem pozivnica. Putem „Opt-Out“ principa, korisnicima se daje naknadna mogućnost da ovakve mejlove spreče.⁷⁴ Ipak može se primetiti da jedno sveobuhvatno rešenje, kojim bi se sprečilo prikupljanje podataka od trećih lica, koja nisu uopšte na Fejsbuku, nije postignuto.⁷⁵

⁶⁹ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 02 “Shadow Profiles”, Maks Šrems, Vienna, 18.August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Compalint_02_Shadow_Profiles.pdf, 7.8.2012.

⁷⁰ Facebook: Friend Finder wird transparenter, Focus online, http://www.focus.de/digital/internet/facebook/facebook-friend-finder-wird-transparenter_aid_593133.html, 7.8.2012.

⁷¹ Facebook entschärft “Friend Finder” (aber nur ein bißchen), jgoldfarb, freidaten.org, <http://www.freidaten.org/facebook-andert-friend-finder-aber-nur-ein-bisohen/>, Presseerklärung von Prof. Dr. Caspar vom 24.1.2011, 7.8.2012.

⁷² Sieg für Datenschützer: Facebook will "Friend Finder" ändern, netzwelt.de, <http://www.netzwelt.de/news/85390-sieg-datenschuetzer-facebook-will-friend-finder-aendern.html>, 7.8.2012.

⁷³ Facebook entschärft “Friend Finder” (aber nur ein bißchen), jgoldfarb, freidaten.org, <http://www.freidaten.org/facebook-andert-friend-finder-aber-nur-ein-bisohen/>, Presseerklärung von Prof. Dr. Caspar vom 24.1.2011, 7.8.2012.

⁷⁴ Sieg für Datenschützer: Facebook will "Friend Finder" ändern, netzwelt.de <http://www.netzwelt.de/news/85390-sieg-datenschuetzer-facebook-will-friend-finder-aendern.html>, 7.8.2012.

⁷⁵ Facebook entschärft “Friend Finder” (aber nur ein bißchen), jgoldfarb, freidaten.org, <http://www.freidaten.org/facebook-andert-friend-finder-aber-nur-ein-bisohen/>, Presseerklärung von Prof. Dr. Caspar vom 24.1.2011, 7.8.2012.

Organizacija za zaštitu prava potrošača podnela je zbog ove opcije tužbu protiv Fejsbuka. Fejsbuku je prigovoreno da korisnici o ovoj opciji nisu bili adekvatno informisani, da se njihovi kontakti iz adresara koriste za slanje pozivnica za priključenje Fejsbuku. Nemački regionalni sud je doneo odluku da Fejsbuk mora da informiše korisnike Friend Finder opcije o tome šta radi sa njihovim kontaktima iz adresara.⁷⁶ Pored toga Fejsbuk ne bi smeo nadalje u opštim uslovima da dobije besplatno pravo korišćenja sadržaja korisnika, koji oni postavljaju na svoje profile. Korisnici bi trebalo da ostanu vlasnici njihovih sadržaja.⁷⁷

8. POLITIKA PRIVATNOSTI FEJSBUKA

Mnogi korisnici Fejsbuka bi želeli da imaju stari izgled svog profila i da ne budu na novom Timeline-u. Sa tim u vezi se pojavio veliki broj prevaranata, koji nude mogućnost prebacivanja na stari profil uz pomoć tzv. Scam - linkova.

Činjenica je da korisnici nikako ne mogu povratiti stari izgled profila, iako je ova opcija uvedena polovinom decembra 2011. Ukoliko se korisnik jedanput prebaci na Timeline, povratak na stari izgled profila više nije moguć.

Uprkos tome mnogi korisnici veruju da je moguće da se povratiti stari izgled njihovih profila, pa prevaranti takvima i nude pomoć, kako da "povrate" izgled svojih ranijih profila. Tako se korisnicima nudi da uz više klika na lajk dugme, ili pozivnica prijateljima, pregleda YouTube video klipova ponovo vrata stari izgled profila.

Ukupno je do sada pronađeno 16 sajtova, koji su se bavili ovom vrstom prevare. Prikupili su za kratko vreme oko 70.000 lajkova korisnika, koji su verovali da je moguće uspostaviti ranije profile. Pored ove vrste prevare, ne postoji nikakvo upozorenje od strane Fejsbuka. Kompanija daje mogućnost korisnicima samo da prijave ovakvo ponašanje prevaranata.⁷⁸

Fejsbuk je ponovo promenio politiku privatnosti. Pored kritika, prava korisnika se još više ograničavaju. Kompanija je zadržala pravo da promeni svoje uslove korišćenja bez informacija o tome. Stručnjaci za zaštitu podataka ističu da mali broj korisnika ima predstavu o promeni politike

⁷⁶ Nemačka: Sudska odluka protiv Facebooka, sajt B92, http://www.b92.rs/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2012&mm=03&nav_id=588644, 7.8.2012.

⁷⁷ Gerichtsurteil: Facebook-Freundefinder illegal, rts, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/7836-gerichtsurteil-facebook-freundefinder-illegal.php>, 7.8.2012.

⁷⁸ Facebook-Timeline im Visier von Betrügern, futurzone.at, <http://futurezone.at/digitallife/6671-facebook-timeline-im-visier-von-betruegern.php>, .8.2012.

privatnosti i uopšte korišćenja Fejsbuka. To se događa iz razloga, što se korisnici automatski ne informišu, kada se planira ova vrsta promene. Da bi korisnik uopšte bio upućen o planovima Fejsbuka, potrebno da postane član „Fan“ stranice „Facebook Site Governance“⁷⁹.

Sa stanovišta zaštite podataka politika Fejsbuka nije u skladu sa propisima evropskog prava. Idalje ne postoji pristanak korisnika i jedno objašnjenje o načinu obrade njihovih podataka. Osim toga ne postoji ni mogućnost izbora za korisnike, koji žele da spreče upotrebu njihovih podataka u reklamne svrhe. Ograničena mogućnost izbora je propisana u odeljku 14.6. nove politike Fejsbuka,⁸⁰ koja kazuje da „Tvoje dalje korišćenje Fejsbuka nakon promena naših uslova znači ujedno i tvoj pristanak na naše promenjene uslove“. Neophodan bi bio izričit pristanak i informacija od strane Fejsbuka o tome. Bez informacija o tome pre stupanja na snagu ovih pravila od strane Fejsbuka, ne može se smatrati da je korisnik pristao na dalje korišćenje Fejsbuka pod ovakvim uslovima. Za korisnike Fejsbuka iz Nemačke postoji posebno pravilo, da promene uslova korišćenja 30 dana nakon usvajanja stupaju na snagu, što takođe ne predstavlja jasan i nedvosmislen pristanak korisnika.

Pored toga problematična je odredba iz odeljka 2.3. „Kada ti ili ostali korisnici, koji tvoje sadržaje i informacije mogu videti, koriste jednu aplikaciju, prenose se tvoji sadržaji i informacije aplikaciji“.⁸¹ Veliki problem predstavljaju u ovoj odredbi „ostali korisnici“, pošto se pored njihovih podataka šalju i podaci korisnika koji su njihovi prijatelji na aplikaciju.

Još jedna problematična odredba se nalazi u odeljku 10.3. „Ti razumeš da mi plaćene usluge i komunikacije ne obeležavamo uvek kao takve“. Što takođe govori o transparentnosti na Fejsbuku.⁸²

⁷⁹ Stranici se može pristupiti pomoću adrese <http://www.facebook.com/fbsitegovernance>, Fejsbuk, 7.8.2012.

⁸⁰ Celokupni spisak odredbi može se videti na https://www.facebook.com/note.php?note_id=10151419988630301, Aktualisierung der Erklärung der Rechte und Pflichten, Facebook Site Governance, Fejsbuk, dostupno na nemačkom jeziku, , 7.8.2012.

⁸¹ Odredba se može videti na https://www.facebook.com/note.php?note_id=10151419988630301, Aktualisierung der Erklärung der Rechte und Pflichten, Facebook Site Governance, Fejsbuk, dostupno na nemačkom jeziku, , 7.8.2012.

⁸² Weniger Rechte, mehr Pflichten – Facebook ändert Nutzungsbedingungen, ULD | Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Pressemitteilung, <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20120321-facebook-nutzungsbedingungen.htm>, 7.8.2012.

Koliko je politika privatnosti jasna i razumljiva govori još jedan njen segment “Mi obrađujemo vaše podatke, da bi vam ponudili sigurno, efikasno i prijatno iskustvo”.⁸³

Fejsbuk je takođe 7. septembra 2011. godine promenio svoju politiku privatnosti, koja je trajala nešto više od 8 meseci. Ovaj postupak je objavljen isto tako jednostrano i bez istaknutih informacija o tome i saglasnosti korisnika, iako su se obavezali na to u svojoj politici, ali u praksi se dešava suprotno.

Time se može zaključiti da Fejsbuk krši član 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*, pošto se upotreba i obrada podataka može odnositi samo na nedvosmisleni, izričit pristanak korisnika, koji je predhodno bio informisan o ovim radnjama. Nema sumnje da saglasnost korisnika izostaje potpuno u ovom slučaju.⁸⁴ Fejsbuk bi se mogao braniti time da su korisnici samim prijavljivanjem na Fejsbuk prihvatili njihove standarde. I pored toga izgleda da je pristanak posebno pod znakom pitanja, pošto bi trebalo uvesti „Opt-In“ princip, kojim bi korisnik bio u mogućnosti da sam kontroliše svoj nalog, a ne da konstantno vrši proveru privatnosti. Takođe bi trebalo usvojiti sistem, kojim bi korisniku bilo omogućeno da se izjasni o novoj politici Fejsbuka. Korisnici koji ne bi želeli da daju saglasnosti, trebali bi da dobiju mogućnost brisanja naloga.

Što se brisanja naloga tiče ono predstavlja dug proces. Fejsbuk nudi opciju deaktivacije profila, čime profil nije trajno obrisano. Svi podaci ostaju na Fejsbukovim serverima, i korisnik može lako vratiti profil. Međutim ukoliko neko želi da obriše trajno nalog, potrebno je poslati zahtev na <http://on.fb.me/n5OemK> centru za pomoć i kliknuti da se nalog obriše. Potom se mora sačekati odobrenje od Fejsbuka. Ukoliko se u međuvremenu uloguje korisnik, a nalog za brisanje poslat, taj zahtev se onda prekida i automatski se aktivira članstvo na ovoj društvenoj mreži. Iz Fejsbuka se nadaju da će se korisnici predomisлити i zbog toga odlažu proces brisanja naloga, koji traje najduže 2 nedelje.⁸⁵ Ako se profil jedanput izbriše, nema mogućnosti ponovne aktivacije.⁸⁶

⁸³ Pressekonferenz vom 20120207 - Max Schrems, Europe vs. Facebook, <http://www.youtube.com/watch?v=YJ4Ey-h9wYo>, 7.8.2012.

⁸⁴ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 08 “Consent and Privacy Policy”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_08_Consent_PrivacyPolicy.pdf, 7.8.2012.

⁸⁵ Kako trajno obrisati FB nalog, sajt B92, http://www.b92.rs/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2011&mm=10&nav_id=547478, 7.8.2012.

⁸⁶ Da li ste sigurni da znate kako se trajno briše profil na Facebook-u?, itvesti.info, <http://www.itvesti.info/2011/10/da-li-ste-sigurni-da-znate-kako-se.html>, 7.8.2012.

9. APLIKACIJE

Na Fejsbuku postoji veliki broj aplikacija, koje svakodnevno koriste korisnici ove društvene mreže. Ove aplikacije nude na Fejsbuku tzv. "treće strane", koje ih prave, i upravljaju njima sa bilo koje lokacije na svetu. Fejsbuk omogućava trećim stranama da dođu do podataka korisnika aplikacija. Prema nekim izvorima dnevno se na Fejsbuk instalira oko 20 miliona aplikacija. Ovako veliki broj aplikacija uzrokuje i velike probleme na polju privatnosti, zbog povećanog transfera podataka od Fejsbuka ka trećim licima. Mnoge aplikacije ni nemaju sopstvenu politiku privatnosti, iako to Fejsbuk zahteva. Kada korisnik doda aplikaciju, na kojoj nema politike privatnosti, ne postoji čak ni upozorenje korisnicima da ne postoji politika privatnosti. Fejsbuk je čak u nekim slučajevima sakrio link koji bi trebalo da dovede do politike privatnosti.

Većina korisnika nije uopšte svesna, da ako njihov prijatelj na Fejsbuku instalira neku aplikaciju, aplikacija može automatski dovesti do transfera podataka i pristupa profilu, slikama, imenima i ostalnim podacima prijatelja. Informacija o ovome se naravno nalazi u njihovoj politici o privatnosti, koja je većini korisnika u potpunosti nepoznata. S obzirom da prosečan Fejsbuk korisnik ima oko 130 prijatelja na listi, postoji velika verovatnoća da je neko od prijatelja prihvatio ovakve aplikacije. Ipak, postoje i aplikacije koje ne zahtevaju prístup podacima prijatelja npr. igrice, kvizovi, međutim Fejsbuk i u ovakvim slučajevima nudi ograničen pristup svim osnovnim podacima o prijateljima.

Izmenom „Opt-Out“ principa moguće je postići zadovoljavajući nivo zaštite Fejsbuk korisnika. Ne postoji mogućnost korišćenja aplikacija, a da korisnici mogu da ograniče pristup podacima, koji se odnose na njihove prijatelje. Stoga bi trebalo primeniti „Opt-In“ princip, da bi se pribavila izričita saglasnost korisnika u ovom slučaju. I pored toga veoma je teško ustanoviti na koji način bi se ovi podaci korisnika, od strane trećih obrađivali.

Pošto korisnici nisu inforisani o korišćenju njihovih podataka, time se postupa suprotno članu 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*. Osim toga postoje samo ograničene informacije o ovome i tačne informacije su korisnicima sakrivene što nije u skladu sa članom 10 *Direktive o zaštiti podataka*.

Svrha korišćenja podataka od strane Fejsbuka je prekršena, pošto su korisnici pristali da Fejsbuk koristi njihove podatke a ne i treća lica, time se krši član 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*. Fejsbuk sa svoje strane ne nudi odgovarajući nivo zaštite privatnosti, da će treća lica ispuniti kriterijume u skladu sa članom 25 *Direktive o zaštiti podataka*, pošto ne postoji saglasnost korisnika na za transfer njihovih podataka. Naime, mnoge

aplikacije i ne sadrže politiku privatnosti, koje bi ovaj transfer objasnile, tako da korisnici nisu ni pitani, da li svoje podatke žele da prebace trećim licima.⁸⁷

Kompanija Symantec, koja se inače bavi bezbednošću na internetu je otkrila da je veliki broj aplikacija prosleđivao lične podatke korisnika Fejsbuka oglašivačima. U pitanju su podaci sa profila korisnika, njihove fotografije i istorijat čatovanja. Navodno lica koja upravljaju aplikacijama nisu bila uopšte svesna da primaju ove podatke od korisnika Fejsbuka, iako je utvrđeno da je upitanju stotine hiljada aplikacija, koje su primale ovakve podatke.⁸⁸ Do toga je došlo tako što je Fejsbuk omogućio čitanje ovih informacija, dostavivši im greškom bezbednosni ključ.⁸⁹

Sa početkom korišćenja novog Timeline-a korisnici su u mogućnosti da lakše i brže dolaze do informacija o aktivnostima, koje njihovi prijatelji preduzimaju. Na osnovu tzv. "Open Graph" mogu se videti sve aktivnosti korisnika Fejsbuk aplikacije. Ove aktivnosti mogu se videti na tzv. „Ticker-u“. Razlika između lajk dugmeta i Open Grapha je u tome što je sa lajkovanjem postojala samo jedna mogućnost povezivanja objekta i korisnika, dok je sa Open Graphom omogućeno pored ovoga i izbor glagola npr. čita knjigu. Suština je da korisnici ubuduće ne moraju da kliknu na određeni sadržaj, kao kod lajk dugmeta, nego je to implicirano aktivnošću korisnika automatski. Dakle, ova inovacija bi trebala u potpunosti da zameni lajk dugme. Trenutno ove aplikacije nude britanski Gardijan, američki Washington Post, video portal MyVideo, kao i Yahoo aplikacije. Korisnici dodavanjem ovih aplikacija na Fejsbuk pristupaju automatski Open Graph funkcijama. Washington Post uvek objavljuje šta korisnik trenutno čita. Ipak bi trebalo dati mogućnost korisnicima da sami odrede koje aktivnosti žele da se objavljuju svima i u kom periodu npr. do kraja nedelje, meseca.

Uvođenje ove funkcije na Fejsbuku omogućilo je pre svega firmama koje se oglašavaju veću mogućnost protoka informacija, pristupa aplikacijama, a samim tim i zarade.

Sa stanovišta zaštite podataka korisnika je ova funkcija utoliko problematična pošto se odvija bez znanja korisnika o tome, da se njihove aktivnosti objavljuju njihovim prijateljima, a oni na to nisu pristali. Osim toga nije moguće ograničiti koji prijatelji mogu da vide ove aktivnosti. Iz

⁸⁷ Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 13 “Applications” , Maks Šrems, Vienna, 18.August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_13_Applications.pdf, 7.8.2012.

⁸⁸ Lični podaci sa FB-a u rukama oglašivača, sajt B92, http://www.b92.net/tehnopolis/vesti.php?yyyy=2011&mm=05&nav_id=511393, 7.8.2012.

⁸⁹ Greškom otkriveni profili korisnika "fejsbuka", izvor: Tanjug, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/253148/Greskom-otkriveni-profil-korisnika-fejsbuka>, 7.8.2012.

Fejsbuka poručuju da se objavljuju samo aktivnosti vezane za aplikacije kojima korisnici svakodnevno pristupaju i da su korisnici u mogućnosti da se saglase sa ovom opcijom.⁹⁰

10. ZAKLJUČAK

Fejsbuk često tvrdi da su korisnici pristali na upotrebu i korišćenje njihovih podataka i da se oni ponašaju u skladu sa evropskim propisima, međutim činjenice govore drugačije. Korišćenjem „Opt-Out“ principa Fejsbuk od svojih korisnika:

- Ne dobija saglasnost. Pošto prilikom učlanjenja korisnici pristaju na generalnu politiku privatnosti Fejsbuka, dok ne postoji poseban pristanak na specijalne opcije. To znači da ne postoji specifičan pristanak na određene opcije, koje Fejsbuk nudi svojim korisnicima;

- Prikuplja podatke, pre davanja mogućnosti da se korisnici o tome izjasne. To se ogleda prilikom registracije na Fejsbuk. Od korisnika se traži da unesu svoje lične podatke (ime, prezime, datum rođenja, e-mail adresa, pol).⁹¹ Pored toga može se primetiti da korisnik nema ni jednu opciju, kojom može podesiti svoje informacije koje želi da podeli sa Fejsbukom. Ono što je zabrinjavajuće je i da politika privatnosti ne predstavlja sastavni deo registracije na ovu društvenu mrežu, već postoji samo jedan link na osnovu koga se korisnici mogu upoznati, kako se Fejsbuk ophodi sa njihovim podacima;

- Nudi podešavanja opcija, koje su na veoma niskom nivou zaštite. Većinu informacija može videti svako, pošto je profil nakon registracije potpuno otvoren tako da i internet pretraživači poput Gugla mogu ove podatke ubaciti u svoju bazu podataka;

- Nudi podešavanja, koja nisu lako izmenjiva. Na taj način je onemogućeno praktično starijim i ne toliko kompjuterski veštima korisnicima, da na jednostavan način promene podešavanja. Naročito treba imati u vidu da Fejsbuk skriva mogućnosti izmene transfera podataka u vezi sa već napomenutim funkcijama. U tom moru isprepletenih informacija i prebacivanja sa jednog na drugo mesto putem linkova, običnim korisnicima je onemogućeno da nađu podešavanja, koja bi im omogućila da opcije isključe.

⁹⁰ Facebook: Automatische Nutzererfassung läuft an, Jakob Steinschaden, futurzone.at, <http://futurezone.at/produkte/5683-facebook-automatische-nutzererfassung-laeuft-an.php>, 7.8.2012.

⁹¹ Ovo se može videti pri samom pristupanju Fejsbuku na <http://www.facebook.com/>, 7.8.2012.

Time se krši član 7 (a) *Direktive o zaštiti podataka*, pošto ne postoji konkretan, nedvosmislen pristanak korisnika, niti informacija o tome. Štaviše, Fejsbuk obeshrabruje korisnike, da podešavanjima promene koje informacije žele da podele sa ostalima. Zbog toga se i koristi „Opt-Out“ princip.

Korisnici ne dobijaju informacije na fer način, već ih samo jedna strana upućuje, što je suprotno članu 6 stav 1 (a) *Direktive o zaštiti podataka*.

Podešavanja bi trebala biti napravljena tako da od početka informacije mogu videti samo prijatelji korisnika, a ne svi Fejsbuk korisnici. Osim toga ovo bi trebalo da bude sastavni deo registracije korisnika.⁹²

Ispitivanje tužbenih navoda izvršeno je u Irskoj. Ceo dosadašnji postupak je trajao tri meseca. Fejsbuk je obavezan od strane Irske Komisije za zaštitu podataka da mora da više vodi računa o jednostavnijim objašnjenjima u svojoj politici o privatnosti.⁹³ Ipak ova Komisija je zatražila u njihovom izveštaju od Fejsbuka izvesna poboljšanja, dok teže povrede iz navedenih tužbi nije ustanovila. Ova poboljšanja su trebala da se urade do kraja marta 2012. godine, dok se dalja provera stanja od strane Irske Komisije za zaštitu podataka nastavila u junu 2012. godine.

Podnosilac tužbenih zahteva smatra da su oni delimično obuhvaćeni, kao i da nije urađena potpuna pravna analiza tužbenih zahteva.⁹⁴ Naročito se prigovara da je u izveštaju potpuno isključeno ophođenje prema tzv. „Profilima iz senke“ i njihovom pravljenu od strane Fejsbuka, na osnovu praćenja komunikacije među korisnicima. Za to ne postoji adekvatna analiza, koja bi pokazala tu tvrdnju u izveštaju, tvrde iz Fejsbuka.⁹⁵

Osim toga kod tehnike prepoznavanja lica, konstatovano je da nije obezbeđen jasan i nedvosmislen pristanak korisnika na ovu opciju.

⁹² Complaint against Facebook Ireland Ltd. – 16 “Opt-Out”, Maks Šrems, Vienna, 18. August 2011, http://www.europe-v-facebook.org/Complaint_16_Opt-Out.pdf, 7.8.2012.

⁹³ "Fejsbuk" prošao test bezbednosti privatnih podataka, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/297483/Fejsbuk-prosao-test-bezbednosti-privatnih-podataka>, 7.8.2012.

⁹⁴ Max Schrems: "Facebook muss noch viel lernen", Barbara Wimmer, futurezone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/7314-max-schrems-facebook-muss-noch-viel-lernen.php>, 7.8.2012.

⁹⁵ Datenschützer zweifeln an Facebook-Prüfung, Barbara Wimmer, futurezone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/6534-datenschuetzer-zweifeln-an-facebook-pruefung.php>, 7.8.2012.

Fejsbuk ima obavezu da:

1. Mora da dostavi kopiju kategorija podataka, koju ima o preko 40.000 korisnika, koji su to zahtevali. Ovi podaci treba da uključe i podatke o prepoznavanju lica, kao i sve podatke koje Fejsbuk ima u svojoj bazi podataka;
2. Podatke korisnika može upotrebljavati ograničeno za reklamiranje;
3. Koristi lajk dugme od sada u ograničenom obimu;
4. Ne sme da prati korisnike na osnovu lajk dugmeta;
5. Slike korisnika ne sme koristiti za reklame, osim ukoliko se korisnik izričito sa time saglasio;
6. Korisniku mora dati mogućnost da obriše svoje slike, pošto su do sada izbrisane slike bile zadržavane od strane Fejsbuka;
7. Korisnici se ne smeju dodavati u grupe bez njihove saglasnosti;
8. Neaktivne ili deaktivirane profile mora obirsati, ako se duže vremena ne upotrebljavaju;
9. Mora da obriše poslednji broj kod IP-adresa, koje se na osnovu Social-Plugin-a sakupljaju;
10. Unose vezane za pretraživanja obriše nakon 6 meseci od unosa;
11. Pri upotrebi aplikacija podataka trećih korisnika tj. prijatelja može samo ograničeno prosljeđivati;
12. Celokupno brisanje podataka korisnika mora sprovesti u roku od 40 dana;
13. Mora proveriti uslove za zaštitu podataka od strane vlasnika aplikacija;
14. Mora dobiti ponovni pristanak korisnika, pošto je opcija prepoznavanja lica ilegalno aktivirana.⁹⁶

Ukoliko se Fejsbuk ne bude pridržavao navedenih mera, preti mu kazna do 100.000 evra, što za ovu kompaniju predstavlja simboličnu sumu.⁹⁷ Zatim je na sastanku između predstavnika Fejsbuka i podnosioca zahteva pokušano sporazumno i vansudsko rešenje postupka, kako je predviđeno irskim pravom.⁹⁸ Pošto je ovaj pokušaj propao, dalji korak podnosioca tužbi je zahtev za formalnim rešenjem spora.⁹⁹ Upravo je i Fejsbuk zainteresovan

⁹⁶ Europe versus Facebook, Neuigkeiten, <http://www.europe-v-facebook.org/DE/de.html>, 7.8.2012.

⁹⁷ Wiener Studenten zwingen Facebook in die Knie, Jakob Steinschaden, futurezone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/6505-wiener-studenten-zwingen-facebook-in-die-knie.php>, 7.8.2012.

⁹⁸ Jus Student gegen Facebook keine Einigung, futurzone, futurzone.at <http://futurezone.at/netzpolitik/7303-jus-student-gegen-facebook-keine-einigung.php>, 7.8.2012.

⁹⁹ Pressekonferenz vom 20120207 - Max Schrems, Europe vs. Facebook , <http://www.youtube.com/watch?v=YJ4Ey-h9wYo>, 7.8.2012.

za ovakvo rešenje, pošto će prema njihovim navodima tada tačno znati šta je legalno a šta nije.

Ukoliko ni tom odlukom ne budu bili zadovoljni, u planu je pokretanje postupka protiv države Irske, zbog povrede ugovora EU. Potrebno bi bilo podneti zahtev za pokretanje ovog postupka pred Evropskom Komisijom.¹⁰⁰ Ipak su navedene mere već donele izvesne rezultate, pošto je Fejsbuk najavio da će ukinuti spornu opciju prepoznavanja lica. Međutim ostaje i dalje sumnjivo u kojoj meri i da li će svi biometrijski podaci korisnika biti obrisani kao i da li će i dalje softver za prepoznavanje lica ostati u funkciji, ali sa drugačijom svrhom. Sumnje potiču upravo s obzirom na dosadašnju praksu u obradi podataka korisnika. Postupak ukidanja ove opcije za EU korisnike Fejsbuka je određen do 15. 10. 2012. godine.¹⁰¹

Pored toga ceo postupak u Irskoj bi mogao da traje pet i više godina, što predstavlja jedan dug proces, pogotovo imajući u vidu da se radi o zaštiti osnovnih ljudskih prava fejsbuk korisnika.

¹⁰⁰ „Facebook verarscht uns alle“, Barbara Wimmer, futurezone.at, <http://futurezone.at/netzpolitik/5644-facebook-verarscht-uns-alle.php>, 7.8.2012.

¹⁰¹ Fejsbuk isključuje sistem za prepoznavanje lica, sajt Blica, <http://www.blic.rs/IT/344293/Fejsbuk-isklucuje-sistem-za-prepoznavanje-lica>, 24.10.2012.

Dragan Prlja, Ph. D.
Institute of Comparative Law, Belgrade
Andrej Diligenski, MSc
Data Protection Officer of company Simacek
Facility Management Group GmbH, Vienna
European Center for E-Commerce and Internet Law, Vienna

FACEBOOK AND DATA PROTECTION IN EU

Today, with the help of social networks, including Facebook's biggest, millions of people around the globe communicate. In addition, this platform has become a powerful means by which the huge amount of data, pictures, films and other materials exchanged, and makes publicly available. Facebook receives the information that the user will become the property of Facebook, which they can trade and make profit. A large proportion of the total number of Facebook users are users in the European Union. Most legal problems related to Facebook's right to privacy, data protection and the possibility of exercising the right to legal protection. These issues are regulated by the regulations of the European Union, and especially the Data Protection Directive, Directive on Privacy and Electronic Communications and Telecom Package Directive. The daily use of Facebook opens up issues related to the collection of data by means of cookies, use like button, face recognition, tagging, collection excessive amount of data, the use of picture, using a variety of applications, using a friend finder options, etc...

Keywords: Facebook; Law; EU Law; Comparative Law; Internet Law; Data Protection.

NAKNADA ZA JAVNO SAOPŠTAVANJE I OSTVARIVANJE PRAVA STRANIH PROIZVOĐAČA FONOGRAMA

Prava proizvođača fonograma, način upotrebe prava kao i sudska zaštita regulisani su Zakonom o autorskim i srodnim pravima iz 2009, sa izmenama i dopunama iz 2011.godine. Ova prava su definisana kao srodna prava. Srodna prava su prava koja nastaju prilikom izvođenja, dupliranja, proizvodnje ili distribucije autorskog dela. Srodna prava koja uključuju pravo proizvođača fonograma su neodvojivo vezana za nosioca autorskog dela.

Doneti Zakon zajedno sa usvojenim amandmanima deo je sveobuhvatne reforme prava intelektualne svojine u Srbiji, koja je sprovedena u poslednje tri godine, u cilju dalje harmonizacije sa pravnim tekovinama Evropske unije, sa posebnim osvrtom na Direktivu br. 29/2001 o harmonizaciji određenih aspekata autorskih i srodnih prava u informacionom društvu. Domaći izvori prava u ovim oblastima su dopunjeni usvajanjem novih propisa čime je pravo intelektualne svojine Republike Srbije u znatnoj meri usaglašeno sa pravom Evropske unije, kao i sa najvažnijim odredbama međunarodnih konvencija, posebno sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS).

Zakonodavstvo, stavovi i mišljenja pravne teorije izneti prilikom tumačenju sudske prakse, koji su predstavljeni u ovom radu uključuju: obavezno kolektivno ostvarivanje prava na naknadu za javno emitovanje fonograma, pravnu prirodu odnosa Organizacije proizvođača fonograma Srbije i nosioca prava, proces dokazivanja relevantnih činjenica u sporovima oko odračuna naknade, nadležnost sudova i vrstu postupka za određivanje visine naknade, isključivanje određenih korisnika plaćenja naknade u domaćem pravu i jurisprudenciji EU, kao i prava stranih proizvođača fonograma.

Ključne reči: *fonogram, snimanje zvuka, proizvođač, reciprocitet, intelektualna svojina, kupac, kolektivna prava, beneficije, korišćenje, javno saopštavanje, otkrivanje, predmet nadležnosti, sud, tarife.*

UVOD

Prava proizvođača fonograma, način ostvarivanja i sudska zaštita uređena su Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine koji je izmenjen 2011. godine¹ i definisana su kao prava srodna autorskom pravu. Srodna prava su prava koja nastaju povodom izvođenja ili umnožavanja, proizvodnje ili distribucije autorskog dela. Srodna prava u koje spada i pravo proizvođača fonograma, su neodvojiva od autorskog prava. Ona ni na koji način ne utiču na zaštitu autora u pogledu njihovih dela, već dejstvuju kao posebna vrsta privatnih prava.²

Usvajanje navedenog zakona i njegovih novela predstavlja deo obimne reforme prava intelektualne svojine u Srbiji, koja je sprovedena u toku poslednje tri godine, čime je izvršeno dodatno usklađivanje sa pravnim tekovinama Evropske unije, pre svega sa Direktivom br. 2001/29 o harmonizaciji određenih aspekata autorskog prava i srodnih prava u informatičkom društvu. Usvajanjem novih propisa upotpunjeni su domaći izvori prava iz navedene oblasti,³ a srpsko pravo intelektualne svojine u većoj meri je usklađeno sa pravom Evropske unije i odredbama najvažnijih međunarodnih konvencija u oblasti zaštite intelektualnih dobara, naročito sa odredbama Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS).

U ovom radu prikazani su zakonski propisi, mišljenja pravne teorije i stavovi sudske prakse koji se odnose na: obavezno kolektivno ostvarivanje prava na naknadu za javno saopštavanje fonograma; na pravnu prirodu odnosa Organizacije proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.) i nosilaca prava; na dokazivanje relevantnih činjenica u sporovima za naplatu naknade; na stvarnu nadležnost suda i vrstu postupka; na postupak određivanja tarife o naknadama; na izuzimanje pojedinih kategorija korisnika od obaveze plaćanja naknade u domaćem pravu i sudskoj praksi EU; kao i na prava stranih proizvođača fonograma.

OBAVEZNO KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE PRAVA NA NAKNADU ZA JAVNO SAOPŠTAVANJE FONOGRAMA

Proizvođač fonograma je fizičko ili pravno lice u čijoj je organizaciji i čijim je sredstvima fonogram načinjen i koji snosi odgovornost za prvo

¹ "Službeni glasnik RS", br. 104/2009, 99/2011

² Marković P., Komentar Zakona o autorskom i srodnim pravima, web prezentacija, NALED, <http://www.naled-serbia.org/index.php?action=propisi&ID=16>

³ Veselinović J., Novine u zaštiti autorskih prava u Srbiji, časopis Pravo, teorija i praksa, "Pravo" doo i Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, Novi Sad, 2012. godina, broj 7 – 9/2012, strana 148.

snimanje zvuka, odnosno niza zvukova. Proizvođač fonograma ima isključivo pravo da drugome zabrani ili dozvoli:

- 1) umnožavanje svog fonograma u bilo kom obliku i na bilo koji način, i stavljanje u promet tako umnoženih primeraka fonograma;
- 2) davanje u zakup primeraka fonograma;
- 3) interaktivno činjenje dostupnim javnosti žičnim ili bežičnim putem svog fonograma.

„Proizvođač fonograma nema isključivo pravo, pravo da drugome dozvoli ili zabrani korišćenje svog fonograma, već ima imovinsko pravo, pravo na naknadu za njegovo korišćenje“.⁴ Proizvođač izdatog fonograma ima pravo na naknadu za: 1) emitovanje i reemitovanje fonograma; 2) javno saopštavanje fonograma; 3) javno saopštavanje fonograma koji se emituje.

U sudskoj praksi objašnjena je razlika između emitovanje fonograma i javnog saopštavanja fonograma koji se emituje: „Emitovanje fonograma i javno saopštavanje fonograma koji se emituje su, prema zakonskoj odredbi, dva vida korišćenja koji posebno podležu obavezi plaćanja naknade. Emitovanjem se programski sadržaj čini dostupnim u relevantnoj zoni pokrivanja, odnosno zoni opsluživanja, pa se sa sadržinom programa može upoznati svako lice koje poseduje odgovarajući prijemni uređaj. Ako je prijemni uređaj postavljen na mestu koje je dostupno javnosti, onda se od strane onoga koji takav uređaj poseduje vrši javno saopštavanje licima koja nemaju takvu tehničku mogućnost.“⁵ „Subjekt koji poseduje uređaj za prijem programskog sadržaja emitera čiji su deo i fonogrami, i koji pomoću tog uređaja u objektu dostupnom javnosti primljeni sadržaj čini dostupnim neodređenom broju lica, dužnik je naknade za javno saopštavanje fonograma koji se emituju, nezavisno od odnosa između emitera i organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma.“⁶ Radio aparat je uređaj podoban da primi emitovani sadržaj radio stanice koja pokriva teritoriju na kojoj se nalazi. Ako je aparat postavljen u objektu dostupnom javnosti, reprodukovanjem emitovanog sadržaja, pa i fonograma koji se emituju, nastaje osnov za naplatu naknade u smislu ... Zakona o autorskom i srodnim pravima.⁷

⁴ Iz presude Privrednog apelacionog suda, Pž. 244/2011 od 13.10.2011. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2012, Elektronska pravna baza Paragraflex, Paragraf Co doo Beograd, 2012. godina

⁵ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 5548/08 od 26.12.2008. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, "Intermex", Beograd, 2012. godina

⁶ Iz rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 5017/2009 od 15.10.2009. godine, Elektronska pravna baza Paragraflex, Paragraf Co doo Beograd, 2012. godina

⁷ Iz rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 4993/2009 od 15.10.2009. godine, Elektronska pravna baza Paragraflex, Paragraf Co doo Beograd, 2012. godina

Korisnici – obveznici plaćanja naknade za javno saopštavanje fonograma su oni koji obavljajući svoju delatnost ili na drugi način, u objektima i drugim prostorima koriste repertoar O.F.P.S-a, (restorani, hoteli, noćni klubovi, diskoteke, trgovine, tržni centri, sportske hale, stadioni, sajamske hale, prevozna sredstva, škole plesa, fitnes centri i drugi objekti i poslovi).

U Zakonu o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine kao značajna novina uvedeno je obavezno kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava koje obuhvata pravo proizvođača fonograma na naknadu za emitovanje i javno saopštavanje. Dakle, pravo na naknadu proizvođač fonograma može ostvariti samo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, a ne i individualno.⁸ Na ovaj način, propisano je obavezno kolektivno ostvarivanje prava na naknadu proizvođača fonograma. Prema tome, reč je, o neoborivoj zakonskoj pretpostavci da Organizacija proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.) u svom poslovanju deluje za račun svih nosilaca ovog srodnog prava, za predmete zaštite koji su u njenom delokrugu. Navedena zakonska pretpostavka nije važila kada su u pitanju strani proizvođači fonograma, u periodu važenja prve dozvole, već je O.F.P.S. morala da dokaže da je sa odgovarajućim inostranim organizacijama zaključila ugovore.⁹ Međutim, neoboriva zakonska pretpostavka važi i odnosu na strane nosioce prava od obnavljanja, odnosno od izdavanja druge dozvole.¹⁰

Deo stručne javnosti osporava obavezno kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava i smatra ga nespojivim sa evropskom praksom, uz insistiranje da u svim slučajevima uvede mogućnost izbora individualnog ili kolektivnog ostvarivanja prava.¹¹

Trajanje prava proizvođača fonograma zakonom je ograničeno. Pravo proizvođača fonograma traje 50 godina od dana nastanka fonograma. Ako je fonogram zakonito izdat ili objavljen tokom tog roka, pravo prestaje 50 godina od dana tog izdavanja ili objavljivanja, zavisno od toga koji datum je raniji.¹² Zakon o autorskom i srodnim pravima primenjuje se na fonograme proizvođača fonograma i na njima snimljene interpretacije ako od beleženja, odnosno od prvog izdanja ili objavljivanja, do dana stupanja na snagu ovog zakona, nije proteklo pedeset godina.

⁸ Član 127. stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima

⁹ Član 186. stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima.

¹⁰ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 5491/08 od 18.11.2008. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, "Intermex", Beograd, 2012. godina

¹¹ Marković P., Komentar Zakona o autorskom i srodnim pravima, web prezentacija, NALED, <http://www.naled-serbia.org/index.php?action=propisi<sID=16>

¹² Član 147. stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima

PRAVNA PRIRODA ODNOSA ORGANIZACIJE PROIZVOĐAČA FONOGRAMA SRBIJE (O.F.P.S.) I NOSILACA PRAVA

Pravo na naknadu proizvođač fonograma ostvaruje isključivo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, a to je Organizacija proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.), čiji je zadatak zaštita interesa proizvođača fonograma i prikupljanje naknada za korišćenje muzike koja se zatim raspodeljuje proizvođačima fonograma. Organizacija ima status udruženja u skladu sa Zakonom o udruženjima i ne može da obavlja ni jednu drugu delatnost osim kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava.

Nosioci prava preko organizacije kolektivno ostvaruju prava, a naročito pravo na potraživanje naknade za korišćenje predmeta zaštite. U slučaju ostvarivanja isključivih imovinskih prava, nosioci prava ugovorom na isključiv način ustupaju svoja prava organizaciji, sa nalogom da ona u svoje ime a za njihov račun zaključuje ugovore sa korisnicima predmeta prava o neisključivom ustupanju tih prava. U slučaju ostvarivanja prava na naknadu, nosioci prava daju nalog organizaciji da u svoje ime a za njihov račun naplati naknadu od korisnika.¹³ Pravni odnos koji nastaje između proizvođača fonograma kao nosioca prava i Organizacije proizvođača fonograma Srbije, kao organizacije za kolektivno ostvarivanje tih prava, ima obeležja ugovora o komisionu, jer organizacija sa korisnicima zaključuje ugovore u svoje ime, a za račun proizvođača fonograma. Ugovor o komisionu, prema teorijskoj klasifikaciji, svrstava se u ugovore o trgovinskim (privrednim) uslugama. Pojam ugovora o komisionu sadržan je u definiciji iz člana 771. Zakona o obligacionim odnosima. Ugovorom o komisionu obavezuje se komisionar da za naknadu (proviziju) obavi u svoje ime i za račun komitenta jedan ili više poslova koje mu poverava komitent. Komisionar ima pravo na naknadu i kad ova nije ugovorena. Po stanovištu pravne teorije, s obzirom na naglašeni lični karakter odnosa između komisionara i komitenta, ugovor o komisionu spada u ugovore *intuitu personae*.¹⁴ Dakle, reč je o ugovoru koji se zaključuje s obzirom na lična svojstva komisionara. Takvo svojstvo ugovora o komisionu pravna teorija objašnjava njegovom građansko-pravnom osnovom u ugovoru o nalogu.¹⁵ Prema članu 772. Zakona o obligacionim odnosima, na ugovor o komisionu shodno se primenjuju pravila o nalogu, ukoliko pravilima o komisionu nije drukčije određeno. Reč je o shodnoj primeni odredaba o ugovoru o nalogu sadržanih u čl. 749 - 770. Zakona o obligacionim odnosima. Iz navedenog zakonskog rešenja pravna teorija izvela je zaključak o pravnoj prirodi

¹³ Član 153. st. 2. i 3. Zakona o autorskom i srodnim pravima

¹⁴ Vasiljević M, Poslovno pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997. god, str. 464 – 465.

¹⁵ Ibidem, str. 465

ugovora o komisionu koji ima svoju građansko-pravnu osnovu u ugovoru o nalogu.¹⁶

DOKAZIVANJE RELEVANTNIH ČINJENICA U SPOROVIMA ZA NAPLATU NAKNADE

U sporovima za naplatu naknade O.F.P.S., kao tužilac, mora da dokaže pravno- relevantne činjenice od kojih zavisi osnov i visina tužbenog zahteva, a to su pre svega činjenica korišćenja fonograma, a zatim i vrsta delatnosti korisnika, površina objekta u kojoj se ona obavlja, kao i period korišćenja. U sudskoj praksi stvaralački su tumačena zakonska pravila o dokazivanju.

Pravilo o teretu dokazivanja sadržano je u članu 231. Zakona o parničnom postupku¹⁷: "Stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drugačije propisano. Stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drugačije propisano." U pravnoj teoriji ističe se mišljenje da stranka ne može dokazivati negativnu činjenicu. (*Affirmanti incumbit probatio, non neganti*).¹⁸ Naprotiv, teret dokazivanja pozitivne sporne činjenice je na protivnoj strani. Jer "svaka stranka snosi teret dokazivanja činjenice koja njoj po materijalnom pravu ide u prilog."¹⁹

Prema stavu sudske prakse: „Na organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma, kao tužiocu, je teret tvrdnje, iznošenja činjenica od kojih zavisi pravo na naplatu godišnje naknade obračunate prema Tarifi, kada nije zaključen ugovor o ustupanju prava. Bitna činjenica za ostvarivanje prava na naplatu naknade je činjenica korišćenja fonograma, a bitna činjenica za naplatu godišnje naknade je vremenski period od godinu dana na koji se ista odnosi.“ U obrazloženju presude navedeno je da: „I prema stanovištu ovog suda, tužilac kao organizacija za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma, jeste ovlašćena da u svoje ime, a za račun nosilaca prava štiti njihova prava i vrši naplatu naknade za korišćenje fonograma koje se može sastojati u emitovanju, javnom saopštavanju ili javnom saopštavanju fonograma koji se

¹⁶ Ibidem, str. 466.

¹⁷ "Službeni glasnik RS", br. 72/2011

¹⁸ Kozar V., Komentar Zakona o parničnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina, «Poslovni biro» d.o.o., Beograd, strana 312.

¹⁹ Poznić B, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1987. godina, str. 256

emituju. Pravo na naplatu naknade, odnosno obaveza iste, može proizlaziti iz ugovora koji zaključuju korisnik i organizacija za kolektivno ostvarivanje, koja je prema odredbama zakona dužna da takav ugovor zaključi sa svim korisnicima pod ravnopravnim uslovima, ali može proizlaziti i iz samog zakona. Bitna činjenica za ostvarivanje ovog prava jeste činjenica korišćenja, pa kako se prema Tarifi tužioca naknada plaća u godišnjem iznosu, onda je bitna činjenica za primenu materijalnog prava, navedene Tarife, činjenica korišćenja u periodu od godinu dana. Kako je prvostepeni sud utvrdio da tužilac do zaključenja glavne rasprave nije opredelio koji je to vremenski period od godinu dana za koji se naknada ispostavlja, kao što to nije učinio ni samom ispostavljenom fakturum, proizlazi da je pravilan zaključak prvostepenog suda, da tužilac na kome je teret dokazivanja nije dokazao činjenicu korišćenja u vremenskom periodu za koji naknadu ispostavlja.²⁰

Jedna od najvećih razlika novog Zakona o parničnom postupku u odnosu na sva dosadašnja rešenja jeste napuštanje principa negativne litiskontestacije i uvođenje principa afirmativne litiskontestacije. Naime, prema članu 230. stav 1. ne dokazuju se činjenice koje je stranka priznala pred sudom u toku parnice, (što je preuzeto iz ranijih zakona), ali je dodato da se ne dokazuju ni činjenice koje stranka nije osporila. Saglasno dosadašnjem principu negativne litiskontestacije, osporavanjem tužbenog zahteva tuženik je osporio i sve činjenice na kojima se isti zasniva, a od dokazivanja su bile izuzete samo činjenice koje je stranka, odnosno tuženik izričito „priznao pred sudom u toku parnice“, dakle nisu se dokazivale samo priznate činjenice. Novi zakon, međutim, uvodi princip afirmativne litiskontestacije, što znači se neće dokazivati ni činjenice koje stranka nije osporila, bez obzira da li su one iznete u tužbi, docnijim podnescima stranaka ili u reči na ročištima. Dakle, stranka mora izričito osporiti određenu činjenicu da bi ista bila predmet dokazivanja, a u protivnom, sud nema potrebe da izvodi dokaze radi utvrđivanja takve „nesporne činjenice“, jer je ista zakonom izjednačena sa priznatim činjenicama. Prema tome, zakonodavac je preuzeo tumačenja iz dosadašnje sudske prakse, koja su prihvatila i kategoriju nespornih činjenica, izvođenjem logičkih zaključaka iz navoda stranaka, po nekada i posrednih.²¹

STVARNA NADLEŽNOST SUDA I VRSTA POSTUPKA

Stvarna nadležnost privrednog suda u parničnom postupku postoji u sporovima o autorskim i srodnim pravima i određena je članom 25. stav 1.

²⁰ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 2736/08 od 09.07.2008. godine Sudska praksa, softverski paket za pravnike, „Intermex“, Beograd, 2012. godina

²¹ Kozar V., Vodič za primenu novog Zakona o parničnom postupku – najvažnije novine u odnosu na prethodni zakon, 2012. godina, «Poslovni biro» d.o.o., Beograd, strana 23.

tač. 1. i 2. Zakona o uređenju sudova.²² Privredni sud je nadležan u sporu između O.F.P.S., koja po zakonu ima svojstvo pravnog lica – udruženja,²³ i korisnika koji je domaće ili strano privredno društvo, preduzeće, zadruga ili fizičko lice koje ima svojstvo preduzetnika i njihovih asocijacija (privredni subjekti). Ako je korisnik neprivredni subjekat kao što su medicinske ustanove (laboratorije, zubne ordinacije, klinike, poliklinike i sl) tada bi za rešavanje spora bio stvarno nadležan sud opšte nadležnosti - viši sud.²⁴ Stvarna nadležnost je bitna, jer od stvarne nadležnosti zavisi i vrsta postupka, koji će se primeniti, tj. da li će se primeniti posebna pravila postupka u privrednim sporovima ili pravila opšteg postupka. Naime, novi Zakon o parničnom postupku je odredio domen primene posebnih pravila postupka u privrednim sporovima, tako što je u članu 480. stav 1. propisao da se odredbe XXXIV glave primenjuju se u svim sporovima u kojima sude privredni sudovi u skladu sa zakonom kojim se uređuje stvarna nadležnost sudova (privredni spor), ako za pojedine sporove nije propisana druga vrsta postupka. Reč je o bitnoj novini, jer je novi zakon u naš pravni sistem ponovo uveo definiciju privrednog spora, tako što je propisao da pojam privrednog spora proizlazi iz stvarne nadležnosti privrednih sudova, koja je regulisana Zakonom o uređenju sudova.²⁵ To je svaki spor koji je u stvarnoj nadležnosti privrednog suda, uključujući i sporove autorskim i srodnim pravima, što znači i spor za naplatu naknade za javno saopštavanje fonograma između O.F.P.S. i korisnika - privrednih subjekata. Dakle, privredni spor je drugačije i preciznije definisan tako što je usklađen sa definicijom nadležnosti privrednih sudova.²⁶

Na ovaj način, zakonodavac je uveo pravnu sigurnost u postupanju i otklonio mnoge nedoumice koje su postojale u sudskoj praksi zbog pravne praznine koja je nastala još od 1998. godine, a koja je postojala i u

²² "Službeni glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011

²³ Organizacija stiče svojstvo pravnog lica upisom u registar u koji se upisuju udruženja u skladu sa zakonom koji uređuje pravni položaj udruženja - član 161. stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima. Prema odredbi člana 152. Zakona o autorskom i srodnim pravima, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava se ne osniva radi sticanja dobiti

Zakon o udruženjima ("Službeni glasnik RS", br. 51/2009, 99/2011) u članu 2. stav 1. propisuje: „Udruženje, u smislu ovog zakona, jeste dobrovoljna i nevladina nedobitna organizacija zasnovana na slobodi udruživanja više fizičkih ili pravnih lica, osnovana radi ostvarivanja i unapređenja određenog zajedničkog ili opšteg cilja i interesa, koji nisu zabranjeni Ustavom ili zakonom.”

²⁴ Član 23. stav 1. tačka 7. Zakona o uređenju sudova propisuje da viši sud u prvom stepenu sudi u građanskopravnim sporovima o autorskim i srodnim pravima.

²⁵ Kozar V., Vodič za primenu novog Zakona o parničnom postupku – najvažnije novine u odnosu na prethodni zakon, 2012. godina, «Poslovni biro» d.o.o., Beograd, str. 135. i 136.

²⁶ Lutovac Z. - Novine u zakonu o parničnom postupku – novi ZPP, Bilten vrhovnog kasacionog suda br. 3/2011, Intermex, Beograd, strana 115

prethodnom zakonu, koji u članu 479. nije sadržao definiciju privrednog spora, pa je primena odredaba postupka u privrednim sporovima bila prepuštena tumačenju sudova, što je dovodilo do pravne nesigurnosti.²⁷

Ako je korisnik neprivredni subjekat, tada je stvarno nadležan sud opšte nadležnosti, a samim time primenjivaće se i pravila opšteg parničnog postupka.

POSTUPAK ODREĐIVANJA TARIFE O NAKNADAMA

Naknada koja se naplaćuje po osnovu sekundarnog korišćenja fonograma na kome je zabeležena interpretacija ima dva bitna obeležja: u pogledu utvrđivanja vrednosti, ona treba da bude pravična - kako prema korisnicima, tako i nosiocima prava; u pogledu naplate od korisnika, ona je jedinstvena. Pravo na naknadu nosioci prava ostvaruju isključivo posredstvom organizacija za kolektivno ostvarivanje prava. Postoje tri bitna momenta ostvarivanja prava na naknadu interpretatora, sa jedne, i proizvođača fonograma, sa druge strane: utvrđivanje njene vrednosti, naplata od korisnika i raspodela nosiocima prava. Organizacije za kolektivno ostvarivanje prava a u domenu uređenja međusobnih, i odnosa sa korisnicima mogu primeniti dva modela. Prvi model podrazumeva: u prvom koraku - usaglašeno postupanje organizacija koje kolektivno ostvaruju prava proizvođača fonograma i interpretatora - u fazi utvrđivanja nacrta tarife, koja se onda usaglašava sa korisnicima i kao predlog dostavlja Komisiji za autorsko i srodna prava na mišljenje; davanje ovlašćenja da realizuje naplatu naknade od korisnika jednoj od dve organizacije - interpretatora ili proizvođača fonograma, uz obavezu da deo prikupljenih sredstava, po pravilu polovinu, preda drugoj organizaciji, a po odbitku stvarnih troškova; najzad, u fazi raspodele, svaka od organizacija bi nastupala samostalno. Po drugom modelu, organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma mogu zaključiti sporazum o poslovnoj saradnji, koja bi za predmet imala zajedničko istupanje prema korisnicima u sve tri faze realizacije prava na naknadu: najpre njenog utvrđivanja, u vidu zajedničke tarife, zatim zaključivanja sporazuma i naplate od korisnika i najzad faze raspodele.²⁸

Pored Organizacije proizvođača fonograma Srbije i reprezentativnog udruženja korisnika, u postupku određivanja tarife, obavezno učestvuje Komisija za autorsko i srodna prava, kao nestalno, stručno telo ovlašćeno da

²⁷ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina, str. 15. i 16.

²⁸ Graić-Stepanović S., Ubiranje jedinstvene naknade po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije zabeležene na fonogramu, Pravo i privreda, 2010. godina, vol. 47, br. 4-6, str. 562-578

u oblasti ostvarivanja autorskog i srodnih prava daje mišljenje o predlogu tarife koji predlažu organizacije.²⁹ Predsednika i članove Komisije imenuje Vlada na predlog direktora Zavoda za intelektualnu svojinu. Kandidate za predsednika i članove Komisije predlažu organizacije za kolektivno ostvarivanje prava i reprezentativna udruženja korisnika autorskih dela i predmeta srodnih prava. Na ovaj način, zbog dominantnog položaja koji organizacija za kolektivno ostvarenje prava ima na tržištu za koje je dobila dozvolu, predviđeno je da se značajna uloga u procesu utvrđivanja tarife poveri spoljnom, nezavisnom subjektu. Jer, kod utvrđivanja tarife u direktnim pregovorima između organizacije i korisnika postoji problem što organizacija ima dominantan položaj na tržištu za kojem ima dozvolu, koji može da zloupotrebi prilikom pregovora sa korisnicima i nametne naknade koje su neopravdano visoke³⁰

Ustanovljenje Komisije za autorsko i srodna prava bilo je neophodno iz razloga što su pre stupanja na snagu Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine, tarifu kao osnovni akt na osnovu kojeg se naplaćuje naknada za korišćenje autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava donosile organizacije, bez bilo kakvog uticaja korisnika. Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine propisano je da se tarifa donosi pregovorima između organizacija i reprezentativnog udruženja korisnika. Osnovni zadatak komisije je pružanje pomoći u formi stručnog mišljenja o pravednosti tarife na osnovu koje organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava naplaćuje naknadu od korisnika, i to u onim situacijama kada organizacija i reprezentativni predstavnici korisnika ne mogu da postignu saglasnost o tarifi. U određenim slučajevima, kada sporazum nije moguće postići ni uz mišljenje Komisije, Komisija može i sama doneti odluku o tarifi. Dakle, u našem pravu postupak određivanja tarife spada u postupke određivanja tarife od strane spoljnog subjekta, s tim što se prethodno daje šansa pregovorima između organizacije i korisnika.³¹ Osnivanje Komisije za autorsko i srodna prava od velikog značaja za bolje funkcionisanje kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava, što je to u skladu sa rešenjima iz uporednog prava i u interesu svih korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava, bez obzira da li su to korisnici koji korišćenjem autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava ostvaruju ili ne ostvaruju prihod, već to čine zato što je to korisno ili prijatno za njihove klijente, odnosno korisnike.³²

²⁹ Čl. 177. i čl. 192. do 200. Zakona o autorskom i srodnim pravima

³⁰ Borovac V., Načini određivanja tarife organizacije za kolektivno ostvarenje autorskog i srodnih prava, "časopis "Pravo i privreda", br. 7-9/2012, 2012. godina, str. 389. i 393.

³¹ Ibidem, str. 390.

³² Miladinović Z., Nadležnosti i sastav komisije za autorsko i srodna prava, Pravo i privreda 2010. godina, vol. 47, br. 4-6, str. 526-535

Pravni status Komisije za autorsko i srodna prava i pravna priroda akta koji ona donosi (mišljenje) u zakonu nije dovoljno određen. U pravnoj teoriji i sudskoj praksi postoje različita mišljenja o pitanju da li je Komisija upravni organ, posebna upravna organizacija ili savetodavno telo, kao i da li su njeni akti - upravni akti, a samim tim i o tome da li su i koji pravni lekovi dozvoljeni protiv negativnog mišljenja komisije (žalba, tužba upravnom sporu, tužba u parničnom postupku i sl.) ili u slučaju „ćutanja administracije“, tj. ako Komisija ne odluči u zakonom propisanom roku od 60 dana. U pravnoj teoriji se ističe da nije moguće dati nedvosmisleni odgovor na jednostavno pitanje - kakva je pravna priroda ovog tela – tj. dali je Komisija za autorsko pravo i srodna prava državni organ uprave, posebna (upravna) organizacija, organizaciona jedinica u okviru posebne organizacije (Zavoda za intelektualnu svojinu), savetodavno telo...

Mišljenje Komisije za autorsko i srodna prava sadrži ocenu o tome da li predlog tarife organizacije obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje izdatu od strane nadležnog organa i da li je naknada određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ovim zakonom. Komisija daje mišljenje na sednici, većinom glasova Komisije, u roku od 60 dana od dana prijema zahteva za dobijanje mišljenja o predlogu tarife i dostavlja ga organizaciji i reprezentativnom udruženju korisnika. Organizacija objavljuje tarifu u "Službenom glasniku Republike Srbije" u roku od 15 dana od dana prijema mišljenja ukoliko je Komisija u svom mišljenju ocenila da predlog tarife obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje izdatu od strane nadležnog organa i da je naknada određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ovim zakonom. Međutim, ukoliko je Komisija mišljenja da predlog tarife ne obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje izdatu od strane nadležnog organa ili da naknada nije određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ovim zakonom, organizacija je dužna da u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Komisije iz ovog stava, ponovi pregovore sa reprezentativnim udruženjem korisnika, ili da u istom roku dostavi novi predlog tarife Komisiji na mišljenje. Ukoliko, nakon razmatranja novog predloga tarife Komisija oceni da naknada nije određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ovim zakonom doneće sama odluku o tarifi.³³ Dakle, saglasnost Komisije na predlog tarife, data u obliku mišljenja, predstavlja obaveznu fazu postupka utvrđivanja tarife, u slučaju kada ce tokom pregovora ne postigne sporazum o tarifi. A nedavanje saglasnosti na novi predlog tarife ima za posledicu supstituciju Komisije učesnicima u pregovorima, te samostalno utvrđivanje tarife od strane Komisije.³⁴

³³ Član 200. Zakona o autorskom i srodnim pravima

³⁴ Popović D., „O ograničenjima i kolektivnom ostvarivanju autorskog prava i srodnih prava“, časopis "Pravo i privreda", br. 7-9/2012, 2012. godina, str. 305.

Odlučujući u upravnom sporu po tužbi Udruženja informatičke delatnosti Privredne komore Srbije, Upravni sud je zaključio da mišljenje Komisije za autorsko pravo i srodna prava o predlogu jedinstvene tarife posebne naknade nema karakter upravnog akta u smislu čl. 4 i 5, Zakona o upravnim sporovima, budući da se tim mišljenjem ne rešava o određenom pravu ili obavezi tužioca u upravnoj stvari, jer se ne radi o pojedinačnoj nespornoj situaciji od javnog interesa u kojoj neposredno iz propisa proizilazi potreba da ce buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi. Prema stavu koji je zauzeo Upravni sud, davanje mišljenja Komisije samo je jedna faza u postupku za određivanje tarife, zbog čega mišljenje ne uživa zaštitu u upravnom sporu. Tužba je, stoga, odbačena.³⁵ U pravnoj teoriji postoji mišljenje da bi se pravna zaštita, umesto u upravnom sporu, mogla biti ostvarena u građanskom sudskom postupku, u skladu sa članom 142. Zakona o obligacionim odnosima koji reguliše opšte uslove formularnih ugovora.³⁶ Dakle, sudska zaštita bi se ostvarivala tužbom u parničnom postupku kao opštem postupku za zaštitu povređenih ili ugroženih građanskih subjektivnih prava.³⁷ Pri tome, primenjivala bi se pravila posebnog parničnog postupka u privrednim sporovima, koji je regulisan odredbama čl. 480 - 487. Glave XXXIV Zakona o parničnom postupku.³⁸

IZUZIMANJE POJEDINIH KATEGORIJA KORISNIKA OD OBAVEZE PLAĆANJA NAKNADE U DOMAĆEM PRAVU I SUDSKOJ PRAKSI EU

Zakon o autorskom i srodnim pravima predviđa određena ograničenja autorskog prava za nekomercijalne svrhe nastave, i to u režimu suspenzije: Dozvoljeno je bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade za nekomercijalne svrhe nastave: a) javno izvođenje ili predstavljanje objavljenih dela u obliku neposrednog poučavanja na nastavi; b) javno izvođenje ili predstavljanje objavljenih dela na školskim priredbama, pod uslovom da interpretatori ne prime naknadu za svoje izvođenje i da ce ne naplaćuju ulaznice; v) javno saopštavanje emitovanih školskih emisija putem tehničkih uređaja unutar obrazovne ustanove.³⁹ Na ovaj način Zakon o autorskom i srodnim pravima usklađen je sa članom 5. stav 3. pod a) Direktive br. 2001/29 o harmonizaciji određenih aspekata autorskog prava i

³⁵ Rešenje Upravnog suda Republike Srbije, br. 6U 14400/11 od 29. decembra 2011. godine

³⁶ Popović D., navedeno delo, str. 306.

³⁷ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), «Poslovni biro», Beograd, 2010. godina, str. 13

³⁸ Kozar V., Komentar Zakona o parničnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina, «Poslovni biro» d.o.o., Beograd, strana 592.

³⁹ Član 44. Zakona o autorskom i srodnim pravima

srodnih prava u informatičkom društvu, ali ne potpuno, jer navedenom odredbom Direktive dopušta se državama članicama EU da propišu pomenuti izuzetak za svrhe nastave, pri čemu ce pojam nastave ekstenzivno tumači tako da može obuhvati i onlajn podučavanje,⁴⁰ dok se nacionalni propis ograničava samo na neposredno poučavanje na nastavi, što čini ce da isključuje svaki oblik nastave na daljinu.⁴¹

„Poslovni izuzetak“ odnosno suspenzija predviđena je i u Predlogu zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima, koji je ušao u proceduru krajem 2011. godine (a koji još nije usvojen od strane zakonodavnog tela). Predlogom zakona se od obaveze plaćanja naknade za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacija i fonograma izuzimaju korisnici u zanatskim radnjama, s tim što pojam zanatske radnje nije definisan.

Izuzimanje korisnika u zanatskim radnjama od obaveze plaćanja naknade za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacija i fonograma iz Predloga zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima, trebalo bi uskladiti sa pravnim stavom zauzetim u presudi Suda pravde EU donetoj u predmetu *Societa Consortile Fonografici v. Marco Del Corso*,⁴² u kome je Sudu pravde EU italijanski sud postavio nekoliko prethodnih pitanja od kojih se jednim tražilo od Suda pravde da utvrdi da li je pojmom javnog saopštavanja, u smislu člana 8. stav 2. Direktive br. 92/100 o pravu davanja u zakup i na poslugu, i o određenim pravima umnožavanja, u oblasti intelektualne svojine,⁴³ obuhvaćeno javno saopštavanje fonograma sa tehničkih uređaja u stomatološkim ordinacijama. Ukoliko jeste, vlasnici stomatoloških ordinacija bili bi obavezni da plate naknadu za javno saopštavanje fonograma. U svojoj presudi, sud je najpre podsetio da ce pojam javnog saopštavanja iz pomenute direktive mora tumačiti uzimajući u obzir podudarne pojmove iz Rimske konvencije,⁴⁴ Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine i WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.⁴⁵ Članom 8. stav 2. Direktive

⁴⁰ Michel M. Walter, Silke von Lewinski, *European Copyright Law*, Oksford, 2010, str. 1043.

⁴¹ Popović D., „O ograničenjima i kolektivnom ostvarivanju autorskog prava i srodnih prava“, časopis „Pravo i privreda“, br. 7-9/2012, 2012. godina, str. 299.

⁴² Sud pravde EU, *Societa Consortile Fonografici v. Marco Del Corso*, predmet br. S-135/10 od 15. marta 2012. godine

⁴³ Direktiva (E3) br. 92/100 o pravu davanja u zakup i na poslugu, i o određenim pravima umnožavanja, u oblasti intelektualne svojine (EZ, 1992, br. L346). Direktiva (EZ) br. 92/100 prestala je da važi danom stupanja na snagu Direktive (EZ) br. 2006/115 (EU, 2006 br. L376).

⁴⁴ Konvencija o zaštiti umetnika izvođača, proizvođača fonograma i organizacija za radiodifuziju od 26. oktobra 1961. godine

⁴⁵ Zakon o potvrđivanju WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima objavljen je u "Službenom listu SRJ" - Međunarodni ugovori, br. 13/2002.

države članice preuzimaju obavezu da osiguraju da korisnik plati odgovarajuću naknadu ukoliko je fonogram objavljen u komercijalne svrhe ili umnoženi primerak tog fonograma emituje bežičnim putem (radiodifuzija) ili na drugi način javno saopštava, kao i da obezbede da se tako ubrana naknada raspodeli između interpretatora i proizvođača fonograma. Ovaj član Direktive predstavlja recepciju člana 12 Rimske konvencije. Na osnovu člana 8. stav 2. Direktive nosilac prava je, dakle, ovlašćen da potražuje naknadu za određene oblike javnog saopštavanja fonograma objavljenih u komercijalne svrhe. Stoga je neophodno u svakom konkretnom slučaju utvrditi da li sporni oblik korišćenja fonograma predstavlja javno saopštavanje u smislu člana 8. stav 2. Direktive, kao i utvrditi identitet korisnika i lica kojima se fonogram javno saopštava. Sud se osvrnuo i na svoju raniju praksu, pre svega presudu donetu u predmetu *SGAE v. Rafael Hoteles*, gde je zaključeno da javno saopštavanje postoji u slučaju kada hotel svojim gostima distribuira po sobama televizijski signal, tj. omogućava gledanje televizije u sobama.⁴⁶ Naime, hoteli naplaćuju uslugu snabdevanja signalom kroz naplatu svoje osnovne usluge (smeštaja i/ili prehrane). Ta dodatna usluga ima uticaja na kategorizaciju hotela, pa samim tim i cenu prenoćišta. Takođe, prilikom ovakvog oblika javnog saopštavanja autorskog dela odnosno predmeta srodnog prava, lica koja čine javnost nisu pasivna, tj. nisu slučajni adresat javnog saopštavanja. Oslanjajući ce na kriterijume utvrđene presudom *SGAE v. Rafael Hoteles*, Sud pravde je, odgovarajući na prethodno pitanje u predmetu *Societa Consortile Fonografici v. Marco Del Corso*, zaključio da ce činjenično stanje u ova dva predmeta značajno razlikuje. Naime, zubar koji javno saopštava fonogram u svojoj ordinaciji to čini, po pravilu, malom broju osoba (pacijenata), koje u prostoriji u kojoj se fonogram javno saopštava uz pomoć tehničkog uređaja provode malo vremena. Pacijenti se neprestano menjaju, zbog čega različita lica po pravilu odslušaju različita muzička dela zabeležena na fonogramu. Isto važi i u slučaju javnog saopštavanja fonograma koji se emituje. Sud je, najzad, zaključio da javno saopštavanje fonograma nema uticaja na povećanje prihoda koje ostvaruje zubar, pošto se broj pacijenata neće povećati usled uzgrednog javnog saopštavanja fonograma tokom zubarskih intervencija. Zbog toga je ovde reč o tzv. javnom saopštavanju usled koga ne dolazi do povećanja prihoda lica koje ga preduzima. Kriterijum uticaja javnog saopštavanja autorskih dela odnosno predmeta srodnih prava na uvećanje prihoda već je ranije primenjen pri donošenju presude u predmetu *SGAE v. Rafael Hoteles*. Prema tome, Sud pravde je zaključio da saopštavanje fonograma uz pomoć tehničkog uređaja u zubnim ordinacijama ne predstavlja radnju javnog saopštavanja u smislu člana 8. stav 2. Direktive (EZ) br. 92/100.

PRAVA STRANIH PROIZVOĐAČA FONOGRAMA

Proizvođaču fonograma koji je strano lice, priznaju se prava predviđena Zakonom o autorskom i srodnim pravima, na osnovu međunarodnog ugovora koji je ratifikovala Republika Srbija, ili na osnovu uzajamnosti između Republike Srbije i zemlje kojoj on pripada. U slučaju sumnje u postojanje uzajamnosti, objašnjenje daje Ministarstvo spoljnih poslova Republike Srbije.⁴⁷

Za strane proizvođače fonograma kao nosioce srodnih prava koji uživaju zaštitu na osnovu ovog zakona važe rokovi trajanja tih prava iz ovog zakona s tim da ističu najkasnije na dan kada ističe zaštita u državi čiji su oni državljani ili u kojoj imaju svoje sedište i ne mogu biti duži od rokova propisanih ovim zakonom.⁴⁸

O.F.P.S., na osnovu ugovora sa odgovarajućim inostranim organizacijama, obezbeđuje kolektivno ostvarivanje prava domaćih nosilaca u inostranstvu, kao i stranih nosilaca u Republici Srbiji. Obavezu zaključenja ugovora sa inostranim organizacijama, O.F.P.S. je dužna da ispuni u roku od pet godina od dana sticanja prve dozvole za obavljanje delatnosti.⁴⁹

U sudskoj praksi zauzeti su stavovi o zakonskoj pretpostavci o postojanju ovlašćenja organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma u odnosu na strane nosioce i dokazivanju aktivne legitimacije u periodu važenja prve dozvole: „Za dobijanje dozvole za rad od strane Zavoda za intelektualnu svojinu i registraciju organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma, nije preduslov zaključenje ugovora sa odgovarajućim inostranim organizacijama, već je ugovore dužna da zaključi u roku od pet godina od dobijanja dozvole, što znači da je u tom periodu dužna da dokaže svoju aktivnu legitimaciju za isplatu naknade za korišćenje fonograma čiji su nosioci strana lica, jer pretpostavka postojanja ovlašćenja za kolektivno ostvarivanje prava ne važi kada su u pitanju strani nosioci prava.“ U obrazloženju presude navedeno je: „U periodu važenja prve dozvole na tužiocu je teret dokazivanja da je ispunio svoju zakonsku obavezu i zaključio navedene ugovore, te da je ovlašćen za zaštitu prava inostranih nosioca. Kako u toku prvostepenog postupka tužilac dokaze o tome nije dostavio, to je pravilan zaključak

⁴⁷ Član 148. st. 1. i 3. Zakona o autorskom i srodnim pravima

⁴⁸ Pravo proizvođača fonograma traje 50 godina od dana nastanka fonograma, a ako je fonogram zakonito izdat ili objavljen tokom tog roka, pravo prestaje 50 godina od dana tog izdavanja ili objavljivanja, zavisno od toga koji datum je raniji (član 148. stav 4. u vezi člana 147. stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima).

⁴⁹ Član 186. Zakona o autorskom i srodnim pravima.

prvostepenog suda zasnovan na pravilnoj primeni pravila o teretu dokazivanja, da tužilac nije dokazao da ima pravo na naknadu za korišćenje fonograma čiji nosioci nisu domaći, već strani subjekti.⁵⁰

Potrebno je istaći da zakonska pretpostavka o postojanju ovlašćenja organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma u odnosu na strane nosioce nije važila u periodu od pet godina od dana izdavanja prve dozvole. Međutim, neoboriva zakonska pretpostavka važi i odnosu na strane nosioce prava od obnavljanja, odnosno od izdavanja druge dozvole za obavljanje delatnosti organizacije. Prema stavu sudske prakse: „Za osnivanje organizacije za kolektivno ostvarivanje zaštite autorskog srodnog prava i pribavljanje dozvole za obavljanje ove delatnosti, bez koje organizacija ne može biti registrovana, nije nužan uslov da su zaključeni ugovori sa inostranim organizacijama. Ovu obavezu organizacija je dužna da ispuni u roku od pet godina od dana izdavanja prve dozvole, odnosno u istom vremenskom periodu za koji važi prva dozvola. Zato zakonska pretpostavka iz Zakona o autorskom i srodnim pravima u odnosu na strane nosioce prava važi od obnavljanja, odnosno od izdavanja druge dozvole, jer Zavod za intelektualnu svojinu kao nadležan organ neće istu izdati organizaciji koja nije ispunila obavezu iz ovog zakona. U periodu važenja prve dozvole, pretpostavka ne važi, pa je na organizaciji teret dokazivanja da je obaveza ispunjenja pre isteka zakonskog roka od pet godina.⁵¹

Značajnu novinu predstavlja obavezno kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava koje obuhvata pravo proizvođača fonograma na naknadu za emitovanje i javno saopštavanje, što znači da se pravo na naknadu proizvođač fonograma može ostvariti samo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, a ne i individualno.

Na ovaj način, uvedena je o neoboriva zakonska pretpostavci da Organizacija proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.) u svom poslovanju deluje za račun svih nosilaca ovog srodnog prava, za predmete zaštite koji su u njenom delokrugu, odnosno repertoaru. Navedena zakonska pretpostavka nije važila kada su u pitanju strani proizvođači fonograma, u periodu važenja prve dozvole, već je O.F.P.S. morala da dokaže da je sa odgovarajućim inostranim organizacijama zaključila ugovore. Međutim, neoboriva zakonska pretpostavka važi i odnosu na strane nosioce prava od obnavljanja, odnosno od izdavanja druge dozvole za rad.

Deo stručne javnosti osporava obavezno kolektivno ostvarivanje

⁵⁰ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 9344/08 od 12.03.2009. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, "Intermex", Beograd, 2012. godina

⁵¹ Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 5491/08 od 18.11.2008. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, "Intermex", Beograd, 2012. godina

autorskog i srodnih prava i smatra ga nespojivim sa evropskom praksom, uz insistiranje da u svim slučajevima uvede mogućnost izbora individualnog ili kolektivnog ostvarivanja prava.

Pravni odnos koji nastaje između proizvođača fonograma kao nosioca prava i Organizacije proizvođača fonograma Srbije, kao organizacije za kolektivno ostvarivanje tih prava, ima obeležja ugovora o komisiju, jer organizacija sa korisnicima zaključuje ugovore u svoje ime, a za račun proizvođača fonograma.

ZAKLJUČAK

Pravo na naknadu proizvođač fonograma može ostvariti samo kolektivno – preko Organizacije proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.), a ne i individualno. Na ovaj način, uvedena je o neoboriva zakonska pretpostavka da Organizacija proizvođača fonograma Srbije (O.F.P.S.) u svom poslovanju deluje za račun svih nosilaca ovog srodnog prava, za predmete zaštite koji su u njenom delokrugu, odnosno repertoaru. Deo stručne javnosti osporava obavezno kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava i smatra ga nespojivim sa evropskom praksom, uz insistiranje da u svim slučajevima uvede mogućnost izbora individualnog ili kolektivnog ostvarivanja prava.

Pravni odnos koji nastaje između proizvođača fonograma kao nosioca prava i Organizacije proizvođača fonograma Srbije, kao organizacije za kolektivno ostvarivanje tih prava, ima obeležja ugovora o komisiju, jer organizacija sa korisnicima zaključuje ugovore u svoje ime, a za račun proizvođača fonograma.

U sporovima za naplatu naknade O.F.P.S., kao tužilac, mora da dokaže pravno- relevantne činjenice od kojih zavisi osnov i visina tužbenog zahteva. To su pre svega činjenica korišćenja fonograma, a zatim i vrsta delatnosti korisnika, površina objekta u kojoj se ona obavlja, kao i period korišćenja. Pismeni dokaz nije jedini relevantan dokaz za utvrđenje činjenice da li je tuženi koristio fonogram, predmet zaštite tužioca, već strankama su na raspolaganju sva dokazna sredstva koja predviđa Zakon o parničnom postupku.

Privredni sud je nadležan u sporu između O.F.P.S. i korisnika koji je domaće ili strano privredno društvo, preduzeće, zadruga ili fizičko lice koje ima svojstvo preduzetnika i njihovih asocijacija (privredni subjekti). Ako je korisnik neprivredni subjekat tada bi za rešavanje spora bio stvarno nadležan sud opšte nadležnosti - viši sud. Stvarna nadležnost je bitna, jer od stvarne

nadležnosti zavisi i vrsta postupka, koji će se primeniti, tj. da liće se primeniti posebna pravila postupka u privrednim sporovima ili pravila opšteg postupka.

Pored Organizacije proizvođača fonograma Srbije i reprezentativnog udruženja korisnika, u postupku određivanja tarife, obavezno učestvuje Komisija za autorsko i srodna prava, kao nestalno, stručno telo ovlašćeno da u oblasti ostvarivanja autorskog i srodnih prava daje mišljenje o predlogu tarife koji predlažu organizacije. Mišljenje Komisije za autorsko pravo i srodna prava o predlogu jedinstvene tarife posebne naknade nema karakter upravnog akta. Zato se pravna zaštita može ostvariti u građanskom sudskom postupku, dakle, tužbom u parničnom postupku kao opštem postupku za zaštitu povređenih ili ugroženih građanskih subjektivnih prava.

Predložena je izmena zakona tako što bi se od obaveze plaćanja naknade za javno saopštavanje muzičkih dela, interpretacija i fonograma izuzeli korisnici u zanatskim radnjama.

Stranom proizvođaču fonograma priznaju se prava predviđena Zakonom o autorskom i srodnim pravima, na osnovu međunarodnog ugovora koji je ratifikovala Republika Srbija, ili na osnovu uzajamnosti između Republike Srbije i zemlje kojoj on pripada. Na osnovu ugovora sa odgovarajućim inostranim organizacijama, koje je bila dužna da zaključi u roku od pet godina od dana sticanja prve dozvole za obavljanje delatnosti, O.F.P.S. obezbeđuje se kolektivno ostvarivanje prava domaćih nosilaca u inostranstvu, kao i stranih nosilaca u Republici Srbiji. Zato zakonska pretpostavka o postojanju ovlašćenja Organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma u odnosu na strane nosioce nije važila u periodu od pet godina od dana izdavanja prve dozvole. Međutim, neoboriva zakonska pretpostavka važi i odnosu na strane nosioce prava od obnavljanja, odnosno od izdavanja druge dozvole za obavljanje delatnosti organizacije.

Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad

FEES FOR PUBLIC COMMUNICATION AND THE EXERCISE OF RIGHTS OF FOREIGN PRODUCERS OF PHONOGRAMS

The rights of phonogram producers, the way of exercising and judicial protection are regulated by the Law on Copyright and Related Rights Act of 2009, as amended in 2011. These rights are defined as rights related to copyright. Related rights are rights that arise regarding the performance or duplication, production or distribution of copyrighted work. Similar rights which include the right of phonogram producers are inseparable from the copyright holder. It in no way affects the protection of authors in respect of their works, but also act as a special kind of private rights

Adoption of the law and its amendments is part of comprehensive reform of intellectual property rights in Serbia, which was conducted during the last three years, which made further harmonization with the legal achievements of the European Union, especially with the Directive no. 2001/29 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Domestic sources of law in these areas are complemented by the adoption of new regulations, and the Serbian intellectual property right is largely harmonized with the European Union, and the most important provisions of international conventions in the field of intellectual property, in particular the provisions of the Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

The legislation, opinions and attitudes of the legal theory of case law, which are presented in this paper include: mandatory collective exercise of the right to compensation for public broadcasting phonograms, the legal nature of the relationship of the Organization of Phonogram Producers of Serbia (OFPS) and right holders, process of proving the relevant facts in dispute billing charges, the subject matter jurisdiction of the court and the type of procedure, for the determination of tariffs on fees, the exclusion of certain categories of beneficiaries from paying fees in domestic law and jurisprudence of the EU, as well as the rights of foreign producers of phonograms.

Key words: *phonograms; sound recording, the manufacturer; reciprocity, intellectual property, customer, collective rights, benefits, use, public communication, detection, subject matter jurisdiction, the court; tariffs;*

Velimir Živković, LL.M (Belgrade),
Magister Juris (Oxford)
PhD Candidat, University of Belgrade Faculty of Law
Institute of Comparative Law, Belgrade

Originalni naučni rad
UDK: 347.44(44+420+430)

HARDSHIP IN FRENCH, ENGLISH AND GERMAN LAW

The contracts are made to be kept – pacta sunt servanda. This maxim surely is the cornerstone of any effective contract law system, but it cannot, and never has, reigned supreme in each and every legal system. Unexpected events that dramatically change the landscape of a particular contract do occur, rendering its performance sometimes impossible but more often much more onerous for one party. This article deals with the second situation. The aim is to analyze the standpoint of three major European legal systems – French, English and German – on the issue of what (if anything) happens to the contract and rights of the parties if contractual performance becomes more onerous than initially envisaged. This area offers fertile ground for comparative analysis as it will be shown that these three major legal systems adopt genuinely different solutions. These can be sorted on a scale, with the French law being by far the least responsive and German law on the other containing codified rules to flexibly deal with these situations.

Keywords: *hardship, frustration, French law, English law, German law*

INTRODUCTION

The question whether or not the parties should strictly hold on to their contractual bargain regardless of the changed circumstances has deep historical roots. Roman law generally opposed any subsequent modifications of contracts as for a long period of time contractual obligations had a strong religious connotation. It was not until the rise of canon law doctrine that the effect of changed circumstances gained recognition. This was expressed in another well known maxim of contract law – *rebus sic stantibus*. The core idea can be expressed simply – the contract stays the same as long as the circumstances that surrounded it when it was made remain the same. The doctrine's acceptance started with the glossators, and included such strong

proponents as Grotius before becoming a part of early European civil law codifications such as the Prussian Landrecht.¹

The three modern laws that will be the focus of the discussion in this article have not, however, uniformly followed either the old Roman or the canon law principles.² And this is to be expected, as historical development was markedly different in all three legal systems. What was common was the need to address the issues of changed circumstances, manifesting themselves in the disturbance of contractual equilibrium after the contract conclusion. Simply put, this is a situation in which the *duties* of one party become *excessively* onerous, either because the cost of its performance changes significantly enough or because the value of the counter-performance diminishes significantly enough. This situation is commonly today being referred to by its English name hardship despite this term not having a proper legal meaning in England, and this term will be used as a shorthand unless stated differently.

Dealing with hardship is always under the proviso that the performance of the contract does not become (physically or legally) impossible. In such cases, different set of rules often comes into play. It is not the goal of this article to deal with impossibility of performance in the named legal systems, as this is an interesting area that deserves an article of its own. However, as will be shown, the boundary between impossibility and hardship is sometimes very fluid and the two are even addressed together, as with the English doctrine of frustration. It will thus be necessary to discuss, in appropriate places, the solutions that each of these systems provides for situations of impossibility as well.

This article will address each of the systems separately, before concluding with comparative observations. In addition, some short digressions will be given regarding other legal systems with solutions that can be of importance for the discussion. When dealing with hardship provisions in each of the systems, the focus will be on historical development as well as key foundations of positive law.

It is hoped that the overview of the solutions will show the level of deep difference between these systems, which can be contrasted to current attempts to converge on European level. It is also hoped that realizing the trends and approaches in comparative law can be beneficial for Serbian legislator in this area, especially bearing in mind the current work on new Serbian civil code.

¹ K.Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 1998.³, 518.

² H.Rosler, 'Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law', *European Private Law Review* 3/2007, 487.

FRENCH LAW

The French law stands on one extreme pole of potential solutions. This is manifested by the provisions of Code civil (CC) and court jurisprudence which point to the same conclusion – there is no possibility to adapt or terminate a *private law* contract in French law due to hardship, unless the parties themselves made an appropriate hardship clause. According to French jurisprudence which has stemmed from Articles 1147 and 1148 of CC, termination of contracts is possible only in cases of *force majeure* (terms *cas fortuit* and *cause étrangère* are used interchangeably). It can be best described as ‘all or nothing’ position – the contract is either possible, and thus to be performed as agreed or impossible and thereby either terminated fully or partially by operation of law or suspended in cases of temporary impossibility. It is important to note that term private law was emphasized with a reason, as this assertion does not hold true for public law contracts in which a characteristically French doctrine of *imprévision* is applied. This doctrine will be elaborated in more detail, but it is important first to understand the roots and details of the general private law rule.

2.1. THE DEVELOPMENT OF THE LAW

The juridical test of the CC provisions in cases of hardship came in the middle of XIX century. The case that remains the crucial precedent (there were some similar ones earlier) to this day is *Cannal de Craponne* of 6 March 1876.³ In that case Cour de cassation set aside the lower court of appeal’s decision which allowed for the adaptation of the contract, namely contractual remuneration, in accordance to what can be deemed as *rebus sic stantibus* principles. A contract for provision of water from the Craponne canal was concluded in 1567 and by 1873 the contractual remuneration paid by the receivers amounted to no more than a token amount, wholly disproportionate to counter-performance. The court of appeal in Aix, after the heirs of de Craponne family sued and asked for adaptation, allowed for the contractual amount to be adjusted in accordance with contemporary reality, openly proclaiming that this was recognized in law.⁴ But Cour de cassation rejected such a position in singularly stern language: ‘[...] under no circumstances is it for the courts, however fair their decision may appear to them to be, to take into account the time and the circumstances in order to substitute new terms for those which have been freely accepted by the

³ Cass civ, 6.3.1876, D 1876.I.93.

⁴ See H.Beale et al, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing 2010.², 1131.

contracting parties'.⁵ This position has in principle held ground ever since. It has been suggested that this stance is the result of historical lack of trust in the role of the judge after the French Revolution, and the reluctance to allow the power to modify the contract as the expression of will of the parties.⁶ Another fear is the potential for 'chain reactions' in which modification just breeds more modifications.⁷

The main challenge to this position could have come out of situations arising after First and Second World Wars. As will be seen below, it was the post-WWI crisis that caused major legal consequences in this area in Germany. Although the scale of hyperinflation and economic disaster in France was not the same as in Germany, France nevertheless suffered rampaging inflation reaching 500% in monetary depreciation. In spite of this, Cour de cassation held to the same principles. In another important judgment on 6 June 1921,⁸ it decided that no equitable consideration permits the courts to vary the terms of the contract. Briefly regarding the facts, a farmer was required to return a fixed amount of capital alongside a herd to the owner, with the amount fixed in 1910. The owner demanded an increase in capital to be returned due to both war and post-war inflation, by this was flatly rejected. Once again the language of imposing a law on oneself, clearly derogated from the ubiquitous Article 1134 CC, was used to justify claiming that every risk of future increases was accepted by the contracting party. It is truly hard to accept that this included such a change of circumstance as to make the owed sum as much as 5 times smaller.

Such a position is indeed considered by the majority of French doctrine to be untenable.⁹ After the lack of change even after the First World War troubles and inflation, the legal doctrine strongly voiced the idea of change, while proposing different basis for it - ranging from the good faith considerations of Article 1134 (3) CC to invoking old *clausula rebus sic stantibus* as an unwritten principle of the law.¹⁰ It should, in all fairness, be

⁵ *Ibid.*

⁶ See E.Baranauskas, P.Zapolskis, 'The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract', *Jurisprudence*, 4 (118) 2009, 200 and A. Karampatzos, 'Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law', *European Review of Private Law* 2/2005, 144.

⁷ M.Mekki, 'Hardship and modification (or "revision") of the contract', 8-9, available at: <http://ssrn.com/abstract=1542511>.

⁸ Cass civ, 6.6.1921, D 1921.I.73.

⁹ H.Beale et al., 1134.

¹⁰ K.Zweigert, H.Kötz, 525.

said that there were also authors which for a long time opposed allowing the interference of courts.¹¹

Despite some lower court rulings in favour of adaptation due to hardship, Cour de cassation remained firm. In such a situation it was necessary for the legislator to intervene to mitigate most obvious difficulties. A special law in 1918 (*Loi Failliot*) gave the courts power to rescind pre-war contracts and grant damages if necessary.¹² This was similarly repeated after Second World War, but has remained in essence an isolated, piecemeal solution.

While the rather apparent harshness and criticism levied by the doctrine failed to produce tangible results in the sphere of private law contracts, the overarching 'public interest' did so for administrative law contracts. The division between these two types of contracts, the administrative ones being characterized by a state entity as one of the parties with special contractual powers and public service in some form as the subject matter of the contract, is (as far as Europe is concerned) peculiarly French.¹³ Despite some differences from private law contracts in areas of contract formation, content and performance, strictly legally speaking there is no obvious reason for the position on hardship to be different regarding administrative contracts. This has not prevented Conseil d'État, final level appellate body for administrative contract disputes, to take such a substantively different stance. Similarly to *Canal de Craponne* in private law, 1916 *Gaz de Bordeaux*¹⁴ case is the landmark in public law contracts jurisprudence regarding hardship. The facts are rather simple – due to German occupation of French coal mines and the corresponding drastic increase in coal price, the company which provided gas for lighting of Bordeaux streets by an administrative contract with the city commune fell into precarious economic position. Unless the company was allowed to increase the contract price for gas, it would likely go into liquidation with the effect that Bordeaux would be left without city lights. In deciding that such an outcome was unacceptable from the public interest viewpoint, Conseil d'État allowed for the price to be modified due to changed circumstances and thereby created the doctrine of *imprévision*.¹⁵ The term is also used as a French version of the English term hardship, despite the fact that its field of application is limited. This field of application has shrunk further due to the fact, noted by the Conseil d'État itself, that administrative

¹¹ M.Mekki, 1.

¹² *Ibid.*, 527.

¹³ L.Brown, J.Bell, *French Administrative Law*, Butterworth 1993,⁴ 192-193.

¹⁴ Conseil d'État, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, 30.3.1916, Rec. Lebon p. 125.

¹⁵ Applied also in, for example, decisions 9.12.1932, S.1933.3.39 and 15.7.1949, S.1950.3.61.

contracts commonly introduced clauses which provide for similar cases.¹⁶ Yet, the doctrine itself remains in force – in a case involving the drastic 1973 increase in oil prices, Conseil d'État ruled that instead of repudiating the contract, the company suffering the consequences of it should have claimed *imprévision*.¹⁷

The presence of public interest as a differentiating factor between these two lines of jurisprudence remains commonly pleaded, but doubtfully strong ground. It has been said, and this position should be supported, that it is not acceptable to treat private interests so differently as many of them actually accrue together to form a public or general interest.¹⁸ An example of private contract dealing with environmental matters is an example as good as any – although formally private interests are pursued, failure of the contract (caused by the lack of possibility to adapt it) might have obvious consequences for the public good.

2.2. POSITIVE LAW AND PROPOSALS FOR REFORM

For private law contracts in France, which without doubt remain far more numerous, the legal situation is as follows: unless you provide for hardship yourself or it is one of narrowly defined and specially legislated cases, there will be no possibility to either suspend own performance, ask for renegotiation or ask the court for adaptation in cases of changed circumstances. There most certainly is no possibility for the contract to come to an end automatically. The French position is followed in Belgium, Luxembourg, Quebec, Chile, Louisiana¹⁹ but not in Italy,²⁰ The Netherlands,²¹ or Spain.²²

It has been pointed out sometimes that there might be some recent examples of such rigid practice changing. Since Article 1134 (3) and 1135 CC and the notions such as good faith leave some space for the courts to exercise moderating power, there seem to be some steps in that direction.²³

¹⁶ Conseil d'État, 2.4.1960, Recueil de jurisprudence, Pedard.

¹⁷ Conseil d'État, *Société Propetrol*, 5.11.1982.

¹⁸ B. Fauvarque-Cosson, 'Le changement de circonstances', *Durées et contrats*, R.D.C. 2004, 73.

¹⁹ M.Mekki, 8.

²⁰ Italian Codice civile, Arts. 1467-1469.

²¹ H.Beale et al., 1146-1147.

²² P.Mazzacano, 'Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG', *Nordic Journal of Commercial Law* 2/2011, 46.

²³ C.Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Wolters Kluwer 2009, 404-405; M.Mekki, 11 and case law cited there.

However, both progressive²⁴ and traditionalist²⁵ approaches have examples in the jurisprudence of Cour de cassation. Another example of the first is a recently imposed obligation to renegotiate contracts to rebalance disproportionate contractual duties.²⁶ This quite pragmatic duty of renegotiation stems from the general principle of good faith. Overall, it would be hard to say that there is a definite turn towards implementing *imprévision*, but the times ahead might be bringing more change.

Even if it is often commonly accepted that the current rules in French law should change in order to accommodate *imprévision* principles in civil and commercial contracts as well, the proposals for reform are not uniform. Divisions in jurisprudence and doctrine are echoed in reform proposals. For example, often cited *Avant-projet Catala*²⁷ puts emphasis on renegotiation, in a sense that a party has a right to demand the President of the *tribunal de grande instance* to order new negotiations to adapt the contract, which are to be conducted in good faith. If these negotiations fail, absent bad faith, each party has a right to terminate a contract *pro futuro*, at no further cost or loss. Noticeably, there is no right of court adaptation of the contract. The so called *F. Terré project's* solution²⁸ imperatively puts the obligation of parties to renegotiate in cases of excessively onerous performance for one party, but if no solution is reached in reasonable time, a judge is allowed to adapt or end the contract. The French Ministry of Justice 2008 project²⁹ also gives the party a right to demand renegotiation (without any court involvement in that process) while sanctioning that the same party must continue with its performance during these renegotiations. Should renegotiations be refused or fail, the judge may adapt the contract *if the parties so agree* or put an end to it on conditions he sees fit. Peculiarly, while all of the proposals feature renegotiations in one form or another, the judge's power to adapt the contract is either non-existent, semi-present (conditioned on parties' agreement) or fully allowed. It remains rather interesting to see which variant will eventually be accepted and how much the influence from

²⁴ Cass com, 3.11.1992, Bull civ IV.338.

²⁵ Cass com 18.11.1979, Bull civ IV.329.

²⁶ Cass civ, 16.3.2004, Jur. P. 1754.

²⁷ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Arts. 1135-1 to 1135-3, available at: http://www.ladocumentationfrancaise.fr/docfra/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/054000622/0000.pdf, 19.09.2012.

²⁸ F.Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2008., 23, Art. 92.

²⁹ *French Ministry of Justice Project (July 2008)*, Art. 136, referred to in: H.Beale et al., 1135.

modern European and international contract law instruments (DCFR, CESL, UNIDROIT Principles) will play a role in that choice.³⁰

2.3. CONTRACTUAL CLAUSES DEALING WITH HARDSHIP

It is to be expected that businessmen needed to devise their own solutions to deal with hardship. Contractual clauses aimed to clarify the terms used by the law are common in cases of defining *force majeure*. Hardship clauses in French law are somewhat different as they need to 'define' a whole institute and not just its scope, but they are generally common as the first ones and often put together in one single *force majeure and hardship* clause. It is also possible, as in other laws to discern between indexation clauses which deal with monetary depreciation and general hardship clauses which deal with other changes in circumstances.

As for indexation clauses, France has had an early turbulence regarding the issuance of paper money (*assignats*) during the Revolution, which caused the Code Civil to accept a strict monetary nominalism rule for all money debts (Article 1895), which squarely fits with the general rejection of *imprévision* as described above. The approach towards indexation clauses thus varied over the years, and was at first different in regards to international (generally allowed) and domestic (much stricter control) contracts.³¹ Cour de cassation intentionally lifted all restrictions in its *Guyot* decision,³² but the legislator reacted quickly by an Order of 1958 which in essence still adopts a varied approach which explicitly prohibits certain types of indexation, while allowing others if they are directly related to the subject-matter of a particular agreement or activity. The practice thus remains not fully coherent, and the voices for removal of restrictions (especially since the advent of euro) are commonly heard.³³

General hardship clauses in France in addition to defining what hardship is or will be also need to define a procedure to be followed, most likely the one of renegotiations. French courts have had a good sense to aid the parties by agreeing to enforce their bargains in this regard. In that regard, the illustrative judgment is of Cour d'appel de Paris,³⁴ in which it was held that a clause requiring the parties to consult one another in certain circumstances may be given effect by ordering negotiations under the supervision of a third party. In general, French practice has developed rather

³⁰ More on that M.Mekki, 3-6.

³¹ Cass civ, 3.6.1930, DP 1931.1.5.

³² Cass civ, 27.6.1957, D 1957.649.

³³ H.Beale et al., 1162-1163.

³⁴ Cour d'appel de Paris, 28.9.1976, JCP 1979.II.18810.

elaborate systems of hardship clauses, often envisaging the role of arbitrators in establishing what is fair and reasonable under the circumstances.³⁵ It is not thus surprising to see that these clauses have also been a point of great interest for the doctrine.³⁶

ENGLISH LAW

English law position regarding hardship is similar, but not exactly the same as French.

While hardship itself is not recognized as a source of adapting a contract or granting termination, the doctrine of frustration, which will be explained below, provides some potential remedies. Especially important in this context is the frustration of purpose as a part of the doctrine. Such a situation puts English law in between French and German, but one has to note that it is still significantly closer to French law.

THE DEVELOPMENT OF THE LAW

As in so many other areas of contract law, England law followed its own distinctive way when it comes to changed circumstances. One of key historical factors was the fact that English law has not been largely (if at all) influenced by the canon law doctrine of *clausula rebus sic stantibus*.³⁷ English law has started from a position of extreme strictness - even the impossibility of performance was not be taken into account as a changed circumstance with legal effects on contract. In the famous case of *Paradine v Jane*³⁸ a verdict was reached that a tenant had to pay rent even if the leased property was occupied by 'King's enemies' and he himself was forcibly evicted. The only way for the tenant to prevent this absurd situation was to provide against it in contract – the court was not there to help.

Later developments, started in the middle of XIX century, resulted in the creation of the doctrine of *frustration* which brings together both the cases of impossibility of performance (physical and legal) and the cases where the performance is still possible, but the underlying purpose of the contract is frustrated. The cases of impossibility can be equated with French *force majeure* and German counterparts which will be briefly mentioned

³⁵ K.Zweigert, H.Kötz, 527.

³⁶ See, for example, M.Fontaine, 'Les clauses de hardship', *Droit et pratique du commerce international*, 7/1976 and Y.Lequette, 'De l'efficacité des clauses de hardship', *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris 2010.

³⁷ H.Rosler, 18.

³⁸ (1647) Aleyn 26, 27; 82 ER 897, 897.

below. But the real focus of the discussion should be on this second group of cases, which goes beyond the strictness of the French general rule. As will be seen, it is a very specific type of hardship that can only be to some extent accommodated to its definition given above.

The historical development of the doctrine of *frustration* started with overturning the strict *Paradine v Jane* rule in relation to impossibility of performance. The key case is *Taylor v Caldwell*³⁹ where a music hall that was contracted out for several concerts burnt down completely before the commencement of the contract. No provision was made for such a situation in the contract itself, but judge Blackwell J held that in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance. In a sense, this was not truly overruling *Paradine*, as much as using the exception it allowed and saying that there was a term of the contract, but implied in law and not stipulated by the parties. The consequence of finding *frustration* (although it was not called that way yet) was the discharge of the contract for the future – everything accrued before was to remain as it was, including the duty to pay the money due under the now discharged contract.

An extension from pure impossibility to frustration of purpose came in famous Coronation cases, caused by the cancelled coronation of King Edward VII and the accompanying processions and parades. The first of these is *Krell v Henry*.⁴⁰ The claimant agreed to hire out an apartment to defendant for two days in order for the defendant to see the coronation procession through Pall Mall. After the cancellation of the procession, the defendant refused to pay the agreed sum. Obviously, there was no obstacle to the contract being physically performed. But the Court of Appeal found the contract frustrated as the coronation procession, ‘the foundation of the contract’ in minds of contractual parties, failed. The ‘foundation of the contract’, also called the ‘contractual adventure’⁴¹ became a feature to be analyzed in future cases which, it must be said, were not particularly common. Frustration remains a rare occurrence in practice. Interestingly, in another Coronation case, *Herne Bay*,⁴² there was no finding of frustration despite circumstances being similar. A boat rental contract, made in order to see the naval parade and the fleet ships, was not frustrated by the cancellation. Explanations for this differ, two main being that it was still possible to see the fleet (without the parade) as a sufficient ‘foundation’, and

³⁹ (1863) 3 B&S 826, 122 ER 309.

⁴⁰ [1903] 2 KB 740 (CA).

⁴¹ *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd* (1874) LR 10 CP 125.

⁴² *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton* [1903] 2 KB 683.

that Herne Bay company was, unlike parties in *Krell*, a professional which regularly conducted such tours.⁴³

POSITIVE LAW

The doctrine further evolved to reach its modern form. The most important development was the rejection of the 'implied terms' theory and the formation of the modern test for frustration. In *Davis Contractor Ltd v Fareham UDC*,⁴⁴ Lord Radcliffe emphasized that the implied term about an event that the parties by definition could not have foreseen presents a logical difficulty. Instead, it was postulated that: 'frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing *radically different* from that which was undertaken by the contract.'⁴⁵ This has since been used as the modern test of frustration, and is especially important due to other clarifications that have been made by Lord Radcliffe. This test does not include 'economic' hardship, meaning that the increase in cost of performance is not enough to trigger the application of frustration. More specifically: 'it is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for'.

Such language clearly limits the usefulness of the doctrine for the cases which are usually considered as hardship. Yet, in cases such as *Krell v Henry*, it can be said that the value of counter-performance for one party became non-existent. This has not occurred due to economic reasons, but the end result is that a party is obliged to pay full contract price for, in essence, now worthless performance. Viewed in this way, it is still within the scope of drastic contractual disequilibrium and hardship. The truth, of course, remains that such situations are rare and that many more common occurrences of disequilibrium due to economic fluctuations are not included within this scope.

It should be emphasized that apart from this limited and admittedly stretched concept of hardship, English jurisprudence can also offer examples of dealing with situations that can be seen as hardship through contract construction. The leading and often cited case is *Staffordshire Area Health Authority v South Staffordshire Waterworks Co*.⁴⁶ The contract (concluded in

⁴³ H.Beale et al, 1114-1115.

⁴⁴ [1956] AC 696.

⁴⁵ For more on this judgment see H.Beale et al., 1115-1117 (emphasis added).

⁴⁶ [1978] 3 All ER 769, CA.

1929) provided for the supply of water by the defendant at the same price ‘at all times hereafter’. The court of appeal decided in 1978, after the defendant stopped performing due to the price becoming derisory, that there was a right to terminate such a contract at reasonable notice. Lord Denning MR specifically concluded that there was an implied term to that effect in every contract that stipulated supply of goods and services for unlimited time at fixed remuneration. It can be seen that again there seems to be no mention of the possibility to adapt the terms of the contract. Contract termination remains, as in case of frustration, the only available option.

The consequences of frustration, consisting of non-retroactive termination, are prone to leave one contractual party at a disadvantage. Since everything accrued is left as is, and there is no possibility to sue for damages (as no one is at fault – if someone is then there is no frustration), it is quite possible for a large imbalance of performance made and benefits gained to occur. The English law on restitution (unjustified enrichment) here provides only very limited assistance – only if absolutely nothing was performed by one party (‘total failure of consideration’) is it possible for one party to claim restitution.⁴⁷ To remedy this, legislative intervention (prompted in part by Second World War circumstances) occurred via *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*. Frustration itself was not there defined, leaving intact the definition found in jurisprudence. But the consequences of occurred frustration were modified. If money has been paid or become payable by either party to the other before the moment of frustration, it must be repaid (or ceases to be payable)-but if the party to whom the sums have been paid or are payable has incurred expenses in performance of the contract before the time of frustration, the court may allow him to retain a sum up to the total of his expenses. In deciding the sum, the court retains broad discretion. Additionally, if before the time of frustration one party has conferred a benefit on the other which has not yet been paid for under the contract, the court may require the party who received the benefit to pay for it. The sum payable remains under the court’s discretion, but the court is required to take into account the incurred expenses and the effect on the value caused by the circumstances of the frustration. The Act, however, has been rarely applied in practice.⁴⁸

In summary, the position of English law is that only impossibility of performance and the frustration of purpose of the contract can lead to legal consequences. In the words of the modern test, the original obligation must become something ‘radically different’. Economic fluctuations, even drastic, cannot lead to this, and only potential avenue for these to be of importance

⁴⁷ J.Cartwright, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007, 242 and case law cited there.

⁴⁸ *Ibid.*

would be the construction of contract and finding of implied term to that effect, provided of course that the parties did not make some provisions themselves. Once frustration is found, there is no possibility to adapt the terms of contract – it is to be terminated *ex tunc*, with the consequences of such termination specially prescribed by the 1943 Act. In general, frustration remains a rare occurrence, with rules which can be deemed too uncertain for everyday business.

It is commonly stated that the rules of frustration, and lack of any possibility to adapt the contract, are hardly satisfactory. It is interesting to note that the famous English judge Lord Denning considered that the doctrine of frustration as it exists is the product of the fact that England never faced the scale of inflation or other problems which plagued Germany after World Wars. If it did, he was of the opinion that the doctrine itself would soon succumb to the widespread adaptation of contract by courts.⁴⁹ The fact remains that today there seem to be no widely recognized proposals for reform. This in large part can be attributed to the proliferation and sophistication of hardship clauses which everyday practice, as in France, created to mitigate the harshness of the general rule.

CONTRACTUAL CLAUSES DEALING WITH HARDSHIP

The need to define the changed circumstances and the consequences of them more precisely was especially felt by the commercial parties in England. As in France, it is possible to distinguish between indexation and general hardship clauses.

Indexation clauses have been, however, significantly less contentious than in French law. In a somewhat similar vein to the fact that lack of drastic inflationary disturbances precluded the creation of more radical hardship provisions, the fact that pound sterling was a strong and stable currency created less need for the courts to deal with or worry about indexation clauses.⁵⁰ When the need did occur, the courts eventually adopted a liberal attitude. In *Multiservice Bookbinding v Marden*⁵¹ Chancery Division decided that there was no contravention of public policy in situations where the payment of debt (both capital and interests) was index linked to Swiss franc. The practice of indexation had become widespread by the time of that decision, and the British Parliament found no reason to intervene and restrict

⁴⁹ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing 2006,², 329.

⁵⁰ H.Beale et al., 1151.

⁵¹ [1978] 2 All ER 489. Also followed in *National Building Society v Registry of Friendly Societies* [1983] 3 All ER 296.

it.⁵² It is worth mentioning, however, that there were cautionary voices to the practice earlier – Lord Denning called the practice ‘disturbing’ and was generally opposed to it.⁵³ This view did not gain ground and it is unlikely that it will in future.

General hardship clauses are commonly found in both negotiated and standard (such as building) contracts. A clause usually contains a list of situations which would trigger a specific remedy, and such lists offer far greater certainty than judging if something has become ‘radically different’ than originally contracted. Choosing own set remedies instead of termination also offers advantages, as it is possible to contract for the financial adjustments to the contract, their amount or a role of a third party in determining them. What is not possible, however, and thus conflicts with French reform proposals for example, is to agree for a renegotiation. English law in general does not allow for the enforceability of ‘agreements to agree’ or to conduct negotiations in good faith, all of this illustrated by the well known *Walford v Miles*⁵⁴ judgment. Despite some recent signs of potential change,⁵⁵ it is still the case that an English court would not enforce a clause to renegotiate a contract, unless there is also some form of third party involvement. Potential remedies for hardship thus remain more limited than in French or German law.

GERMAN LAW

The manner in which German law deals with hardship stands on the other pole of potential solutions from French law. After the 2002 modernization of the German civil code (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), German legislator codified the developed jurisprudence in its § 313. German law thus offers codified powers to the judge to adapt or terminate the contract which has become excessively difficult for parties to perform or which has (similar to English frustration of purpose) become pointless for one party. It is important to emphasize that the codification of the rule was merely complementary to the existing case law, which remains important (if not crucial) source of explanation for the application of hardship provisions.⁵⁶ As for the terminology, before the codification the term usually used for hardship was *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (disappearance of the contractual basis or collapse of the underlying basis of the transaction), which has been changed to *Störung der Geschäftsgrundlage* - disturbance of

⁵² H.Beale et al., 1154.

⁵³ *Treseder Griffin v Cooperative Insurance Society* [1956] 2 QB 127.

⁵⁴ [1992] 2 AC 128 (HL).

⁵⁵ *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA* [2005] EWCA Civ 891.

⁵⁶ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 324.

the contractual basis. The change of name does not presuppose any change in the concept of hardship.⁵⁷

THE DEVELOPMENT OF THE LAW

The historical development of German law on hardship is a quite fascinating legal journey. The medieval doctrine of *rebus sic stantibus*, as noted before, exerted a strong influence in legal systems which eventually came to form modern Germany. However, the rise of German historical school and of will theories resulted in the doctrine becoming less and less accepted. It was not a part of the original BGB as a result of this, and despite strong efforts made in that direction by the famous German scholar Windscheid and his theory that, put simply, promisors usually assume that the intended legal consequences will occur only in certain circumstances.⁵⁸ Nominally, German law at the time was akin to French ‘all or nothing’ approach – either the contract is impossible to perform and thus terminated in accordance with BGB § 275 or it was to be performed. Such an attitude, with minor modifications in practice, persisted until the end of the First World War and the unprecedented hyperinflation which struck the Weimar Republic.⁵⁹ Faced with a situation in which a 20 Pfennig post mark in less than two years became a 500 trillion mark postmark, the highest German court (*Reichsgericht* – RG) needed to find a solution to alleviate drastic injustice caused by it. The first attempt was the doctrine of ‘economic ruination’ which was attached to BGB § 275 rules on impossibility. In essence, RG applied this article in situations where performance constituted unreasonable and unforeseeable hardship for one party, and as a result relieved that party from performance.⁶⁰ What needed to be shown was that performance in such conditions would result in that party’s economic ruination and likely liquidation. This conveniently pegged this doctrine to an existing legal institute (always a good option for German courts) but had an obvious disadvantage in that not every (or most) situations could be accommodated to such a scenario. Not every contractual party would be ruined if it performed a specific contract, but that does not mean that it would not suffer great hardship for which it was not be blamed. A new solution had to be developed.

As the inflation raged on, RG resorted to more drastic measures. Basing decisions on impossibility was abandoned and RG, after a short

⁵⁷H. Rosler, 485.

⁵⁸B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 320-321.

⁵⁹The RG held firm even during the war, see H. Beale et al, 1138.

⁶⁰See RG 15.10.1918, RGZ 94, 45, 47; 21.9.1920, RGZ 100, 129, 130 et seq. Also, H. Rosler, 488.

return to pure *rebus sic stantibus* doctrine,⁶¹ embraced the new concept of the collapse of the basis of transaction, which it formally attached to all-encompassing BGB § 242 on good faith.⁶² Additionally, the scholarly work of Oertmann (interestingly, Windscheid's son in law) who proposed the theory of the failure of the basis of the transaction at about that time, came as a suitable source of inspiration for the court.⁶³ The strong opinions are voiced, however, that this doctrine was simply a useful ornament to true intentions of the court – trying to mitigate the drastic unfairness which occurred at the daily basis at any cost and by all means.⁶⁴ The well known RG decision of 21 September 1922 can also be seen as the start of the trend that the primary intention of the court should be to revise the contract, with termination being only the ultimate solution.⁶⁵

But not only that – in a truly unprecedented court decision, RG in 1923 decided that because of inflation the *Reichmark* was no longer a valid legal tender in Germany.⁶⁶ This prompted a fierce debate between the court and the government about the role of judiciary in Germany, and eventually led to the adoption of legislation which was aimed to mitigate some of the problems of hyperinflation.⁶⁷ According to the RG, and the later jurisprudence which to this day follows the same path, the fundamental circumstances whose disappearance causes the collapse of the basis are ‘perceptions shared by both parties as evident at the closing of the contract, or perceptions of one party, discernible to and not objected to by the other party, of the existence, present or future, of certain circumstances that form the basis of their willingness to contract’⁶⁸ This indicates that these circumstances might be non-existent from the beginning or disappear later. Furthermore, German law sees no problem in this failure being only partial.

As could have been expected, similar problems occurred after the Second World War, and were eventually and partially remedied by the 1952 Act on assistance to contracts. But in cases not covered by the Act, the courts continued to make important decisions and further refine the doctrine of the collapse of contractual basis. A famous 1953 case regarding the sale of drill hammers to East Germany⁶⁹ confirmed that the primary task of the

⁶¹ RG 21.09.1920, RGZ 100, 129, 131.

⁶² RG 3.2.1922, RGZ 103, 328; 27.6.1922, RGZ 104, 394.

⁶³ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 322.

⁶⁴ *Ibid.*, 323.

⁶⁵ See also RG 27.06.1922, RGZ 104, 394.

⁶⁶ RG 28.11.1923, RGZ 107, 78.

⁶⁷ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 329-330.

⁶⁸ BGH 1.6.1979, BGHZ 74, 370, 372; BGH 28.4.2005, BGHZ 163, 42, 48.

⁶⁹ BGH 16.01.1953, MDR 1953, 282.

judges was to adapt the contract equitably, but also clearly confirmed the use of the doctrine in cases similar to English frustration of purpose. The case, in brief, revolved around the fact that the buyer of drill hammers was prevented from exporting them to East Germany (which was the only place they could have been used due to their outdated model) because of the Berlin blockade. The seller was aware of the buyer's intentions, but these were not part of the contract. The seller sued the buyer when he terminated the contract and refused to pay. There were no issues of monetary depreciation here, but BGH nevertheless applied the doctrine (again hinged on § 242) and adapted the contract in a way that the buyer was obliged to pay one quarter of the amount due.

Starting from a well-known 1978 case which dealt with the consequences of the 1973 rise in oil prices,⁷⁰ the BGH warned that the use of the doctrine of the basis of transaction should be only used where it was 'indispensable for avoiding intolerable results, irreconcilable with law and justice.' The spotlight was to be on objective allocation of risk, and not on quick jumps to equitable considerations. This has been repeated since, and played a major role in forming the now codified rule of BGB.⁷¹ Another major upheaval, the German reunification, prompted a series of decision applying the doctrine of collapse of contractual basis with a return to more equitable considerations. A classic example is the BGH decision of 14 October 1992 where it was held that this doctrine should be implemented in order to save the contract, taking into account good faith requirements.⁷²

POSITIVE LAW

The BGB § 313 which codifies all these developments consists of three parts, which deals with objective foundations of the contract, subjective foundations and situations where adaptation is not possible. Regarding objective foundations, §313 (1) BGB proclaims that in situations where due to disturbance of equivalence of mutual performance or only when the burden falls on one party, and to that extent that the parties had they known about it in advance, would not have concluded the contract in its present form. If that is the case, there is the right of one party to demand from the court to adjust the contract, which will be done if the court determines that one party cannot be reasonably held to its original contractual obligations. Determining whether or not the party can be reasonably held is to be done by taking into account the circumstances of

⁷⁰ BGH 8.2.1978, JZ 1978, 235.

⁷¹ See also BGH NJW 1977, 2262; BGH NJW 1978, 2390; BGHZ 74, 370 and B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 344-346.

⁷² See H.Beale, 1144-1145.

each case, and especially the allocation of risk which is provided by contract or by law. It is possible to see that this emphasis on the allocation of risk can be attributed to modern developments of hardship jurisprudence in Germany, while not forgetting that the courts can be prone to revert to equity considerations in cases of large upheavals as well. This is also made possible by the fact that §313 still leaves ample room for policy considerations.⁷³ However, the primary emphasis, according to doctrine, should be on risk allocation.⁷⁴

Interestingly, § 313 (2) extends the rule from the first subsection to a change in subjective perception of circumstances – if there is a mutual error regarding the basic factual circumstances which are the foundation of the contract, the same remedies can be applied. § 313 (3) contains a residual solution if adaptation is not possible – the party suffering hardship can terminate the contract retroactively in accordance with the BGB rules (§ 346 and others). It is also to be said that, according to § 314 BGB, retroactive termination is not possible in cases of performance of continuing obligations and the only possibility is the *ex nunc* effect. Generally, it is accepted that there is no prior obligation to attempt renegotiation before adaptation by court becomes an option.⁷⁵

It should be mentioned that the German permissive attitude towards adaptation (but only, of course, in extreme circumstances of hardship) has been an inspiration for a number of national laws and harmonizing instruments. Often quoted in that regard are the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.⁷⁶ In a manner resembling an avalanche this acceptance of hardship regulation in international soft law instruments prompts more national laws to accept hardship provisions. A very illustrative example in that regard is Lithuania which fully transplanted UNIDROIT PICC solutions. Grappling with such a transplant by Lithuanian courts is useful for comparative law purposes and will, hopefully, be elaborated in more detail in comparative law doctrine.⁷⁷

1.1. Contractual clauses dealing with hardship

Due to the developments in jurisprudence and now in legislation, there was not so much pressing need to fill the gaps in hardship regulation by contractual clauses as it was in France and England. Still, these clauses

⁷³ B.Markesinis, H.Unberath, A.Johnston, 324.

⁷⁴ *Ibid.*, 325.

⁷⁵ H.Beale, 1147.

⁷⁶ Arts. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3.

⁷⁷ The author would like to thank Paulis Zapolskis of Mykolas Romeris University in Vilnius for comments and materials on hardship in Lithuanian law.

remain the suggested way of dealing with hardship and offer more possibilities to foresee the potential problems.

Indexation clauses in Germany are under stricter control than in England and German legal system in that regards resembles the French one. The key developments were successive legislative acts which imposed restrictions on indexation clauses and accompanying jurisprudence which tended to limit those restrictions. The 1948 Currency Act reformed the monetary system, introduced the Deutch Mark and subjected every indexation clause validity to previous authorization by the Bundesbank. The bank itself was restrictive, but the courts in a number of decisions constructed the need for authorization as narrowly as possible.⁷⁸ However, some clauses were not authorized in any circumstances, including index linking to money trading or capital markets, price of gold, DM purchasing power and average wage or pension levels. The 1948 Act was superseded by the 1998 Act introducing the Euro (which kept the authorization system, but moved it to another body) and then the 2007 Act on price clauses, which eliminated the need to obtain an authorization from a government body. Indexation clauses were prohibited as a rule, but a number of exceptions based on jurisprudential developments and previous Bundesbank practice were kept.

As for general hardship clauses, there main virtue in German law is that they can introduce the need and procedure for renegotiation in cases of hardship, which is not prescribed in § 313. In general, these clauses are held to be valid in German law, which is not surprising due to the overall attitude towards hardship. The restriction, however, does exist after the BGB reform of 2002. The hardship clause in a contract cannot be drafted in such a way to seriously undermine the balance struck in § 313.⁷⁹ Clearly, German law is resolute in avoiding the situation in which a hardship clause can become a source of unfairness itself despite the idea of it being the promotion of equity.

2. Conclusion

The legal issues surveyed above remain a point of deep divergence in prominent European legal systems. This divergence is the combined result of differences in legal philosophy and historical circumstances which influenced each of the systems, but the question remains for how long it will be possible for them to remain diverse. Most prominently, the needs of commerce have shown that regulating hardship is a necessity, and this does not differ in any of the systems analyzed. However, French and English legislators for now remain content to leave this area of law in the hands of parties themselves and their contractual clauses. German law, on the other

⁷⁸ For case law see H.Beale, 1155-1156.

⁷⁹ *Ibid.*, 1166.

hand, saw the need not only to rely on jurisprudence but to codify adaptation due to hardship.

If one takes a look at the current offering of harmonizing instruments in Europe (PECL, DCFR, CESL) and the world (UNIDROIT PICC) there is no doubt that the German approach, further enriched by the demand to renegotiate the contract before applying for court adaptation, is the preferred one. French reform proposals, despite illustrating on their own the controversies which still exist in France on this issue, also generally point in the same direction. Accompanied by the number of national laws influenced by German law and those instruments, it can be said that the general European trend is towards flexible regulation of hardship.

As a side note, it can be said that Serbian law is squarely within that trend. The rules of Serbian Law on Obligations,⁸⁰ despite some peculiarities, allow for adaptation of contracts in cases of hardship or for termination in cases where that is not possible. It can be expected that same general attitude, with possible refinements, will remain when and if a new Civil code was promulgated.⁸¹

It remains to be seen how soon the convergence, which in author's opinion is inevitable, comes to French and English law in the form of accepting the possibility of court adaptation and termination of contracts in cases of hardship. French law seems to be on the brink of such development, and could to it perhaps without large disturbances. The transposition of *imprévision* to private law is certainly much less troublesome than creating a new rule from scratch or transplanting one from foreign law or a European harmonizing instrument. Such inclusion would at least vindicate the long-lasting proposals made in French doctrine.

This implies that English law might have a much longer way to go. It is thus interesting to see how the English courts might handle the inclusion of hardship provisions via Common European Sales Law (which will, if accepted as it stands, be 'the second contractual regime' in England) and whether or not they would be as flexible as when the principle of good faith was similarly introduced by European legislation. Be that as it may, it can be concluded that hardship as a legal phenomenon is definitely here to stay in Europe and is making inroads into the global scene. It remains for the comparative lawyers to track its progress.

⁸⁰ Arts. 133-136.

⁸¹ J.Perovic, 'Promenjene okolnosti u srpskom ugovornom pravu i izvorima uniformnog ugovornog prava', *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012, 192.

Velimir Živković,
diplomirani pravnik-master, Magister Juris (Oxford),
doktorant Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu
Institut za uporedno pravo

PROMENJENE OKOLNOSTI (HARDSHIP) U FRANCUSKOM, ENGLISKOM I NEMAČKOM PRAVU

Ugovori se sklapaju da bi se poštovali – pacta sunt servanda. Ovo načelo je zasigurno temelj svakog delotvornog sistema ugovornog prava, ali ne može biti, niti je ikada bilo, apsolutno superiorno u bilo kom pravnom sistemu. Neočekivani događaji koji dramatično promene ugovorne okolnosti se zaista i dogode, rezultirajući nekad nemogućnošću a još češće otežanim ispunjenjem ugovora za jednu stranu. Tema ovog članka je ta druga situacija. Cilj je analizirati poziciju tri velika evropska pravna sistema – francuskog, engleskog i nemačkog – po pitanjima šta se (ako išta) dešava sa ugovorom i pravima stana u situacijama kada ispunjenje ugovora postane značajno teže nego što je prvobitno dogovoreno. Ova oblast predstavlja plodno polje za uporednu analizu usled toga što ova tri sistema usvajaju suštinski drugačija rešenja. Ova rešenja mogu biti predstavljena u vidu skale, gde francusko pravo u najmanjoj meri pruža mogućnost reagovanja u ovakvim situacijama dok na drugoj strani nemačko pravo sadrži kodifikovane odredbe koje se ovim pitanjima bave na fleksibilan način.

Ključne reči: *promenjene okolnosti, hardship, francusko pravo, nemačko pravo, englesko pravo*

FRANCUSKI RAČUNSKI SUD – TRADICIONALNI ČUVAR DRŽAVNE KASE

Rad analizira organizacionu strukturu i funkcije francuskog Računskog suda (Cour des Comptes), kao jednu od najprestižnijih državnih institucija Francuske. Francuski računski sud odlikuje se visokim stepenom nezavisnosti i profesionalizma u vršenju eksterne revizije budžetskih sredstava, koji su utemeljeni u dobro postavljenom Ustavnom i zakonodavnom uređenju nadležnosti Računskog suda. Tokom svog dvovekovnog postojanja, Računski sud u skladu sa svojom tradicijom nije služio ni izvršnoj ni zakonodavnoj vlasti, nego samo "narodu". Međutim, krajem XX i početkom XXI veka ulažu se naponi za povezivanjem rada Računskog suda sa aktivnostima odborima francuskog parlamenta, kako bi se poboljšala implementacija preporuka suda i osnažila demokratska kontrola trošenja budžetskih sredstava. Zbog toga se u radu pored tradicionalnih funkcija Računskog suda, kao što su suđenje o pravilnosti finansijskih izveštaja i revizija svrsishodnosti finansijskog poslovanja, posebno analizira i nova uloga Računskog suda kao potencijalnog pomoćnika parlamenta.

Ključne reči: *Francuski Računski sud, eksterna kontrola budžeta, francuski Parlament*

1. UVOD

Francuska ima veoma dugu tradiciju institucionalizovane eksterne kontrole budžeta. Najstarije telo za reviziju koje je uspostavljeno da vrši

nadzor nad kraljevskim prihodima i rashodima datira još iz 1190. godine.¹ Početkom XIV veka, u većini provincija, uspostavljene su kraljevske komore za račune (*Chambres des comptes*). Istovremeno, izvršena je i podela aktera finansijske kontrole na ovlašćena lica koja izdaju naloge za plaćanje (*ordonnateurs*) i ovlašćene javne računovođe koje te naloge izvršavaju (*comptables*).² Za vreme velike finansijske krize u XVIII veku, koja je između ostalog dovela i do slavne Revolucije, došlo je do ukidanja kraljevskih komora.

Ekternu kontrolu budžeta uveo je ponovo Napoleon Bonaparta početkom XIX veka, uspostavivši Računski sud (*Cour des Comptes*) 1807. godine, kao nezavisno telo zaduženo za reviziju finansijskih izveštaja ovlašćenih javnih računovođa. Interesantno je primetiti da tokom cele svoje istorije Računski sud nikad nije postao tako blizak saveznik parlamenta kao što je to, na primer, bio slučaj u Britaniji.³ Osnovna karakteristika Računskog suda je visok stepen nezavisnosti u vršenju kontrole javnog novca, budući da ne služi ni izvršnoj ni zakonodavnoj vlasti, nego samo "narodu".⁴

U ovom radu predstavice osnovnu strukturu i funkcije Francuskog računskog suda, koje su se uprkos mnogobrojnim društvenim promenama u poslednja dva veka u mnogim elementima ostale iste od njegovog osnivanja do danas. Najpre će biti predstavljena organizaciona i kadrovska struktura Računskog suda, a zatim njegova institucionalna nadležnost. Predmet posebne pažnje biće poslovi u nadležnosti Računskog suda, i to njegova sudska uloga, uloga revizora svrsishodnosti finansijskog poslovanja i uloga pomoćnika parlamenta. Nadamo se da ova pravno-sociološka analiza funkcija Računskog suda može dati doprinos i daljem razvoju nedavno uspostavljene Državne revizorske institucije u Srbiji, koja uprkos značajnim izazovima i teškoćama u početnoj fazi svoga razvoja, kontinuirano razvija svoje kapacitete u vršenju kontrole nad korišćenjem novca poreskih obveznika.⁵

¹ C. Deescheemaeker, *La Cour des Comptes*, La Documentation Francaise, Pariz, 1997, 8-10.

² J. Magnet(a), *La Cour des Comptes, les institutions associees et les chambers regionales des comptes*, Berger-Levrault, Pariz, 1996, 29.

³ A. Rabrenović, "Parlamentarna kontrola javne potrošnje u Velikoj Britaniji", *Strani pravni život*, 2/2008.

⁴ E.L. Normanton, *The Accountability and Audit of Governments – A Comparative Study*, Manchester University Press, 1964, 19.

⁵ Centar za evropske politike, *Ka većoj finansijskoj odgovornosti vlasti u Srbiji*, Centar za evropske politike, Beograd, 2012.

2. ORGANIZACIONA I KADROVSKA STRUKTURA RAČUNSKOG SUDA

Član 47. Ustava Republike Francuske iz 1958. godine predviđa da „Računski sud pruža pomoć Parlamentu i Vladi u kontroli izvršenja zakona o budžetu (*loi de finances*)”. Činjenica da je institucija Računskog suda ustanovljena ustavnim odredbom daje Računskom sudu poseban prestiž u francuskom ustavnom i institucionalnom okviru, koji on nesumnjivo uživa i u praksi. Član 47. dopunjen je 1996. godine članom 47-1, kojim je Računskom sudu dato ovlašćenje da vrši kontrolu ne samo budžetskih sredstava već i sredstava socijalnog osiguranja.

Francuski računski sud jeste kolegijalno telo, sa velikim brojem sudija koji se postavljaju od strane Predsednika Republike na doživotnu funkciju. Upravljačku strukturu čine: Prvi predsednik (*Premier Président*) i tri predsednika suda. Pored toga, sud ima oko 200 sudija, od kojih je oko 100 u zvanju glavnih savetnika (*conseiller maître*), 80 savetnika izvestilaca (*conseiller référendaires*) i oko 20 revizora.⁶ Iako se sastav Računskog suda prirodno menjao u toku poslednja dva veka, njegova osnovna struktura ostala je ista do danas.

Računski sud ima veoma dobar sistem odabira svojih kadrova i napredovanja u službi. Za revizore Računskog suda biraju se najbolji diplomci prestižne *Ecole National d'Administration*, koje takođe imenuje Predsednik Republike. Nekon nekoliko godina radnog iskustva i pod uslovom da dobije pozitivnu ocenu radnog učinka, revizor može da bude unapređen na mesto savetnika izvestioca (*conseiller référendaire*) i, kasnije, na mesto glavnog savetnika (*conseiller maître*). O njihovim ulogama biće više reči u nastavku teksta. Ono što je u ovom trenutku zanimljivo primetiti je da je oko dve trećine *conseillers maîtres* došlo na tu poziciju nakon vršenja dužnosti na nižim pozicijama u sudskoj hijerarhiji, dok je jedna trećina došla iz drugih delova državne uprave i privatnog sektora. Slično tome, tri četvrtine *conseillers référendaires* potekli su iz Računskog suda, dok je preostali broj biran generalno iz redova šire državne uprave, pre svega, iz Ministarstva finansija, ali takođe i drugih delova javnog i privatnog sektora.⁷

Proširenje kruga kadrova koje angažuje Računski sud imalo je pozitivni uticaj na razvoj same institucije, jer je poboljšalo sposobnost suda

⁶ National Audit Office, *State Audit in the European Union*, 2005, www.nao.org.uk.

⁷ Pollitt at al, *Performance or Compliance? Performance Audit and Public Management in Five Countries*, (Oxford University Press), 2002, 61.

da razume praktične probleme sa kojima se suočavaju institucije koje su predmet revizije, a takođe i pobošljalo kredibilitet Računski suda među subjektima koji su predmet revizije.⁸ Tako, na primer, veliki broj sudija Računskog suda radili su ranije kao interni revizori ili kao ovlašćene javne računovođe (*compables*) što doprinosi razumevanju problema sa kojima se suočavaju interni revizori i računovođe nad čijim radom se revizija vrši. Nakon određenih koraka napredovanja u službi, jedan broj sudija se dalje usavršava i napreduje na najviše nivoe hijerarhije suda, dok drugi deo nastavlja karijeru van Računskog suda. Tako, na primer, nije nimalo neuobičajeno da sudije Računskog suda napuste Računski sud i započnu političku karijeru ili da na određeno vreme rade u državnoj upravi da bi se u kasnijoj fazi karijere vratili u Računski sud.⁹ Zbog toga se smatra da zaposleni u Računskom sudu i državnoj upravi (pre svega u Ministarstvu finansija) predstavljaju zajedničku elitu, jer imaju istovetni cilj zaštite upravljanja i kontrole državnog novca.¹⁰

Interesantno je primetiti da se u sastavu Računskog suda nalazi i kancelarija tužilaštva za reviziju računa (*Parquet*), kojom rukovodi javni tužilac (*Procureur Général*) imenovan od strane Vlade. Jedna od njegovih ključnih uloga u tom smislu je da osigura podnošenje računa od strane ovlašćenih javnih računovođa (*comptables*) i da kontroliše izvršenje nalaza i preporuka Računskog suda, o čemu će biti više reči u nastavku teksta. Ključne funkcije javnog tužioca su i interna koordinacija aktivnosti pojedinih komora i eksterna koordinacija između Računskog suda i ostalih državnih institucija.¹¹

Organizacija Računskog suda podeljena je na sedam komora, u zavisnosti od oblasti revizije. Tako je, na primer, Prva komora zadužena za reviziju finansijskih izveštaja ministarstava i drugih državnih organa koji su nadležni za oblast finansija i budžeta; druga komora za oblast odbrane, industrije, energetike, spoljnu i domaću trgovinu; treća komora za obrazovanje, kulturu i nauku; četvrta za pravosuđe, unutrašnje poslove, inostrane poslove itd. Komorama predsedavaju Predsednici komora (*Présidentes de Chambres*). Svaka Komora ima tridesetak sudija i revizora,

⁸ Ibid.

⁹ Zanimljivo je da je bivši Predsednik Francuske, Žak Širak karijeru započeo u Računskom sudu.

¹⁰ I. Harden, F. White, K. Donnelly, "The Court of Auditors and Financial Control and Accountability in the European Community", *European Public Law*, tom 1, sveska 4, 559-662.

¹¹ V. veb sajt Računskog suda, Cour des Comptes: <http://www.ccomptes.fr>

kao i specijalizovanu podršku viših državnih službenika iz drugih organa uprave koji su sistemom rotacije premešteni na rad u Računskom sudu.¹²

Komore Računskog suda su veoma nezavisne u radu. Nakon konsultacija sa predsednicima komora i vrhovnim tužiocem, Prvi predsednik samo formalno odlučuje o obimu poslova svake komore. Predsednici komora dalje vrše raspodelu poslova na timove u komori kojima rukovodi *conseiller maître*.¹³ Važno je primetiti da je svaka komora potpuno nezavisna u radu i raspolaganju budžetskim sredstvima. Svaka komora predlaže Prvom predsedniku, na potpuno nezavisnoj osnovi, godišnji program rada i srednjoročni program. Na osnovu tih predloga komora, Prvi predsednik odlučuje o godišnjem programu Računskog suda u celini.

Računski sud je izuzetno ponosan na nezavisnost u odlučivanju o sopstvenom programu i aktivnostima uopšte. Kao što je već pomenuto, Računski sud nije tesno povezan u radu ni sa Parlamentom, ni sa Vladom, već predstavlja posebnu i prestižnu pravosudnu instituciju, koja je odgovorna direktno građanima.

Međutim, nezavisnost Računskog suda bila je ugrožena nakon usvajanja Sistemskog zakona o budžetu 2001. godine (*Loi organique relative aux lois de finances*, u daljem tekstu LOLF). Naime, u želji da unapredi svoju ulogu u kontroli potrošnje budžetskih sredstava, Parlament je u LOLF uneo član 58. stav 1. kojim se Računski sud obavezuje da dostavlja svoj godišnji program rada finansijskim odborima parlamenta na mišljenje (pri Predstavničkom domu Narodne skupštine i pri Senatu).¹⁴ Usvajanje ove odredbe dovelo je do oštre reakciju Računskog suda, čiji su predstavnici naglasili da je time ozbiljno narušen nezavisni status suda koji je zagarantovan Ustavom i iz toga razloga podneli i tužbu Ustavnom sudu (*Council Constitutionnel*). Ustavni sud je spornu odredbu proglasio neustavnom, smatrajući da je u suprotnosti sa članom 47. Ustava.¹⁵ Na taj način, Računski sud je dobio je važnu bitku u pogledu očuvanja svoje nezavisnosti u odnosu na Parlament. Međutim, izgleda da borba između Računskog suda i francuskog Parlamenta još uvek nije završen, budući da Parlament i dalje stavlja sve veći pritisak na Računski sud da pruži odgovore na parlamentarne zahteve i potrebe, o čemu će biti više reči o nastavku teksta.

¹² Ibid.

¹³ National Audit Office, 92.

¹⁴ B. Cieutat, "La Cour des des comptes et la reforme", *Revue Francaise de Finances Publiques*, 76, 2001, 107-122.

¹⁵ Odluka Ustavnog suda br. 2001-448 DC od 25. jula 2001.

Nezavisnost Računskog suda dodatno je ojačana 2005. godine kada je sud dobio svoju budžetsku autonomiju. Za razliku od prehodnog rešenja gde je budžet suda bio sastavni deo budžeta Ministarstva finansija, od 2005. godine budžet Računskog suda predstavljen je pod posebnom aproprijacijom koja je predmet odobrenja od strane francuskog Parlamenta.¹⁶

3. INSTITUCIONALNA NADLEŽNOST RAČUNSKOG SUDA

Institucionalna nadležnost Računskog suda prilično je široka. Institucionalni okvir suda definisan je najvećim delom zakonom iz 1967. godine, kojim je regulisana oblast eksterne revizije finansijskog poslovanja ministarstava i drugih državnih organa. Vršenje eksterne revizije računa javnih preduzeća i nacionalizovanih industrija pridodata je postojećim nadležnostima suda 1976. godine, kad su tela koja su prethodno bila odgovorna za njihovu reviziju pripojena Računskom sudu.¹⁷

Institucionalna nadležnost Računskog suda može biti obavezna ili opcionalna.¹⁸ Osnovni zakon koji reguliše institucionalnu nadležnost Računskog suda, kao i delokrug poslova Računskog suda je Zakon o finansijskoj jurisdikciji (*Code des Juridictions Financieres*)¹⁹, kojim je predviđeno da sledeći organi uprave potpadaju pod obaveznu kontrolu Računskog suda, a to su: ministarstva i agencije; javna tela od nacionalnog značaja (*établissements publics nationaux*), nezavisna upravna tela (*Autorité Administrative Indépendante* - AAI); fondovi socijalnog osiguranja, javne korporacije i nacionalizovane industrije.²⁰

Računski sud samo opcionalno vrši reviziju računa organizacija koje su ustanovljene u skladu sa propisima trgovinskog prava ili udruženjima građana, i to u slučaju da su ona ovlašćena da raspolažu budžetskim sredstvima. Organizacije nad kojima Računski sud ima isključivo opcionalnu jurisdikciju su:

¹⁶ National Audit Office, 91.

¹⁷ Računski sud je tako preuzeo ovlašćenja od *Commission de vérification des comptes des entreprises publiques* (Komisija za račune nacionalizovanih industrija). Komisija je osnovana 1948. godine da vrši reviziju finansijskih izveštaja javnih korporacija i nacionalizovanih industrija i pripojena je Računskom sudu. V. J. Bertucci, "Le droit de controle des juridictions financiers", *Revue Francaise de Finances Publiques*, 75, 2001, 95-101.

¹⁸ V. internet sajt Cour des Comptes, <http://www.ccomptes.fr>

¹⁹ Loi No 94-1040 od 2 décembre 1994; loi n° 2001-1248 du 21 décembre 2001; loi n° 2005-358 du 20 avril 2005 tendant à créer un Conseil des prélèvements obligatoires; loi n° 2006-769 du 1^{er} juillet 2006; loi organique et la loi ordinaire du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer; LOI n°2008-1091 du 28 octobre 2008.

²⁰ Član L. 111-1, *Code des juridictions financiers*.

- kompanije iz privatnog sektora u kojima je većinski vlasnik jedan od gore navedenih državnih organa, koji podleže obaveznoj jurisdikciji od strane Računskog suda ili u slučaju da državni organ ima odlučujući uticaj na donošenje odluka i upravljanje u kompaniji;

- organizacije iz privatnog sektora (uključujući dobrotvorne organizacije i ostale neprofitne organizacije) koje dobijaju podršku od državnog sektora;

- dobrotvorne organizacije koje se finansiraju iz javnih doprinosa (od 1991. godine);

- organizacije koje dobijaju sredstva od Evropske unije (od 1996. godine).²¹

Ovakavo široko postavljena nadležnost Računskog suda u pogledu institucija koje predstavljaju predmet revizije osigurava sveobuhvatnost revizije javnih sredstava, definisanih u najširem mogućem smislu.

4. POSLOVI U NADLEŽNOSTI RAČUNSKOG SUDA

Računski sud ima dve osnovne funkcije: sudi o pravilnosti finansijskih izveštaja i vrši reviziju svrsishodnosti poslovanja, što obuhvata proveru da li su budžetska sredstva potrošena u skladu sa principima ekonomije, efikasnosti i efektivnosti. Prva funkcija suda bila je dugo vremena i jedina njegova aktivnost. Tokom vremena, međutim, sudska funkcija Računskog suda postepeno je slabila i bila delegirana drugim institucijama,²² a njegova „pomoćna“ uloga revizora finansijskog upravljanja budžetskim sredstvima znatno je ojačana.

Za razliku od britanskog sistema u kojem su kontrola finansijske pravilnosti i svrsishodnosti poslovanja i suštinski i organizaciono razdvojene, u francuskom sistemu svi vidovi kontrole vrše se istovremeno. Sudije Računskog suda su, prema tome, obavezne da posvete jednaku pažnju i aspektu pravilnosti finansijskog poslovanja i njegove svrsishodnosti.²³

U zavisnosti od prirode subjekata koji su predmet revizije i toga da li potpadaju pod obaveznu ili pod opcionalnu jurisdikciju Računskog suda, procedure za vršenje kontrole od strane Računskog suda se u određenoj meri razlikuju:

²¹ Član L. 131-5 *Code des juridictions financiers*.

²² U cilju decentralizacije u toku 1983. godine, neke od nadležnosti Računskog suda prenesene su na regionalna revizorska tela (*chambres régionales des comptes*). Sa druge strane, Upravni sud (Conseil d'Etat) preuzeo je od Računskog suda ulogu izricanja novčanih kazni ovlašćenim javnim računovođama i postao je Kasacioni sud za odluke Računskog suda.

²³ C. Descheemaeker, 61-62.

- 1) što se tiče subjekta koji podležu obaveznoj reviziji, Računski sud vrši i sudski i vansudsku funkciju;
- 2) što se tiče subjekta koji potpadaju pod režim opcionalne revizije od strane Računskog suda, Računski sud nema ovlašćenje da vrši svoju sudsku funkciju i, prema tome, vrši samo vansudska ovlašćenja, izveštava nadležna tela o svojim nalazima i dostavlja različite vrste izveštaja.²⁴

Iako Računski sud ne pravi ni operativnu ni organizacionu razliku između svoje dve osnovne funkcije, u nastavku teksta analiziraćemo detaljnije svaku od njegovih glavnih uloga posebno, u nadi da ćemo tako bolje objasniti kompleksnost poslova u nadležnosti Računskog suda. U tom smislu, posebna pažnja biće posvećena i novoj ulozi Računskog suda koja je utvrđena LOLF-om, a to je uloga pružanja pomoći Parlamentu u kontroli potrošnje budžetskih sredstava.

5. SUDSKA ULOGA RAČUNSKOG SUDA

Sudska funkcija Računskog suda obično se definiše na sledeći način: „*La Cour des Comptes juge les comptes et non les comptables* [Računski sud sudi računima, a ne računovođama].” Iako ova definicija deluje jasno i logično, ona je dovela do brojnih nesporazuma o sudskoj ulozi Računskog suda.²⁵ Jezičko značenje ove fraze ukazuje da Računski sud odlučuje o pravilnosti računa, tj. finansijskih izveštaja. Međutim, budući da Računski sud ne može da poništi nepravilne finansijske izveštaje ili da izvrši ispravku u podnesenim računima, ova izjava ne oslikava u potpunosti realno stanje. Sa druge strane, izjava da Računski sud ne može da sudi ovlašćenim javnim računovođama (*comptables*) nije u potpunosti tačna, jer je u suprotnosti sa članom 13. Zakona o organizaciji Računskog suda iz 1807. godine, koji propisuje da Računski sud konačno utvrđuje svojom odlukom da li su *comptables* izvršili svoj posao na zakonit i regularan način ili je došlo do ostvarenja viška ili manjka u budžetu. U prva dva slučaja, Računski sud daje pozitivno mišljenje, dok u trećem slučaju, nalaže ovlašćenim javnim računovođama da nadoknade nastali deficit.²⁶ Iz toga proizilazi da u procesu donošenja odluke o računima Računski sud donosi odluku i o ovlašćenim

²⁴ Ibid.

²⁵ J. Magnet, “Que juge le juge des comptes?” *Revue Francaise de Finances Publiques*, 1989, 28, 115-124.

²⁶ J. Magnet (a), 147-148.

javnim računovođama, koja ne predstavlja samo deklarativnu izjavu, već punopravan pravni akt koji sankcioniše njihovo ponašanje.²⁷

U tom smislu, bitno je naglasiti da Računski sud ne zasniva svoje odluke isključivo na materijalnim elementima slučaja, već da uzima u obzir i sve lične okolnosti kojima ponašanje ovlašćenih javnih računovođa može da se opravda kao što je, na primer, postojanje više sile (*vis maior*) koja može da opravda radnje preduzete od strane računovođe i samim tim ga oslobodi od odgovornosti. Najbolje tumačenje ovog pitanja dao je sam Računski sud još krajem XIX veka:

„Zadatak/misija nadležnog sudije je da ispita pravilnost računa i da stekne uvid u odgovornost ovlašćenog javnog računovođe i njegovu poziciju, u svetlu celokupne situacije koja se tiče računa”.²⁸

Prema tome, ukoliko sudija Računskog suda utvrdi da ovlašćeni javni računovođa ima manjak u budžetu i da ne postoji prihvatljivo opravdanje za njegovo ponašanje (kao npr. *vis maior*), on će utvrditi ličnu finansijsku odgovornost računovođe u svojoj odluci za nedostatak sredstava.²⁹ O svim odlukama koje proističu iz revizije računa obaveštava se i ministar, da bi se izbeglo ponavljanje grešaka.

Valja primetiti da Računski sud ne odlučuje samo o računima koje vode ovlašćene javne računovođe, već kontroliše i račune svih lica koja su uključena u upravljanje novcem. U ovom slučaju, Računski sud može da proglasi postojanje faktičkog upravljanja novcem - *gestion de fait*. Ukoliko se utvrdi da određeno lice *de facto* upravlja javnim novcem, ono automatski podleže istim obavezama i formalnoj zakonskoj odgovornosti kao i ovlašćeni javni računovođa.³⁰

6. RAČUNSKI SUD U ULOZI REVIZORA FINANSIJSKOG UPRAVLJANJA

Od samog osnivanja, Računski sud ovlašćen je da vrši reviziju samo nad radom ovlašćenih javnih računovođa, koji su lično i finansijski odgovorni za korišćenje budžetskih sredstava, dok su ministri i rukovodeći državni službenici koji su ovlašćeni da odobravaju plaćanja (*ordonnateurs*)

²⁷ Ibid.

²⁸ Cour des Comptes, 10. avgust 1880, Commune de Frasne (Doubs), 8.

²⁹ J. Magnet (a), 191-194.

³⁰ J. Magnet, “La regularisation de la gestion de fait”, *Revue Francaise de Finances Publiques*, No. 66, 1999; R. Hertzog, “La necessaire reforme de la procedure de gestion de fait”, *Revue Francaise de Finances Publiques*, No. 66, 1999. C. Descheemaeker, 119-133.

izuzeti od bilo kakvog vida odgovornosti. Član 18. Zakona o organizaciji Računskog suda zakona iz 1807. propisivao je da: „Računski sud ne može, u bilo kojim okolnostima, vršiti bilo kakvu jurisdikciju nad finansijskim nalagodavcima (*ordonnateurs*)”.³¹ Ta zabrana može se tumačiti i kao jasna težnja izvršne vlasti da zaštiti svoju apsolutnu izvršnu moć.³²

Zanimljivo je, međutim, da i do danas Računski sud nije stekao nadležnost o odlučivanju o zakonitosti i regularnosti upravljanja finansijskim sredstvima od strane rukovodstva državnih organa. Umesto toga, nadležnost o odlučivanju u ovim stvarima data je posebnoj instituciji, Sudu budžetske discipline, koji je osnovan 1948. godine, i koji do sada, na žalost, nije ispunio očekivanja javnosti u pogledu zaštite korišćenja javnog novca.³³

U cilju da se prevaziđu postojeća ograničenja, Računski sud je tokom proteklih decenija razvio novu ulogu revizora finansijskog upravljanja. To znači da se sud ne zaustavlja ne oceni toga da li su budžetska sredstva upotrebljena na zakonit način, već procenjuje da li su ona upotrebljena i na svrsishodan način, tj. da li su poštovani principi ekonomije, efikasnosti i efektivnosti. Ova uloga Računskog suda uvedena je 1967. godine i definisana u postojećem članu L 111-3 Zakona o finansijskoj jurisdikciji koji predviđa da je Računski sud dužan da „utvrdi dobro korišćenje finansijskih sredstava” (*bon emploi des fonds*). Ova odredba predstavlja osnov za ispitivanje aspekata finansijskog upravljanja koji se odnose na dobijenu vrednost za uloženi novac. Na ovaj način, Računski sud je indirektno počeo da kontroliše rad izabranih lica i rukovodećih državnih službenika nadležnih za odobravanje naloga za plaćanje. Računski sud vrši tu ulogu ili u toku kontrole pravilnosti finansijskih izveštaja državnih organa koje sastavljaju ovlašćene javne računovođe ili direktno, ispitivanjem rada finansijskih nalagodavaca.

Iako se udeo uloge Računskog suda kao revizora finansijskog upravljanja u celokupnom radu Računskog suda teško može sa sigurnošću utvrditi, prema nekim procenama, u današnje vreme, oko dve trećine sredstava Računskog suda koriste se za reviziju finansijskog upravljanja, a samo jedna trećina za reviziju pravilnosti računa, odn. finansijskih izveštaja.³⁴ Ovaj podatak govori o tome da je zakonitost rada ovlašćenih javnih računovođa generalno na zadovoljavajućem nivou, što ostavlja dovoljno vremena sudu da se bavi sofisticiranijim poslom ocene dobre

³¹ C. Descheemaeker, 119-133.

³² Ibid.

³³ J. Magnet (a), 313-329.

³⁴ National Audit Office, 94.

upotrebe finansijskih sredstava, što je u skladu i sa tendencijama koje se zapažaju u drugim razvijenim evropskim zemljama.³⁵

8. PRAVILA U PROCESU ODLUČIVANJA

Proces odlučivanja u Računskom sudu može se opisati ukratko na sledeći način. Reviziju vrši revizor, koji poverenu reviziju vrši samostalno i može slobodno da izrazi svoje mišljenje o revidiranim finansijskim izveštajima.³⁶ Nakon što izradi prvu verziju izveštaja, revizor dostavlja svoj rad glavnom savetniku (*conseiller maître*). Uloga glavnog savetnika je da analizira izveštaj sa svim pratećim dokumentima i dostavi svoju procenu izveštaja svim članovima komore. Članovi komore zatim analiziraju izveštaj i mogu da traže da se dostave dodatne informacije o izveštaju. U tom pregledu, u obzir se uzimaju svi aspekti izveštaja: obim, metodologija, nalazi i zaključci.³⁷ Nakon iscrpne rasprave, članovi komore kolegijalno odlučuju o tome da li da se izveštaj usvoji. Da bi se sprečio uticaj starijih sudija, prvo glasaju mlađe sudije, dok predsednik komore glasa poslednji. U slučaju izjednačenog broj glasova, predsednikov glas je odlučujući.³⁸

Sledeća faza procedure bazirana je na principu prava nadgledanih institucija da daju svoje komentare na izveštaj. U slučaju sudskog postupka, rezultati kolegijalne rasprave dostavljaju se kao preliminarna presuda ovlašćenom javnom računovođi, koji je zatim dužan da dostavi formalan odgovor. U slučaju revizije finansijskog upravljanja, izveštaj revizije dostavlja se subjektu koji je predmet revizije, koji je dužan da dostavi komentare na izveštaj. Tek nakon što je dostavljen formalni odgovor ovlašćenog javnog računovođe, odn. subjekta koji je predmet revizije, Računski sud može da donese presudu/usvoji konačan izveštaj.³⁹ U slučaju izveštaja o finansijskom upravljanju, Računski sud obično pokušava da postigne sporazum sa subjektom koji je predmet revizije o suštinskom sadržaju izveštaja. Međutim, ukoliko se međusobni sporazum ne postigne, Računski sud prilaže komentare subjekta koji je predmet revizije u aneksu izveštaja i objavljuje ih zajedno.⁴⁰

Kolegijalni proces odlučivanja u Računskom sudu nesumnjivo doprinosi visokom kvalitetu donetih odluka i izveštaja suda. Dva ključna

³⁵ Ibid.

³⁶ Član 22. Uredbe od 11. februara 1985. godine.

³⁷ V. internet sajt Računskog suda, <http://www.ccomptes.fr>

³⁸ J. Magnet (a), 110.

³⁹ U slučaju potrebe za izmenom izveštaja nakon dobijanja komentara od organizacije koja je predmet revizije, Komora mora da odobri te naknadne izmene, <http://www.ccomptes.fr>

⁴⁰ Ibid.

kontrolna mehanizma – unakrsna analiza koju vrši glavni savetnik u prvoj instanci i kolektivna analiza koju vrši komora u drugoj instanci svakako doprinose visokim standardima izveštavanja Računskog suda. Ova razmena iskustava velikog broja eksperata različitih profila osigurava visok kvalitet konačnih odluka.

9. MEHANIZMI ZA PRAĆENJE REZULTATA PROCESA REVIZIJE

Postoji nekoliko načina komunikacije između Računskog suda i organa koji su predmet revizije, u zavisnosti od ozbiljnosti problema koji su utvrđeni u procesu revizije. Manje značajni problemi iznose se u pismu predsednika komore starešinama organa uprave koji su predmet revizije. Pored toga, redovna korespondencija između Računskog suda i organa koji su predmet revizije ide preko tužioca Računskog suda (*Procureur Général*).⁴¹ Ozbiljnije neregularnosti u pogledu finansijskog upravljanja, pogotovo u slučaju da dođe do njihovog ponavljanja su u nadležnosti Prvog predsednika Računskog suda.⁴² U skladu sa opštom procedurom, Prvi predsednik u takvim situacijama ministru dostavlja izveštaj koji sadrži pregled nalaza sa preporukama za unapređenja. Ministar je dužan da dostavi odgovor u roku od šest meseci. Ukoliko Računski sud ne dobije zadovoljavajući odgovor u tom roku, on dostavlja dati izveštaj Parlamentu.⁴³

Zanimljivo je primetiti da se najveći deo preporuka Računskog suda ne objavljuje i ne distribuira široj javnosti.⁴⁴ Iako to može da bude razlog za zabrinutost u pogledu transparentnosti rada Računskog suda, ova praksa je u skladu sa savremenim trendom razvoja savetodavne uloge vrhovnih revizorskih institucija, koje sve više napuštaju kaznenu funkciju koju su imali u prošlosti. Međutim, izuzetno je važno naći odgovarajući balans u ostvarenju savetodavne uloge Računskog suda, budući da demokratska priroda savremenih institucija za eksternu reviziju zahteva da se nalazi revizije i posebno oni koji se odnose na ozbiljne sistemske greške dostave kako Parlamentu tako i široj javnosti.

⁴¹ J. Magnet (a), 137.

⁴² Svake godine izradi se, u proseku, sedam stotina izveštaja koji svi podrazumevaju korespondenciju sa matičnom organizacijom organa koji je predmet revizije i višim rukovodstvom. Oko dve stotine pisama od *Procureur General-a* dostavlja se šefovima odeljenja i direktorima, a ko tri stotina pisama su potpisana od strane predsednika sedam komora. V. internet sajt Računskog suda, <http://www.ccomptes.fr>

⁴³ Tako, član 135-5. Zakona omogućava Računski sud-u da dostavlja svoje nalaze Finansijskoj komisiji u parlamentu.

⁴⁴ C. Pollitt et al, 181.

Godišnji izveštaji Računski suda predstavljaju važno sredstvo za direktnu komunikaciju između Računskog suda i javnosti. Značaj javnih godišnjih izveštaja utvrđen je u članu L. 136. Zakona o finansijskoj jurisdikciji, koji predviđa da: „Računski sud obaveštava predsednika Republike i Parlament o nalazima izvršene revizije u godišnjem izveštaju”. Godišnji izveštaji Računskog suda često sadrže izvode iz drugih neobjavljenih izveštaja revizije i obrađuju kompleksna pitanja u oblasti finansijskog upravljanja u kojima po mišljenju Računskog suda postoji potreba značajnih reformi koje uključuju izmene postojećih propisa.⁴⁵

Preporuke revizije finansijskog upravljanja mogu da se prezentuju i u posebnim studijama, posvećenim određenim pitanjima koja se, pre svega, odnose na svrsishodnost potrošnje budžetskih sredstava (*rappports publics particuliers*).⁴⁶ Izveštaji se upućuju nadležnim ministrima, rukovodiocu organa koji je bio predmet revizije ili nadležnim pravosudnim organima. Primerak izveštaja dostavlja se i predsedniku Republike i Parlamentu. *Rappports publics particuliers* dostavljaju se i štampanim medijima i posvećuje im se značajna medijska pažnja.

Stepen sprovođenja preporuka Računskog suda se, međutim, teško može proceniti. To je pre svega posledica obavljanja poverljive korespondencije sa organima koji su predmet revizije i činjenice da Računski sud objavljuje samo mali deo celokupnog posla. Za razliku od drugih evropskih vrhovnih revizorskih institucija, Računski sud ne nadgleda sistematski sprovođenje preporuka koje proističu iz njegovog rada, što otežava evaluaciju efekata. Povremeno Računski sud u svoje godišnje izveštaje uključuje informacije o praćenju ranijih evaluacija, koje se citiraju u javnosti.⁴⁷ Međutim, to je još uvek daleko od prakse redovnog izveštavanja i objavljivanja opštih pokazatelja efekata, što većina državnih revizorskih institucija u Evropi radi na redovnoj osnovi.⁴⁸

10. NOVA ULOGA RAČUNSKOG SUDA – POMOĆNIK PARLAMENTA?

Donošenje LOLF-a 2001. označilo je novu fazu razvoja Računskog suda i nastanak njegove nove potencijalne uloge kao pomoćnika parlamenta.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Izveštaji Računskog suda dostupni su na internet sajtu Računski sud-a, <http://www.ccomptes.fr>.

⁴⁷ Na primer, 1997. godine, u predstavljanju godišnjeg izveštaja članovima parlamenta, *Premier President* je naglasio različite načine na koje je Računski sud uticao na organe koji su predmet revizije. V. C. Pollitte, 181.

⁴⁸ C. Pollitt, H. Summa, “Reflective Watchdogs? How Supreme Audit Institutions Account for themselves”, *Public Administration*, Tom 75, leto 1997. godine, str. 313-336.

Imajući u vidu da su vrhovne revizorske institucije u drugim evropskim zemljama često u službi parlamenta, ne iznenadjuje činjenica da su članovi francuskog parlamenta izrazili želju da im ugledni Računski sud pripomogne u kontroli trošenja budžetskih sredstava od strane Vlade.

LOLF definiše potrebu za proaktivnijim pristupom Računskog suda u pružanju pomoći francuskom Parlamentu u kontroli izvršenja Zakona o budžetu uvodeći dve nove obaveze Računskog suda prema Parlamentu:

- 1) obavezu da odgovori na zahteve za pružanjem pomoći od strane predsednika i generalnog izvestioca parlamentarnog odbora za evaluaciju i kontrolu (*Mission d'évaluation et de controle*);⁴⁹
- 2) obavezu da sprovede sve istrage koje od njega zahtevaju finansijski odbori parlamenta (predstavničkog doma i Senata) o upravljanju finansijskim sredstvima od strane državnih organa. Zaključci tih istraga moraju se dostaviti u roku od osam meseci od formulacije zahteva odboru koji je podneo zahtev, koji odlučuje o njihovom objavljivanju.⁵⁰

I pored jasno definisanog pravnog okvira, saradnja između francuskog Parlamenta i Računskog suda nije na zavidnom nivou. To možda ne bi trebalo da iznenađuje, imajući u vidu tradicionalnu nezavisnost Računskog suda ne samo prema Vladi, već i prema Parlamentu. Neposredno nakon donošenja LOLF-a, Računski sud je uporno odbijao da odgovori na zahteve Parlamenta za vršenjem određenih istraga. To je prouzrokovalo snažnu reakciju članova Parlamenta i posebno predsednika odbora za finansije, koji je odbijanje Računskog suda za saradnjom okarakterisao kao „šokantno“.⁵¹ Iako bi Računski sud svakako trebalo da bude nezavistan u vršenju svojih poslova, ta nezavisnost mora da ima određena ograničenja, posebno u odnosu na instituciju demokratske kontrole kao što je Parlament. Baš kao što je i sam predsednik parlamentarnog Odbora za finansije primetio: „Demokratija zahteva da i kontrolori povremeno budu predmet kontrole“.⁵²

Što se tiče druge grupe obaveza, LOLF propisuje obavezu Računskog suda da dostavi Parlamentu tri godišnja izveštaja: preliminarni izveštaj o ekonomskim kretanjima i trendovima u javnim finansijama na nacionalnom

⁴⁹ Član 58, stav 1. LOLF-a; <http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/mec.asp>.

⁵⁰ Član 58, stav 2. LOLF-a.

⁵¹ V. Assemble Nationale, “Rapport d’Information par la Commission des Finances, de l’Economie General et du plan sur le suivi de preconisations de la Računski sud des comptes et de la Mission e’evaluation et de controle,” Izveštaj br. 2298, iz maja 2005. godine, dostupan na <http://assemblee-nationale.fr>.

⁵² Ibid.

nivou,⁵³ (koja treba da pomogne Vladi u pripremi za parlamentarnu diskusiju o zakonu o budžetu za narednu godinu)⁵⁴; izveštaj o konsolidovanim podacima o izvršenju budžeta u kojem se posebno analizira korišćenje aroprijacija po ciljevima i programima; i izveštaj kojim se potvrđuje/sertifikuje da je finansijski izveštaj o izvršenju budžeta zakonit i verodostojan.⁵⁵ Ta potvrda biće priložena aneksu Zakona o izvršenju budžeta (*loi de reglement*) zajedno sa izveštajem o izvršenoj reviziji.⁵⁶ Zahtev za prezentiranjem prve dve vrste godišnjih izveštaja očigledno je u skladu sa nastojanjem da se unapredi uloga Parlamenta u pozivanju izvršne vlasti na odgovornost za postizanje bolje svrsishodnosti upotrebe budžetskih sredstava u okviru programskog budžetiranja. Sa druge strane, obaveza suda da da potvrdu/sertifikaciju da je izvršenje budžeta izvršeno na zakonit način proizilazi iz potrebe praćenja uvođenja obračunskog računovodstva u celoj državnoj upravi, što je takođe jedna od novina uvedenih putem LOLF-a.

11. ZAKLJUČAK

Francuska ima veoma dugu tradiciju eksterne kontrole izvršenja budžeta, koja je oličena u radu prestižne institucije francuskog Računskog suda. Francuski Računski sud je u svom dvovekovnom postojanju pokazao veoma visok nivo profesionalnosti i nezavisnosti u svom radu, kako od strane državnih organa čiju reviziju finansijskog poslovanja vrši, tako i prema radu parlamenta. Ta nezavisnost obezbedjena je jasno utvrđenim pravnim statusom putem Ustava i zakona, obezbedjenjem sjajnih ljudskih i odgovarajućih materijalnih resursa, nezavisnosti u pogledu izbora svog programa revizije, metoda koje će koristiti u svom radu, širokog kruga subjekata revizije, kao i slobodi izveštavanja o rezultatima obavljene revizije.

Jedina oblast u kojoj Računski sud zaostaje u određenoj meri za drugim evropskim vrhovnim revizorskim institucijama je praćenje sprovođenja svojih preporuka. To je velikim delom i posledica postojeće prakse da se korespondencija između Računskog suda i državnih organa obavlja na netransparentan način, čime se izostavljaju institucionalni mehanizmi demokratske kontrole trošenja budžetskih sredstava, oličeni pre svega u Parlamentu, a takođe i u neposrednom pritisku stručne i šire javnosti.

⁵³ Član 58, stav 4. LOLF-a.

⁵⁴ Član 48. LOLF-a.

⁵⁵ Član 58, stav 6. LOLF-a.

⁵⁶ Član 58, stav 5. LOLF-a.

U poslednjoj dekadi evidentan je pokušaj da se potreba za efektivnijim praćenjem sprovođenja preporuka Računskog suda reši uspostavljanjem bliže saradnje između Računskog suda i Parlamenta. Međutim, ta tendencija rezultirala je razvojem konfliktnog odnosa između Parlamenta i Računskog suda, što svakako nije dobar znak u pogledu budućeg razvoja francuskog sistema finansijske odgovornosti jer može imati negativne posledice i na rad Parlamenta kao važnog aktera u procesu kontrole budžeta, tako i na sposobnost Računskog suda da prati sprovođenje svojih preporuka. Bilo bi zbog toga veoma važno da se saradnja ove dve prestižne institucije poboljša, što bi doprinelo prevazilaženju postojećih slabosti, poboljšanju stepena efektivnosti rada Računskog suda i doprinelo stvaranju važne institucionalne sinergije u kontroli i čuvanju sredstava francuske državne kase.

Aleksandra Rabrenović, PhD
Institute of Comparative Law
Belgrade

FRENCH COURT OF ACCOUNTS – A TRADITIONAL GUARDIAN OF THE «PUBLIC PURSE»

The paper analyses organisational structure and functions of the French Court of Accounts (Cour des Comptes), as one of the most prestigious French state institutions. The Court of Accounts is characterised by a high degree of independence and professionalism, which are embedded in well established Constitutional and legislative framework. In the course of its more than two centuries existence, the Court of Accounts traditionally did not serve either to the executive or legislative power, but only to French people. However, in the end of XX and at the beginning of the XXI century there have been attempts to establish closer cooperation between the Court of Accounts and the committees of the French Parliament, in order to enhance implementation of the recommendations of the Court and empower democratic control of use of public money. For this reason, in addition to traditional functions of the Court of Accounts such as judging the accuracy of accounts and audit of value for money of use of financial resources, the paper discusses a new possible role of the Court of Accounts, as an assistant to the French Parliament.

Key words: *French Court of Accounts, external budget control, French Parliament*

Prof. dr Saša Mijalković,
Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu

Originalni naučni rad
DK: 341:504.6
504.6(4-672EU)

Doc. dr Vera Arežina-Đerić,
Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu

ZNAČAJ MEĐUNARODNE SARADNJE ZEMALJA DUNAVSKOG REGIONA ZA RAZVOJ I BEZBEDNOST SRBIJE I EVROPE – PRAVNI I GEOPOLITIČKI ASPEKTI¹

Za razvoj podunavskih zemlja veoma je važna međunarodna saradnja na evropskom – regionalnom, međudržavnom i lokalnom nivou. Zbog toga su evropske zemlje pokrenule nekoliko inicijativa i programa međunarodne saradnje. I Republika Srbija je članica nekoliko regionalnih inicijativa, i to: Centralnoevropske inicijative – CEI, Inicijative za saradnju u jugoistočnoj Evropi – SECI, Proces saradnje na Dunavu i drugih. Od velikog značaja za Srbiju i region je i usvajanje Dunavske strategije Evropske unije. Prema Dunavskoj strategiji Evropske unije, podunavske zemlje će biti uključene u zajedničke projekte u cilju zaštite životne sredine, društveno-ekonomskog razvoja, kao i razvoja turizma, obrazovanja, itd. Ovim međunarodnopravnim ugovorima daje se osnov za unapređenje, zaštitu i razvoj nacionalne (pre svega ekološke i ekonomske) bezbednosti zemalja potpisnica, ali i bezbednosti međunarodnog regiona.

Ključne reči: *Dunavski region, Evropska unija, zaštita životne sredine, održiv razvoj, koridor VII, nacionalna bezbednost, međunarodna bezbednost, međunarodno pravo*

UVOD

Zdrava voda je neophodna za život čoveka, biljnog i životinjskog sveta. Teoretičari evolucije upravo i tvrde da je život nastao u vodi. Voda je i vitalni konstituens živih organizama: „npr., voda čini oko 70–75%

¹ Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija. Projekat finansira ministarstvo nadležno za nauku u Republici Srbiji (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2014). Rukovodilac projekta je prof. dr Saša Mijalković.

organizma odraslog čoveka i do 90% organizma novorođenčeta. Uz to, konzumiranje vode je jedna od osnovnih životnih potreba: zavisno od klimatskih uslova, potrebe organizma za vodom su od tri do dvanaest litara dnevno. Prestanak unosa vode mnogo brže dovodi do smrti nego prestanak unosa hrane. Smrt nastupa posle nekoliko dana, kada organizam izgubi 10–12% celokupne zapremine telesne tečnosti. Čak i manji gubici vode u organizmu čoveka izazivaju izvesne zdravstvene probleme (glavobolja, manjak koncentracije, poremećaj mentalnih funkcija, smetnje u radu bubrega, probavnog sistema i srca). Smanjenim unosom vode smanjuje se i količina krvi koja hrani srce, mozak, mišiće i ostale organe i tkiva, zbog čega otežano obavljaju svoju funkciju. Najzad, zdrava voda je neophodna za održavanje lične i opšte higijene, ali i za bezbedan i zdrav odmor i rekreaciju (reke i jezera).²

Voda je neophodna i za industrijsko i tehnološko održanje i razvoj, što je uslov opstanka i razvoja društava i država. Koristi se u gotovo svim vidovima industrije, a fizički, hemijski i mikrobiološki ispravna voda je nezamenjivi resurs u zemljoradnji, stočarstvu, industriji hrane, industriji vode, alkoholnih i bezalkoholnih pića, medicini, hemijskoj industriji, uslužnoj – ugostiteljskoj i turističkoj delatnosti itd.

S druge strane, kretanje vode u prirodi nije omeđeno državnim granicama, već ima međunarodne, pa i planetarne dimenzije. Stoga njeno zagađivanje ne proizvodi štetne efekte samo u mestu zagađenja. Naprotiv, posledice mogu da poprime i regionalne, kontinentalne ili globalne razmere. One se, pre svega, reflektuju na zdravstvenu i socijalnu sferu života čoveka, kao i na sfere međudržavnih političkih i ekonomskih odnosa i globalne bezbednosti.

Najozbiljnije posledice zagađivanja voda svakako su konflikti: degradacija životne sredine i nedostatak resursa na lokalnom i regionalnom planu mogu da doprinesu, stvore ili da pojačaju opasnost po nacionalnu bezbednost izazivanjem političke nestabilnosti ili nasilnih sukoba.³ S tim u vezi, evidentna je potreba angažovanja nacionalnog sistema bezbednosti, pre svega oružanih snaga u zaštiti bezbednosti od ekoloških opasnosti i u sanaciji ekoloških šteta. Uslov ekološke bezbednosti je interakcija društvenih sistema i sistema životne sredine, u kojem svi pojedinci imaju ravnopravan i razuman pristup dobrima koja proističu iz životne sredine i u kojem postoje

² Bojanić, V.; Mihajlović, D.; Vejnović, D.: Voda – resurs budućnosti, *Defendologija*, broj 25–26, Defendologija centar za bezbednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2009, str. 132–133.

³ Simeunović, D.: *Uvod u političku teoriju*, Institut za političke studije, Beograd, 2009, str. 130–132. Vidi i – Naj, Dž.: *Kako razumevati međunarodne sukobe*, Stubovi kulture, Beograd, 2006.

mehanizmi za rešavanje ekoloških kriza i konflikata. Konflikti koji mogu da nastanu u vezi sa pitanjima životne sredine odnose se na sukobe povezane sa masovnim legalnim i ilegalnim migracijama; oskudicom i zauzimanjem resursa i ekološkom marginalizacijom i ekološke konflikte usled fundamentalnih globalnih ekoloških promena.⁴ Posebno mesto zauzimaju međudržavni i unutrašnji konflikti koji nastaju zbog oskudice zdrave pijaće vode, odnosno zbog nastojanja da se kontrolišu izvori pijaće vode, vode u graničnim zonama i međunarodne vode.⁵

Očigledno je da je voda resurs od vitalnog značaja za život pojedinca, društava, država i međunarodne zajednice. Zbog toga, ali i zbog nemogućnosti ili ograničenih mogućnosti prečišćavanja zagađene vode, kao i zbog kontinuirane potencijalne ugroženosti destruktivnim pojavama prirodnog, tehničko-tehnološkog i ljudskog porekla, bezbednost voda je opravdano postala deo teorijske misli i prakse *ekološke bezbednosti*.⁶

Kao komponenta životne sredine, zdrava voda, svakako ima značaj vitalne ljudske, nacionalne, međunarodne i globalne vrednosti. Istovremeno, njena zaštita je nesporan nacionalni, međunarodni i globalni interes. Ovo tim pre ukoliko je reč o međunarodnim vodama, odnosno rekama, koje su značajan faktor ljudske, nacionalne i međunarodne bezbednosti.⁷ U tom smislu, međunarodne reke bi trebalo da budu razlog međunarodne saradnje koja će rezultirati unapređivanjem stabilnosti i prosperiteta država i regiona, a ne razlog za međunarodne sukobe koji će ugroziti nacionalnu i međunarodnu bezbednost. Ispravnost ove teze potvrđuje i ideja *saradnje evropskih zemalja iz dunavskog regiona*.

⁴ Homer-Dixon, T.: Environmental Scarcity and Intergroup Conflict, *World Security – Challenges for a New Century* (eds. Klare, M. T.; Chandrani, Y.), St. Martin's Press, New York, 1998, pp. 351–359; Arežina, V.: *Ekološke migracije*, Politička revija – časopis za politikologiju, političku sociologiju, komunikologiju i primenjenu politiku, br. 4. (XVIII) V vol=12, Institut za političke studije, Beograd, 2006, str. 961–976.

⁵ Na primer, u istoriji je više puta dolazilo do konflikata između Turske, Sirije i Iraka zbog eksploatacije vode iz reke Eufrat, kao i između država kroz koje protiču reke Nil, Jordan i Tigar. O ovim i sličnim slučajevima vidi – Zmejkovski, M.: *Vodata kako izvor na konflikti*, *Sovremena makedonska odbrana*, broj 3, Ministerstvo na odbrana na Republika Makedonija, Skopje, 2001, str. 225–233.

⁶ Ekološka bezbednost je integralna komponentna bezbednosti pojedinca, društva, države i međunarodne zajednice koja predstavlja rezultantu uzročno-posledičnih odnosa pojava stvaranja i ugrožavanja bezbednosti, s jedne i životne sredine, s druge strane. Životna sredina je geoprostor u kojem čovek bitiše, odnosno zemljište, voda, vazduh, makro i mikro biljni i životinjski svet i infrastruktura koju je stvorio čovek. Mijalković, S.: *Nacionalna bezbednost*, Kriminološko-policijska akademija, Beograd, 2011, str. 143.

⁷ Vidi – Mijalković, S.: *Ekološki rizici i pretnje nacionalnoj bezbednosti*, *Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta III*, Glosarijum, Beograd, 2008, str. 113–130.

MEĐUNARODNE REKE – FAKTORI UNAPREĐENJA I SPONE NACIONALNE I MEĐUNARODNE BEZBEDNOSTI

Bezbednost države, odnosno nacionalna bezbednost spada u tzv. *stare, tradicionalne pristupe bezbednosti*. Prema *ortodoksnoj verziji* ovog koncepta, u fokusu bezbednosti nalazi se država, odnosno njen „opstanak“, vitalne vrednosti (suverenitet, teritorijalni integritet, politička nezavisnost, opstanak države, nacionalno jedinstvo) i državni interesi u spoljnoj politici koje treba štiti od direktnih pretnji koje dolaze od drugih država. Primarno sredstvo u (samo)zaštiti država bila je njihova „snaga“, koja se generalno svodila na vojnu, a potom i na ekonomsku moć. Zbog toga se naziva još i *državocentričnim pristupom bezbednosti*.⁸

Briga za svakodnevnu bezbednost društva stavljena je u drugi plan, bila je zanemarivana ili se o nekim njenim aspektima „stidljivo polemisalo“. Najvećim pretnjama i opasnostima po nacionalnu bezbednost smatran je oružani napad spolja ili različiti oblici „subverzija iznutra, koje su potpomognute spolja“ (i obrnuto), a ne ekonomski, socijalni, ekološki, obrazovni, zdravstveni, prehrambeni, problemi fizičke bezbednosti i drugi problemi društva. U tom smislu, nacionalna bezbednost je poistovećivana sa tzv. *spoljnom bezbednošću zemlje*, a građani su bili instrument u funkciji bezbednosti, odnosno odbrane zemlje. Osim diplomatije, obaveštajna i vojno-odbrambena funkcija izdvajale su se kao primarne potfunkcije nacionalne bezbednosti, odnosno zaštite vitalnih društvenih vrednosti. Istovremeno, *ekonomsku moć* su mnoge zemlje smatrale podjednako važnom za nacionalnu bezbednost.

Dok su se mnoge države „trkale u naoružavanju“ i spremale se da vode odbrambeni rat od vojnog napada spolja, urušile su se iznutra. Ispostavilo se da su najveće pretnje po nacionalnu bezbednost zapravo etnički i verski nacionalizam, politička previranja, povećanje obima (organizovanog) kriminala, nejedinstvo i oportunističke društvene grupe, ekonomske i socijalne protivurečnosti i krize koje su, nažalost, često prerastale i u surove oružane konflikte. Rezultat toga su mnogi građanski ratovi, građanske revolucije, nasilne promene političke vlasti, raspadi

⁸ Za ovaj nivo bezbednosti tradicionalno se koristi naziv *nacionalna bezbednost*. S obzirom na to da se njime obeležava bezbednost države, njegova upotreba nije potpuno ispravna. Stoga je i naziv *državna bezbednost*, iako se manje koristio, zapravo bio ispravniji. Ovo zbog toga što je kategorija nacije najčešće šireg obima od države i što države i ne moraju da budu nacionalne, odnosno da se teritorijalno poklapaju sa kategorijom nacija.

država, urušavanja nacionalnih ekonomija i zagađenje životne sredine. Takvu su sudbinu doživele mahom države realsocijalizma.⁹

To je koncept nacionalne bezbednosti učinilo neodrživim u njegovom tradicionalnom modelu, pa je nužno proširen u tri pravca: „na gore“ (ka regionalnoj, međunarodnoj i globalnoj bezbednosti), „na dole“ (ka društvenoj i pojedinačnoj bezbednosti) i „bočno“ (ka kulturnoj, političkoj, ekonomskoj, ekološkoj, zdravstvenoj, energetske i drugim sferama bezbednosti). Savremena nacionalna bezbednost je zapravo raskrsnica navedenih koncepcija bezbednosti.

Znači, savremeno poimanje *nacionalne bezbednosti* podrazumeva sintezu bezbednosti građana i bezbednosti države, ali i doprinos države međunarodnoj i globalnoj bezbednosti. Reč je o izvesnom stanju zaštićenosti vitalnih nacionalnih vrednosti i interesa koje se optimizira funkcijom državnog i nedržavnog sektora nacionalnog sistema bezbednosti.

*Nacionalne vrednosti*¹⁰ su od vitalnog značaja za opstanak i razvoj društva i države, pa bi i njihovo ugrožavanje dovelo u pitanje postojanje države kao međunarodnog subjekta, ali i egzistenciju, pa i opstanak društva-stanovništva. Reč je, prvenstveno, o miru i slobodi, pravima i bezbednosti građana i društvenih grupa; kvalitetu življenja; nacionalnom jedinstvu, dostojanstvu, ponosu i identitetu; zdravoj životnoj sredini; energetske stabilnosti, ekonomskom i socijalnom prosperitetu; pravnom poretku; teritorijalnom integritetu; političkoj nezavisnosti i suverenitetu.

*Nacionalni (državni) interes*¹¹ je potreba nacije ili države, odnosno korist, dobit, pogodnost od posebnog značaja za opstanak nacije. Svoje jasno definisane i artikulisane namere nacija teži da realizuje preko politika,

⁹ Primeri koji argumentuju ovu tezu su sveži: svedoci smo razvoja situacije u Sovjetskom Savezu, Čehoslovačkoj, Rumuniji, Albaniji, „drugoj“ i „trećoj Jugoslaviji“, Srbiji.

¹⁰ *Vrednosti* su idealna svojstva izvesnih predmeta, radnji i sadržaja svesti koje im ljudi (pojedinačno i/ili kolektivno) pridaju, a koja se sastoje u tome da ih čini poželjnim za ljude jer im koriste za poboljšanje života, odnosno uživaju u njima. Uslovno, mogu da se podele na vrednosti pojedinca (individualne vrednosti), vrednosti grupa (društvene vrednosti), vrednosti država i nacija (državne – nacionalne vrednosti), vrednosti međunarodne zajednice (međunarodne vrednosti) i planetarne – globalne vrednosti.

¹¹ *Interes* je, uopšteno, dalekosežna usmerenost volje, pažnje i delatnosti pojedinca ili kolektiva ka određenom cilju, čije je postizanje za njih važno. U dostizanju interesa iskazuje se zadovoljavanje određenih potreba materijalne ili duhovne prirode. Tadić, Lj.: *Politikološki leksikon*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996, str. 78–79; kao bezbednosno-politička kategorija, *interes* je politički izražena ili osvešćena potreba, pri čemu sadržaj interesnih opredeljenja bitno zavisi od postojećih sistema vrednosti nosioca potrebe, koji i definiše interes. Pavlović, V.: *Interes*, *Enciklopedija političke kulture* (grupa autora), Savremena administracija, Beograd, 1993, str. 428–429.

angažujući pri tom raspoložive duhovne i materijalne resurse.¹² Mogu da budu politički, ekonomski, vojni, socijalni, kulturni, naučno-obrazovni, energetske, ekološki, demografski, bezbednosni i drugi interesi.

Međunarodna bezbednost je, pak, bezbednost međunarodnog poretka i zajednice, odnosno bezbednost u odnosima država i u međunarodnim regionima. Može da se posmatra na planetarnom (*planetarna, svetska bezbednost*), kontinentalnim (*kontinentalna bezbednost*) i na regionalnim nivoima (*regionalna bezbednost*).¹³ Odnosi među državama kreću se od saradnje, preko nadmetanja do sukoba, pa se i međunarodna bezbednost uvek dostizala kroz dva modela: *konfliktni* (vlastita bezbednost kao dobro za koje se države nadmeću) i *kooperativni* (vlastita bezbednost kao zajednički cilj država).¹⁴

Tradicionalno, primarni predmet međunarodnih odnosa, međunarodnog prava, a time i međunarodne bezbednosti jeste etiologija i kontrola sile kao forme međunarodne komunikacije. Ovakav pristup posledica je „utiska da se u svakom veku, kao da je u pitanju prirodan zakon, pojavljuje jedna zemlja koja poseduje moć i volju, kao i intelektualnu i moralnu snagu, da u skladu sa sopstvenim sistemom vrednosti oblikuje čitav međunarodni poredak, da utiče na međunarodne odnose, upliće se u unutrašnje stvari drugih država, nameće sopstvene vrednosti, da se angažuje izvan svojih granica“.¹⁵

Kao u prošlosti, i danas su приметni i očekuju se novi konflikti koji su uzrokovani nedostatkom strateških prirodnih resursa, pre svega energenata i pijaće vode. Stoga je i savremeno povezivanje, kakvo je i političko, ekonomsko, energetske, ekološko, socijalno i kulturno povezivanje zemalja koje „spaja Dunav“, svojevrсно „bezbednosno povezivanje država“. Ideja ovakve regionalizacije znatno je šira od stare maksime: „ako ne možeš da ga pobediš, onda mu se pridruži“: time se ne prevazilaze samo tradicionalna rivalstva u Evropi, već se unapređenjem saradnje i bezbednosti u regionu na bazi reciprociteta, izgradnje zajedničkog identiteta i zajedničkih interesa osigurava i bezbednost više zemalja. Odricanjem ili (samo)ograničavanjem sopstvenih na račun zajedničkih interesa, „ulaganja država mogu im se višestruko vratiti“. To

¹² Kovač, M.: *Strategijska i doktrinarna dokumenta nacionalne bezbednosti – Teorijske osnove*, Svet knjige, Beograd, 2003, str. 31, 33, 37.

¹³ Uporedi – Mijalković S.: Bezbednost države i koncepti međunarodne bezbednosti, *Defendologija – teorijsko-stručni časopis za pitanja zaštite, bezbednosti, odbrane, obrazovanja, obuke i osposobljavanja*, broj 25–26, Defendologija centar za bezbednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2009, str. 69–83.

¹⁴ Tatalović, S.: *Nacionalna i međunarodna sigurnost*, Politička kultura, Zagreb, 2006, str. 228.

¹⁵ Kissinger, H.: *Diplomatija I*, Verzal Pres, Beograd, 1999, str. 5.

je suština mehanizama *zajedničke bezbednosti*, u okviru kojih se bezbednost efikasnije ostvaruje u zajedništvu, nego sopstvenom moći van njega.

REPUBLIKA SRBIJA I MEĐUNARODNA SARADNJA DUNAVSKOG REGIONA

Vođena idejom „zajedničke bezbednosti“, Republika Srbija je postala članica nekoliko regionalnih inicijativa – *Centralnoevropske inicijative – CEI*, *Inicijative za saradnju u jugoistočnoj Evropi – SECI*, *Procesa saradnje na Dunavu* i drugih. Od velikog značaja za Srbiju i region je usvajanje *Dunavske strategije Evropske unije*, što se očekuje tokom 2011. godine. Prema Dunavskoj strategiji EU, podunavske zemlje će biti uključene u zajedničke projekte u cilju zaštite životne sredine, društveno-ekonomskog razvoja, kao i razvoja turizma, obrazovanja, itd., što je od velikog značaja za unapređenje nacionalne bezbednosti zemalja potpisnica, ali i bezbednosti međunarodnog regiona. Članstvo u navedenim inicijativama nije ekskluzivitet samo za podunavske zemlje; naprotiv, u nekima od njih članstvo je moguće i za druge zemlje. One su ovde pomenute iz razloga što su značajne za razvoj zemalja dunavskog regiona i značajne su za sprovođenje tzv. „dunavskih inicijativa“.

Centralnoevropska inicijativa - CEI osnovana je 1989. u Budimpešti, kao prva organizacija koja promoviše regionalnu saradnju između zemalja Centralne i Istočne Evrope. Danas broji 18 država-članica (Albanija, Austrija, Belorusija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Crna Gora, Češka, Hrvatska, Italija, Mađarska, Makedonija, Moldavija, Poljska, Rumunija, Slovačka, Slovenija, Srbija i Ukrajina.)

Glavni ciljevi CEI su unapređenje saradnje između država Centralne, Istočne i Jugoistočne Evrope, pružanje pomoći članicama u njihovoj tranziciji ka stabilnim demokratijama i tržišnoj ekonomiji, kao i asistiranje zemljama kandidatima u pripremnim procesima za članstvo u Evropskoj uniji. Centralnoevropska inicijativa funkcioniše po sistemu rotirajućeg jednogodišnjeg predsedavanja, a tokom 2011. godine predsedavala je Republika Srbija. Država koja predsedava priprema i organizuje različite skupove iz oblasti ekonomije, zaštite životne sredine, saradnje mladih ili drugo.

Na godišnjem samitu CEI koji je održan tokom novembra 2011. godine u Beogradu na temu: „Evropske integracije i poboljšana saradnja u oblasti CEI u vreme ekonomske krize“, učestvovali su predstavnici svih država-članica CEI, i drugih organizacija, kao što su Evropska banka za rekonstrukciju i razvoj – EBRD, Organizacija ekonomske saradnje Crnog mora – BSEC, Regionalni savet za saradnju – RCC i druge. U okviru samita, u organizaciji Privredne komore Srbije, održan je i poslovni forum, u cilju

unapređenja saradnje privrednih društava u regionu, posebno onih koji se bave zaštitom životne sredine i održivog razvoja.

Oblasti delovanja ove organizacije usmerene su na: klimu, životnu sredinu i održivu energiju, razvoj preduzeća, uključujući i turizam; razvoj kadrova (ljudskih resursa); informaciono društvo i medije, međukulturnu saradnju, uključujući i manjine, multimodalni transport, nauku i tehnologiju, održivu poljoprivredu, i posebno – međuregionalnu i prekograničnu saradnju.

Međugranična i prekogranična saradnja je poseban sektor u okviru CEI koji je veoma važan za primenu aktivnosti CEI u različitim oblastima, za realizaciju zajedničkih multilateralnih projekata i prenošenje rezultata na među-regionalne, kao i državne i lokalne nivoe. U okviru ovog sektora CEI posebno se podstiče međugranična i prekogranična saradnja u Istočnoj i Jugoistočnoj Evropi, kao i saradnja sa drugim međunarodnim organizacijama, posebno sa Evropskom unijom. To se ostvaruje učestvovanjem u zajedničkim programima i projektima, organizovanjem konferencija, seminara i sl.¹⁶

Među brojnim projektima u okviru sektora međuregionalne saradnje CEI, po značaju se izdvaja projekat *Euroregija* (koji čine „Karpatski“, „Gornji Prut“, „Donji Dunav“, i dr.), sa ciljem formiranja istočne granice Evropske unije u XXI veku.¹⁷ Osim toga, u okviru CEI se sprovodi još sedam projekata, finansiranih od strane Evropske unije. U realizovanju nekih od njih učestvuju i Srbija. To su sledeći projekti:

– *Zemlje Zapadnog Balkana – WINS-ICT*, čiji je cilj unapređenje saradnje u nauci i tehnologiji između EU i zemalja Zapadnog Balkana. Ovaj projekat je trajao tokom 2009-2010. godine;

– *CEI Univerzitet* – osnovan je 2004. godine u Trstu, s ciljem povećanja saradnje između Univerziteta i drugih institucija država-članica CEI, tj. Centralne, Istočne ili Jugoistočne Evrope;

– *Saradnja Jugo-istočnog evropskog transporta – SEETAC*, ovaj trogodišnji projekat ima za cilj unapređenje prekograničnog transporta, što obuhvata raznovrsne aktivnosti, od harmonizacije propisa i načina transporta do povećanja bezbednosti i primene ekoloških standarda;

¹⁶ O Centralnoevropskoj inicijativi opširnije, u – Arežina, V.: Beogradske perspektive održivog razvoja i klimatskih promena, rad predstavljen na naučnom skupu pod nazivom *Međunarodni naučni forum „Dunav – reka saradnje“* održanom u Beogradu, 14. marta 2011.

¹⁷ Na primer, Ukrajina je formirala “EkoEuroRegion” kao model za međuregionalnu saradnju između istočnih Euroregiona i EU, u cilju održivog socio-ekonomskog i prostornog razvoja.

– *Regionalna inicijativa razvoja održive energije – SEDRI*, je regionalni projekat, sa ciljem razmene najnovijih informacija o upotrebi biogoriva u oblasti CEI, kao i mogućim sirovinama, proizvodnji, a posebno uspostavljanju saradnje između laboratorija za istraživanje i drugih važnih institucija.

Važno je napomenuti i to da Centralnoevropska inicijativa blisko saraduje i sa drugim međunarodnim organizacijama, kao što su Ekološki program UN-a – UNEP, Evropska komisija UN-a – UNECE, OEBS, FAO i druge, tako da projekti i aktivnosti CEI prevazilaze granice određenog regiona.¹⁸

Inicijativa za saradnju u jugoistočnoj Evropi – SECI (Albanija, BiH, Bugarska, Hrvatska, Grčka, Mađarska, Moldavija, Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija, Rumunija, Slovenija, Srbija, Turska i Crna Gora) je regionalna inicijativa koju su pokrenule Sjedinjena Američke Države u Beču početkom 1995. godine, kao program podrške implementaciji Dejtonskog sporazuma. Osnovana je krajem 1996. godine u Ženevi, na osnovu „Tačaka za zajedničko razumevanje između EU i SAD“, kako bi se razvila održiva privredna strategija u regionu. SECI je usmeren na programe i projekte prekogranične saradnje u oblastima razvoja infrastrukture, trgovinskih i saobraćajnih pitanja, bezbednosti, energetike, ekologije i razvoja privatnog sektora.¹⁹

Sve SECI programe i projekte sprovode eksperti iz zemalja članica i zemalja koje podržavaju ovu inicijativu, uz tehničku podršku Evropske komisije, Ekonomske komisije UN za Evropu (UN ECE), Svetske banke, Evropske banke za obnovu i razvoj, Evropske investicione banke, Svetske carinske organizacije i u izvesnoj meri Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS). Takođe, SECI blisko saraduje i sa Regionalnim savetom za saradnju, Centralno-evropskom inicijativom, Organizacijom za crnomorsku ekonomsku saradnju, specijalizovanim agencijama i programima UN i drugim organizacijama.

Među prioritetnim ciljevima SECI su: uklanjanje administrativnih i drugih prepreka u cilju povećanja efikasnosti u protoku roba i povećanja trgovine, identifikacija uskih grla na glavnim međunarodnim saobraćajnim koridorima, stvaranje mreža i zona energetske efikasnosti, investiranje u unapređenje povezanosti mreža gasovoda i njihovog priključenja na međunarodne gasovode, obezbeđivanje finansijskih sredstava za unapređenje preduzetništva, pre svega kroz projekte malih i srednjih preduzeća i drugi. Glavni organ u okviru SECI inicijative je Programski komitet koga čine

¹⁸ Arežina, V.: *Isto*.

¹⁹ http://www.mfa.gov.rs/Srpski/spopol/Prioriteti/seki/seki_s.html, dostupno 21. aprila 2012. Vidi i –www.secinet.org.

nacionalni koordinatori zemalja članica. Iz ove inicijative pokrenuta je inicijativa za razvijanje regionalne saradnje na područjima suprotstavljanja terorizmu i organizovanom kriminalu. U tom cilju osnovan je Regionalni Centar za borbu protiv prekograničnog kriminala (SECI Centar u Bukureštu), koji ostvaruje i uspešnu saradnju sa drugim regionalnim i međunarodnim organizacijama kao što su INTERPOL, WCO, EUROPOL itd.²⁰

Početkom oktobra 2011. godine stupila je na snagu Konvencija o osnivanju centra snaga za sprovođenje zakona zemalja jugoistočne Evrope (Convention of the Southeast European Law Enforcement Center (SELEC)). Tako je SECI centar postao SELEC. Ovaj centar, na resursima koje je uspostavio SECI, zemljama članicama pruža podršku u prevenciji i suzbijanju prekograničnog kriminala, uključujući suprotstavljanje teškom i organizovanom kriminalu.²¹

Proces saradnje na Dunavu je političko-diplomatska inicijativa koja ima za cilj „pružanje novog političkog podstreka za jačanje i razvoj višestranih odnosa između podunavskih zemalja, bez uspostavljanja novih institucija“. Njime su obuhvaćene sve podunavske zemlje, kao i pojedine zemlje kandidati za prijem u Evropsku uniju. Proces je iniciran u junu 2001. godine od strane Austrije, Rumunije, Evropske komisije i Pakta za stabilnost Jugoistočne Evrope, a zvanično je uspostavljen na prvoj Ministarskoj konferenciji, održanoj u Beču, 27. maja 2002. godine. Učesnice procesa su 13 zemalja podunavskog bazena - SR Nemačka, Austrija, Češka, Slovenija, Slovačka, Mađarska, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Rumunija, Bugarska, Moldavija i Ukrajina - Evropska komisija i Regionalni savet za saradnju.²²

Uspostavljanje Procesu kao političkog, diplomatskog i ekonomskog konsultativnog foruma, komplementarnog sa postojećim regionalnim mehanizmima i inicijativama, ima za cilj dalje unapređenje saradnje i povezivanja na Dunavu, a u funkciji procesa evrointegracija. Široka i dobro utemeljena platforma Procesu, interes ključnih međunarodnih faktora (SAD, EU i međunarodnih organizacija), kao i zainteresovanost zemalja učesnica za regionalne i subregionalne oblike saradnje, predstavljaju glavne karakteristike ove inicijative. Na ovaj način Proces omogućuje da dođu do izražaja opredeljenost zemalja regiona za poštovanje i jačanje demokratskih principa i vrednosti, puno uvažavanje nacionalnih, verskih i kulturnih osobenosti, okrenutost ka ekonomskom razvoju i integrisanju regije u

²⁰ Isto.

²¹ <http://www.secicenter.org/>

²² http://www.msp.gov.rs/Srpski/spopol/Prioriteti/PSD/psd_s.html, dostupno 22. aprila 2012.

evropske strukture. Republika Srbija je aktivno učestvovala na svim dosadašnjim konferencijama Procesu saradnje na Dunavu.²³

Dalje, od velikog značaja za Srbiju i čitav region je i *Dunavska strategija Evropske unije*, prema kojoj će sve podunavske zemlje biti uključene u zajedničke projekte u cilju zaštite životne sredine, društveno-ekonomskog razvoja, kao i razvoja turizma, obrazovanja, itd.

Poznato je da je Savet Evropske unije krajem juna 2011. godine usvojio Dunavsku strategiju, i da je Srbija koordinator za realizaciju aktivnosti koje se odnose na sprovođenje Dunavske strategije u oblasti transporta (vazdušnog, železničkog i drumskog) sa Slovenijom, i u oblasti ekonomije znanja sa Slovačkom.

U okviru Dunavske strategije sprovode se raznovrsni projekti (čije je realizovanje počelo i pre donošenja ove Strategije), a u značajnije spadaju:

– *DA-ME – Medijska mreža Dunava (Danube Media Network)*, je projekat medijske saradnje u Dunavskom regionu, koji ima za cilj razvoj i jačanje Dunavske strategije, kao i sredstava za medijske veze između država i gradova Dunavske regije. Države-članice su Nemačka, Austrija, Slovačka, Češka, Mađarska, Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Crna Gora, Rumunija, Bugarska, Ukrajina i Moldavija. Nosioци projekta su fondacija *Sodalitas* iz Novog Sada, Srbija, u saradnji sa Radio televizijom Vojvodina, Novi Sad, Srbija.

– *DATOURWAY* je trogodišnji projekat koji je počeo da se realizuje 2009. godine, a koji ko-finansira Evropska unija. Ovaj projekat predstavlja izuzetan primer međuregionalne saradnje posvećene razvoju turizma duž srednjoevropskog i južноеvropskog dela Dunava (Mađarska, Slovačka, Srbija, Hrvatska, Rumunija, Bugarska, Italija), sa ciljem zaštite i poboljšanja prirodnih i kulturnih resursa vezanih za ovaj deo velikog evropskog plovnog puta.

– *Projekat NEWADA – Mreža dunavskih administracija za plovne puteve* ima za cilj da razvije međunarodnu saradnju, posebno unapređenje teritorijalnih, ekonomskih i društvenih integracionih procesa radi povezivanja, stabilnosti i konkurentnosti regiona. U ovom trogodišnjem projektu koji je počeo da se realizuje od 2009. godine, učestvuje dvanaest partnera iz osam podunavskih zemalja. On je deo *Transnacionalnog programa saradnje u Jugoistočnoj Evropi* koji ima nekoliko prioriteta, kao što su zaštita i unapređenje životne sredine, održivi regionalni razvoj kroz međunarodnu sinergiju, i dr.

²³ Isto. Vidi i – <http://www.emg.rs/vesti/srbija/1540.html>, dostupno 22. aprila 2012.

– *Projekat IRIS Evropa II* – baziran je na radu ekspertske radne grupe iz oblasti rečnih informacionih servisa. Ovaj projekat predstavlja nastavak projekta IRIS Evropa, čija je realizacija trajala u periodu 2006–2009. godine. U okviru ovog projekta, posebno je važan projekat *Primena rečnih informacionih servisa na Dunavu u Srbiji*.

– *RISING* je međunarodni istraživačko razvojni projekat ko-finansiran od strane Evropske Komisije sa ciljem da se unaprede istraživačke i razvojne aktivnosti kao i njihova praktična primena.²⁴

Posebno su značajni projekat *Master plan vodenog saobraćaja i prioritetni projekti*. U okviru Strategije razvoja saobraćaja Srbije utvrđen je master plan za sve vrste saobraćaja, uključujući i vodni. U delu tog plana koji se odnosi na vodni saobraćaj navedeni su svi planirani projekti na Dunavu i drugim plovnim putevima kao i dinamika i sredstva potrebna za realizaciju projekata. Do sada je utvrđena lista koja sadrži 81 projekat ukupne vrednosti od oko 344 miliona evra. Među navedenim, 29 projekata se odnose na Dunav i u vrednosti su oko 240 miliona evra.²⁵ Osim toga, postoji i lista od šest prioritetnih projekata koji se odnose na plovne puteve, mostove i drugu infrastrukturu na Dunavu.

Usvajanjem Dunavske strategije učinjen je veliki napredak u cilju poboljšanja međuregionalne saradnje u različitim oblastima. Međutim, potrebno je učiniti još više, a posebno u pripremi i realizaciji novih projekata koji se odnose na ekološku bezbednost, zaštitu životne sredine, društveno-ekonomski razvoj i unapređenje dalje međuregionalne saradnje.

ZAKLJUČAK

Jedan od najsnažnijih osnova kooperativnosti država, što je polazište za stvaranje zajedništva, svakako su njihovi zajednički interesi, ali i zajednički identitet. Zemlje dunavskog regiona imaju oba osnova za saradnju. Naime, sve one imaju interes da eksploatišu resurse Dunava, kako biodiverzitetske (biljni i životinjski svet), tako i njegove saobraćajne, energetske i ekonomske potencijale. S tim u vezi, interes im je i da očuvaju i doprinesu razvoju tih resursa. S druge strane, privilegija je biti zemlja kroz

²⁴ Vidi – Arežina-Đerić, V.: Značaj merenja ugrožavanja i problemi izgradnje sistema merenja ekološke bezbednosti u sistemu nacionalne bezbednosti, u: Gaćinović Radoslav (prir.), *Srbija – izgradnja nacionalne bezbednosti - zbornik radova*, Institut za političke studije, Beograd, 2010.

²⁵ Isto.

koju protiče Dunav. To države koje to jesu čini ekskluzivnim članom prestižnog „kluba podunavskih zemalja“, čime te sve one stiču jedan zajednički identitet. Znači, predispozicije i preduslovi za razvoj podunavskih zemalja, a time i jednog dela Evrope, nesporno postoje.

Deo evropskih zemalja pokrenuo je više inicijativa i programa međunarodne saradnje, kojima se priključila i Republika Srbija. Pre svega, reč je o *Centralnoevropskoj inicijativi*, *Inicijativi za saradnju u jugoistočnoj Evropi*, *Procesu saradnje na Dunavu* i *Dunavskoj strategiji Evropske unije*. Ove inicijative su značajne za podsticanje zajedničkih projekata u oblasti zaštite životne sredine, razvoja turizma i ekonomije itd.

Međutim, članstvo u ovim „klubovima“ „automatski“ ne podrazumeva razvoj zemalja-članica. Naime, neophodno je da vlade ovih zemalja shvate značaj i suštinu navedenih inicijativa za bezbednost i međunarodni položaj svoje zemlje. Dalje, neophodno je da donesu čitav set zakonskih i podzakonskih propisa kojima se ove inicijative podržavaju, te da formiraju organe, tela i agencije koje će se starati o njihovom doslednom sprovođenju, odnosno da to povere postojećim organima, telima i agencijama. To treba podržati i setom nacionalnih strategijskih dokumenata i akcionih planova.

Pravni okvir o kojem je reč bi, zapravo, bio osnov za delovanje država. Suština bi bila u iskrenoj težnji država da dostignu međunarodne standarde, od čega bi imale veliku korist, kao i u valjanim akcijama da se zacrtane težnje ostvare i nacionalni ciljevi dostignu. Pre toga, države imaju veliki problem da se izbore sa korupcijom i kriminalom na Dunavu, zbog kojih nacionalni interesi trpe u korist težnji brojnih interesnih grupa.

LITERATURA

1. Arežina, V.: Beogradske perspektive održivog razvoja i klimatskih promena, rad predstavljen na naučnom skupu pod nazivom *Međunarodni naučni forum „Dunav – reka saradnje“* održanom u Beogradu, 14. marta 2011.
2. Arežina, V.: *Ekološke migracije*, Politička revija – časopis za politikologiju, političku sociologiju, komunikologiju i primenjenu politiku, br. 4. (XVIII) V vol=12, Institut za političke studije, Beograd, 2006.
3. Arežina-Đerić, V.: Značaj merenja ugrožavanja i problemi izgradnje sistema merenja ekološke bezbednosti u sistemu nacionalne bezbednosti, u: Gaćinović Radoslav (prir.), *Srbija – izgradnja nacionalne bezbednosti - zbornik radova*, Institut za političke studije, Beograd, 2010.

4. Bojanić, V.; Mihajlović, D.; Vejnović, D.: Voda – resurs budućnosti, *Defendologija*, broj 25–26, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2009.
5. Homer-Dixon, T.: Environmental Scarcity and Intergroup Conflict, *World Security – Challenges for a New Century* (eds. Klare, M. T.; Chandrani, Y.), St. Martin's Press, New York, 1998.
6. Kissinger, H.: *Diplomatija I*, Verzal Pres, Beograd, 1999.
7. Kovač, M.: *Strategijska i doktrinarna dokumenta nacionalne bezbednosti – Teorijske osnove*, Svet knjige, Beograd, 2003.
8. Mijalković S.: Bezbedenost države i koncepti međunarodne bezbednosti, *Defendologija – teorijsko-stručni časopis za pitanja zaštite, bezbjednosti, odbrane, obrazovanja, obuke i osposobljavanja*, broj 25–26, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka, 2009.
9. Mijalković, S.: Ekološki rizici i pretnje nacionalnoj bezbednosti, *Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta III*, Glosarijum, Beograd, 2008.
10. Mijalković, S.: *Nacionalna bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011.
11. Naj, Dž.: *Kako razumevati međunarodne sukobe*, Stubovi kulture, Beograd, 2006.
12. Pavlović, V.: Interes, *Enciklopedija političke kulture* (grupa autora), Savremena administracija, Beograd, 1993.
13. Simeunović, D.: *Uvod u političku teoriju*, Institut za političke studije, Beograd, 2009.
14. Tadić, Lj.: *Politikološki leksikon*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1996.
15. Tatalović, S.: *Nacionalna i međunarodna sigurnost*, Politička kultura, Zagreb, 2006.
16. www.emg.rs/vesti/srbija/1540.html.
17. www.mfa.gov.rs/Srpski/spopol/Prioriteti/seki/seki_s.html.
18. www.msp.gov.rs/Srpski/spopol/Prioriteti/PSD/psd_s.html.
19. www.secicenter.org.
20. www.secinet.org.
21. Zmejkovski, M.: Vodata kako izvor na konflikti, *Savremena makedonska odbrana*, broj 3, Ministerstvo na odbrana na Republika Makedonija, Skopje, 2001.

Associate professor, Saša Mijalković, PhD
Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Assistant professor, Vera Arežina-Đerić, PhD
Faculty of political sciences, University of Belgrade

THE IMPORTANCE OF INTERNATIONAL COOPERATION OF DANUBE REGION COUNTRIES FOR DEVELOPMENT AND SECURITY OF SERBIA AND EUROPE – LAW AND GEOPOLITICS ASPECTS

International cooperation, on regional, interstate and local level, is essential for development of the countries in the Danube region. Besides, Serbia is a member in several regional initiatives – Central European Initiative – CEI, Southeast Cooperation Initiative – SECI, South-East European Cooperation Process – SEECP, Cooperation Process on the Danube, etc. Of great importance for Serbia and the region is adoption the EU Danube strategy, which is expected during next year. According to the Danube strategy, the Danube countries will be involved in joint projects with the aim of environmental protection, socio-economic development, as well as development of tourism, education, etc.

Key words: *Danube region, European union, environmental protection, sustainable development, corridor VII, national security, international security, international law*

Dr. sc. Aras, Slađana,
Senior Research Assistant, Department of Civil Procedure, Faculty of law,
Zagreb University (Croatia)

Mr. sc. Preložnjak, Barbara, Research Assistant,
Department of Legal Theory, Faculty of law, Zagreb University (Croatia) *

Originalni naučni rad
UDK: 343.13(497.5)

INTENTIONAL KILLING OF EFFICIENCY BY OVERZEALOUSNESS IN THE PURSUIT FOR TRUTH: THE EXAMPLE OF CROATIAN LEGAL AID SYSTEM

Implementation of an equal right of all citizens to access to justice in order to obtain protection of their subjective rights is guaranteed by the norms of global and regional international documents. Republic of Croatia subscribed to the obligation of guaranteeing equality of all citizens in access to justice, by becoming a signatory of these international documents. Despite the fact that RC intends to follow contemporary societies in terms of implementation of political and legal ideals of realization of access to judicial and other state authorities which decide on matters of implementation and protection of citizens' subjective rights, it is still falling behind. the Croatian Legal Aid Act (CLAA) were listed two main criteria for access to legal aid.

Key words: access to justice; (in)equality; human rights; truth; Croatia

1. INTRODUCTION

Are there limits to the pursuit of the truth in procedure dealing with protection of citizens' subjective rights? Can the attempts to extensively establish the legality of certain facts have a negative effect on the potential implementation of citizens' right of access to justice? Does insisting on

* The authors of this text also held positions active as the Assistant Directors of the Legal Clinic of the Faculty of Law in Zagreb.

establishing the truth regarding certain fact effect the efficiency of legal protection provided to the citizens? Can one recede from a claim for an extensive establishing of the veracity of certain facts and if so, when can this be the case?

In discovering the answers to the previous questions, this paper will analyse the matter of establishing truth in right to access to justice in Croatian legal aid system. It will look into to what extent does insisting on establishing the truth in satisfying the preconditions to right to access to legal aid may affect (in)efficiency of legal protection of citizens' subjective rights before judicial and other state authorities. Guidelines for future alteration of the procedure of implementation of the right to legal aid will be provided based on undertaken critical analysis, in order to reach a desirable balance between the attempt to establish the truth and provide efficient protection of citizens' subjective rights.

2. CROATIAN LEGAL AID SYSTEM IN PURSUIT OF THE TRUTH

Implementation of an equal right of all citizens to access to justice in order to obtain protection of their subjective rights is guaranteed by the norms of global and regional international documents¹. Republic of Croatia (from here on in: RC) also subscribed to the obligation of guaranteeing equality of all citizens in access to justice, by becoming a signatory of these international documents. Despite the fact that RC intends to follow contemporary societies in terms of implementation of political and legal ideals of realization of access to judicial and other state authorities which decide on matters of implementation and protection of citizens' subjective rights, it is still falling behind. The reasons behind this are political and legal barriers which prevent an integrated system of legal aid to be established to offer the opportunity to all citizens to have an equal right to obtain access to the judiciary. These barriers are primarily evident in an absence of political will to invest in building a modern and integrated legal aid system which

¹ The guarantees of the right of access to justice, and right to legal aid as one of the important aspects of right of access to justice, may be found in global international documents such as: The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, The Convention on the Rights of a child and the International Criminal Court Statute. Other regional international documents important for regulation of an efficient realization of the right of access to justice are: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Resolution (76) 5, Recommendation no. R (81) 7 and no. R (93) 1 of the Council of Europe, defining the mechanisms for efficient realization of the right of access to justice.

would through a unique act enclose all forms of providing legal aid and easing access to justice, and which is at present dispersed in several different acts.² In the attempt to establish an efficient legal aid system, the existing one has become a matter of frequent discussions and critique of representatives of the legislative branch, the civil sector and the academia. Also, in order to define the deficiencies of the existing system and provide suggestions for its improvement, detailed studies have been prepared by national and foreign experts, indicating best practices of European legal aid systems, which are obstinately ignored by the Croatian legislator³. Besides the legal regulation fragmentation resulting in partially unaligned acts within the system, current legal aid system is also burdened by a complex procedure aimed at establishing a formal truth regarding the fulfilment of preconditions to obtaining the right to legal aid. This represents a serious limitation on efficient implementation of citizens' right to access to justice since it results in a great number of citizens not complying with the formal conditions and not realizing their right to access to justice. Furthermore, should a citizen comply with the legally prescribed preconditions to realizing the right to legal aid, the bureaucratic nature of the procedure dealing with such compliance often deprives the applicant of timely legal protection which is in collision with the purpose of legal aid⁴. Removal of the formalistic pursuit of the truth regarding compliance with the preconditions for realization of the right to free legal aid was attempted by the Decision of the Constitutional Court of Republic of Croatia, no. U- I-722/2009, delivered on April 6, 2011⁵. Further comparative and critical analysis of the new and altered legal norms on preconditions to realization of the right to legal aid and the procedure of their confirmation will show if the formalistic approach to establishing the truth in free legal aid has been removed.

² Right of access to justice through legal aid system is provided by the Legal Aid Act (*Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 62/08, 81/11; hereinafter: CLAA 08 and CLAA 11), but also through the article 172 paragraph 1 of the Civil Procedure Act (*Zakon o parničnom postupku*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07 – Decision of the Constitutional Court of Republic of Croatia, 84/08, 123/08, 57/11), article 5 paragraph 2 of the Criminal Procedure Act (*Zakon o kaznenom postupku*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 152/08, 76/09, 80/11, 121/11), article 85 paragraph 1 and 4 of the Conflict of Laws Act (*Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 53/91, 88/01), article 21 of the Lawyers' Act (*Zakon o odvjetništvu*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 9/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11), articles 15- 16 of the Court Fees Act (*Zakon o sudskim pristojbama*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 74/95, 57/96, 137/02, (26/03), 125/11), articles 37 and 47 of the Asylum Act (*Zakon o azilu*) (Narodne novine RH (Official Gazette) 79/07, 80/10).

³ For example: Uzelac 2000; Gorkić 2004; Radaković/Barić 2004; Johnsen/Stawa/Uzelac 2010, etc.

⁴ See Johnsen/Stawa/Uzelac 2010, p. 48.

⁵ Narodne novine RH (Official Gazette) 44/11.

3. THE CRITERIA FOR ACCESS TO LEGAL AID LISTED IN THE CLAA

Before the Decision of the Croatian Constitutional Court in the Croatian Legal Aid Act (CLAA 08) were listed two main criteria for access to legal aid. There were existential issue and means criteria.

According to the CLAA 08 legal aid was granted in cases before courts, administrative bodies or other legal entities vested with public authority if they adjudicate the beneficiary's existential issues.⁶ Such existential issues were especially: status matters; rights from the social welfare system; rights from pension and invalidity insurance; other forms of support; employment rights; protection of children and young adults; protection of victims of criminal offences; trafficking in human beings; domestic violence; matters concerning immovable property "up to the size of adequate living accommodation";⁷ matters concerning means for work vital for supporting the beneficiary and his/hers household; monetary claims up to a certain amount;⁸ when prescribed by international agreements to which Croatia is a party.⁹

Section III of the CLAA 08 contained provisions on the qualifications that the applicants must satisfy. Those who qualified without any further conditions were: welfare recipients and recipients from "other forms of assistance"; war veterans with the right to maintenance from the Act on the Rights of Croatian Homeland War Veterans¹⁰ or from the Act on Protection of Military and Civilian War Invalids and their family members.^{11 12} Other persons qualified when the following five conditions were cumulatively met by the applicants and the members of her/his household:

⁶ Art. 5, para. 1 CLAA 08.

⁷ "Adequate living accommodation" was interpreted as 35 m² with an additional 10 m² per additional person (Art. 3 CLAA 08).

⁸ Twenty times the lowest monthly bases for calculation of obligatory insurance contribution per household member (Art. 5, para. 2 CLAA 08), i.e. 54.000 Kuna or the equivalent of 7.300 Euros (2010) or 53.600 Kuna or the equivalent of 7.245 Euros (2011).

⁹ Art. 5, para. 2 CLAA 08.

¹⁰ *Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji* (Act on the Rights of Croatian Homeland War Veterans) (Narodne novine RH (Official Gazette) 174/04, 92/05, 02/07, 107/07, 65/09, 137/09, 146/10, 55/11).

¹¹ *Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata* (Act on Protection of Military and Civilian War Invalids) (Narodne novine RH (Official Gazette) 33/92, 57/92, 77/92, 58/93, 2/94, 76/94, 108/95, 108/96, 82/01, 94/01, 103/03).

¹² Art. 8, para. 1 CLAA 08.

- their assets in monetary form were less than twenty times the lowest monthly bases for calculation of obligatory insurance contribution per household member;¹³

- their assets in non monetary form were less than twenty times the lowest monthly bases for calculation of obligatory insurance contribution per household member;¹⁴

- they did not own a house or a flat that exceeds “the seize of adequate living accommodation”;¹⁵

- they did not own a car with a value above eighteen times the lowest monthly bases for calculation of obligatory insurance contribution per household member;¹⁶

- their total monthly income and revenue per household member were less than the lowest monthly bases for calculation of obligatory insurance contribution per household member.^{17 18} Children qualified without any economic limit in proceedings before competent judicial bodies when the case was about the right to maintenance from their parents and other persons who were obliged to support them.¹⁹

Thus the means test included the monthly income, but also: ownership of a flat or a house and other immovable property; ownership of a vehicle or a vessel; other property or income (savings, shares in the capital, pensions and other assets).²⁰ The CLAA 08 required number of documents that must be submitted of evidence of financial status, not only for the applicant but also for the members of the household – even if there is no maintenance obligation between them.²¹

The existential issue criteria and the criteria for means testing set in Art. 8 CLAA 08 applied on primary as well as secondary legal aid. Namely,

¹³ It was/is about 54.000 Kuna or the equivalent of 7.300 Euros in 2010 or 53.600 Kuna or the equivalent of 7.245 Euros in 2011.

¹⁴ See *supra ad* footnote 13.

¹⁵ “Adequate living accommodation” was interpreted as 35 m2 with an additional 10 m2 per additional person (Art. 3 CLAA 08).

¹⁶ It was/is about 48.600 Kuna or the equivalent of 6.570 Euros in 2010 or 48.240 Kuna or the equivalent of 6.520 Euros in 2011.

¹⁷ It was/is about 2.700 Kuna or the equivalent of 365 Euros in 2010 or 2.680 Kuna or the equivalent of 362 Euros in 2011.

¹⁸ Art. 8, para. 1 CLAA 08.

¹⁹ Art. 8, para. 2 CLAA 08.

²⁰ Art. 8 CLAA 08.

²¹ Art. 16 CLAA 08. See *infra ad* 4.

the CLAA 08 distinguished between primary legal aid and secondary legal aid. Primary legal aid, in accordance to the CLAA 08, comprehended information, counselling, drafting and representation outside the courts,²² while secondary legal aid included legal assistance and representation in court cases, also in settlements before a court.²³ Representation before the European Court of Human Right and other international bodies was covered, but classified as primary, not secondary, legal aid.²⁴

The application of these criteria brought a lot of questions and problems. First, what is a case with an existential issue, especially because the CLAA 08 contained a list with some cases? Is it the division of marital property a case with existential issue or not? Especially in the contexts of requirement that matters concerning immovable property are existential important but “up to the size of adequate living accommodation” which was interpreted as 35 m² with an additional 10 m² per additional person.²⁵ Second, what is with people who live at the edge of poverty in their own houses in rural areas of some size, bigger than 35 m²? For example they fulfil the criteria of the income and the case is about some rights from the social welfare system. Do they need to sell their old house, which only have not collapse, but is higher than 35 m²? Third, the CLAA 08 required the number of documents that must be submitted of evidence of financial status, not only for the applicant but also for the members of the household – even if there is no maintenance obligation between them.²⁶ In this context there was one case where daughter after separation of her husband lived with her mother. The daughter wanted to claim divorce but her mother was against divorce and did not give the relevant declaration and consent to inspection of her property for purpose of submitting the application for legal aid. State administrative body did not know what to do with this application.

However, the principles for granting legal aid for “reasons of fairness” in the CLAA 08 allowed courts to grant legal aid independent of the problematic existential issue criteria and the criteria for means testing criteria,²⁷ but the “fairness” principles in the CLAA 08 appeared as exceptions. Namely, pursuant to Art. 5, para. 3 CLAA 08, in court proceedings the court might also approve legal aid to parties “who do not meet the conditions prescribed in this act for reasons of fairness.”

²² Art. 4, para. 2 CLAA 08.

²³ Art. 4, para. 3 CLAA 08.

²⁴ Art. 4, para. 2 CLAA 08.

²⁵ Art 3 CLAA 08.

²⁶ Art. 16 CLAA 08. See *infra ad 4*.

²⁷ Art. 42 CLAA 08.

The provisions on legal aid for reasons of fairness allowed courts to grant legal aid independent of the problem criteria if: the proceedings were complex; the party did not have the ability to represent himself/herself; and the financial status of the party was such that hiring an attorney would endanger the livelihood of the party and members of his/her household.²⁸ The principles cited were discretionary, the effect in practice depended on whether courts used the discretion as supposed.²⁹

Mentioned problems regarding the access to legal aid, pursuant to the CLAA 08, led to the Decision of the Croatian Constitutional Court.³⁰ Namely, the provisions that listed the cases which were especially existential issues and provisions regarding the financial means test were abolished.³¹

According to the Decision of the Croatian Constitutional Court the Croatian Parliament (*Sabor*) adopted the new provisions of criteria to access to legal aid.³² Instead of the existential issues criteria for primary as well as secondary legal aid the CLAA 11 listed narrow the cases in which the applicant can obtain legal aid. For primary legal aid these are only: status matter of citizens; rights from pension and invalidity insurance; rights from the social welfare system; employment rights.^{33 34} Secondary legal aid is granted in: matters related to ownership (excluded register proceedings); labour disputes; family law proceedings; execution proceedings, in matters for which legal aid may be approved according to the provision of the CLAA 11; peaceful dispute settlement.^{35 36} However, legal aid pursuant to the CLAA 11 may be obtain in court and administrative proceedings when this need derive from the concrete living circumstances of the applicant and the

²⁸ Art. 42, para. 2 CLAA 08.

²⁹ It seems that an exceptional character of this instrument is further confirmed by the fact that the report issued by the Ministry of Justice on the implementation of the right to legal aid in 2009 contained no data whatsoever on the scope and volume of application of art. 5, para. 3 CLAA 08. See Johnsen/Stawa/Uzelac 2010, p. 17-18.

³⁰ *Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske* (Decision of the Croatian Constitutional Court), nr. U- I-722/2009 of 6 April 2011 (Narodne novine RH (Official Gazette) 44/11).

³¹ These provisions ceased to apply 15 of July 2011.

³² *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći* (Act on Amendments to the Croatian Legal Aid Act) (Narodne novine RH (Official Gazette) 81/11; hereinafter: CLAA 11).

³³ Art. 5, para. 2 CLAA 11.

³⁴ The CLAA 11 redefined the primary legal aid. Thus primary legal aid comprehends counselling, drafting and representation outside the courts, also legal aid provided in peaceful out-of-court dispute settlement (Art. 4, para. 2 CLAA 11).

³⁵ Art. 5, para. 3 CLAA 11.

³⁶ Secondary legal aid, pursuant to the CLAA 11, comprehends counselling, drafting and representation before the courts, also legal aid provided in peaceful dispute settlement (Art. 4, para. 3 CLAA 11).

members of her/his household in accordance to the general purpose and sense of the CLAA 11.³⁷

The criteria for means testing after the Act of Amendments to the CLAA did not essentially change. One of changes is that the house or flat in which the applicant and her/his household live will not exclude him from the exercising legal aid.³⁸ Also the CLAA 11 contains the principles for granting legal aid for “reasons of fairness” that allow courts to grant legal aid independent of the ordinary criteria.³⁹

4. THE APPLICATION PROCESS FOR RECEIVING LEGAL AID

The application process for receiving legal aid is complex and did not change essentially after the Decision of the Croatian Constitutional Court. Generally, each procedure for approval of legal aid has to be instituted by submitting an application to a legal aid office of the county administration. Exceptionally, the procedure for approval of primary legal aid may be instituted by direct submission of an application to authorized associations, unions, legal clinics or state administrative bodies.⁴⁰

The application has to be filed on a form, prescribed by the Minister of Justice. The form contains various details about the applicant, as well as about the legal matter for which legal aid is requested. The form of legal aid (primary or secondary legal aid) has to be chosen, as well as its sub-type (e.g. “legal advice”, “drafting documents in legal proceedings”). Only one form of legal aid may be indicated in the application form.⁴¹

The applicant has to provide a full disclosure of the financial status of himself/herself and the members of his/her household. For each member, a number of details have to be reported, including the relationship, personal identification numbers (OIB), data on the average monthly income realized during past 12 months; data on average monthly amount of the taxable income; names and addresses of the employers; data on immoveable property owned by the each member of the household including their addresses, usable space in square metres and market value; data on vehicles or vessels owned by them (including types, brands, models, years of

³⁷ Art. 5, para. 2 and 3 CLAA 11.

³⁸ Art. 8, para. 1 c) CLAA 11.

³⁹ Art. 42-44 CLAA 11.

⁴⁰ Art. 15 CLAA 11.

⁴¹ *Pravilnik o obrascu zahtjeva za odobravanje korištenja besplatne pravne pomoći, obrascu uputnice i evidenciji izdanih uputnica* (Regulations on Application Form for the Approval of Legal Aid, Form of Voucher and the Evidencing of Issued Vouchers) (Narodne novine RH (Official Gazette) 128/08).

production, registration plates and current market value of the vehicles or vessels). Data about the amount of savings or cash in banks should be disclosed as well, including the particulars such as the numbers of bank accounts and the SWIFT codes of the bank. Other assets of the applicant and his household members, such as the ownership on securities or shares, have to be disclosed in detail as well.⁴²

Further on, the completed application form has to contain a number of attachments: a written statement by the applicant and the members of his/her household giving permission to inspect all data on their assets and revenue; various certificates on the status of the applicant issued by a competent body. If the application is submitted directly to the authorized associations, unions, clinics or state administrative bodies, it also has to have attached a certificate from the tax administration on the amount of revenue of the applicant and members of his/her household on their assets.⁴³

The application forms have to be submitted personally or by registered mail to the state administration office (or its branch) competent according to the (permanent or temporary) residence of the applicant. After submission of the application form and the required attachments, the office will have to verify the facts given in the statement. Although it is not necessary to check every declaration of the applicant, the office is obliged to verify at least ten percent of the requests.⁴⁴

The legal aid offices should regularly decide on the application within 15 days from the submission of the application.⁴⁵ If application is rejected, the applicants may lodge an appeal within 15 days with the Ministry of Justice, and – if unsuccessful – further institute an administrative dispute with the Administrative Court.⁴⁶

If application is granted, an order (voucher; *rješenje o odobravanju korištenja pravne pomoći*) certifying fulfilment of the conditions for legal aid is issued. This order is related to the type of legal aid requested. However, the issued order as such does not determine the legal aid provider: the beneficiary of legal aid should “freely” decide on the choice of provider

⁴² Art. 4 *Pravilnika o obrascu zahtjeva za odobravanje korištenja besplatne pravne pomoći, obrascu uputnice i evidenciji izdanih uputnica* (Regulations on Application Form for the Approval of Legal Aid, Form of Voucher and the Evidencing of Issued Vouchers).

⁴³ Art. 16 CLAA 11.

⁴⁴ Art. 21 CLAA 11.

⁴⁵ Art. 23, para. 1 CLAA 11. But practice shows that they need more than 15 days. Sometimes the applicant waits 30-45 days. See Johnsen/Stawa/Uzelac 2010, p. 53.

⁴⁶ Art. 22, para. 4 and 5 CLAA 11.

of legal aid, “bearing in mind the authority of the provider to offer specific forms of legal aid.”⁴⁷

Four categories of providers are pointed out in the CLAA 01 – attorneys, authorized associations, institutions of higher education through law clinics and state office bodies.⁴⁸ Attorneys may offer both primary and secondary legal aid while associations, legal clinics and state administrative bodies are limited to primary legal aid.⁴⁹

5. CONCLUSION REMARKS

Are administrative proceedings and documents that have to be submitted of evidence – listed in the CLAA 11 – appropriate for access to legal aid, generally, primary legal aid (legal counselling), specially?

The described system of processing legal aid applications is quite complicated, and to a large degree bureaucratized. It is setting a number of both procedural and substantive obstacles, which can have a negative impact. There is practically very little difference between the application processes for primary and secondary legal aid, i.e. whether the applicants seek representation in a court case, or whether they need simple legal advice in their matter, they have in principle to undergo the same complex application process.

International researches show that modern legal aid should be liberal when it comes to short legal advice and cover all types of legal problems in society. Such services should be informal, efficient and accessible.⁵⁰ Thus, the application process based on the issuance of orders in the administrative proceedings is inappropriate in the context of primary legal aid.

The implemented system of legal aid in the Republic of Croatia:

- did not enable citizens of lesser economical status to have the access to legal representative, to acquire legal aid and to have equal access to judicial and administrative government institutions, to the full extent;

- it is necessary to implement significant changes to the model and means to possibility of access to legal aid which will require radical changes of the current law, in order to: a) reduce the level of bureaucracy and

⁴⁷ Art. 30, para. 3 CLAA 11.

⁴⁸ Art. 9, para. 1 CLAA 11.

⁴⁹ Art. 11, para. 1, Art. 12, para. 1, Art. 13, para. 1, Art. 14, para. 1, Art. 14a, para. 1. CLAA 11.

⁵⁰ See Johnsen/Stawa/Uzelac 2010, p. 47-49.

formalism of the approval process and utilization of free legal aid services; b) accomplish the presumptions of *acqui commutaire* implementation and c) fulfill the warranties taken over by international law which require the complete equality of citizens in regards to access to justice.

BIBLIOGRAPHY

Gorkič 2004

Gorkič, A., *Legal aid*, a round table presentation, Zagreb, March 2004.

Johnsen/Stawa/Uzelac 2010

Johnsen, Jon. T.; Stawa, G.; Uzelac, A., *Evaluation of the Croatian Legal Aid Act and its implementation*, Zagreb/Oslo/Vienna, October-December 2010.

Radaković/Barić 2004

Radaković, M.; Barić, S., *Position of nongovernmental organizations in providing legal aid in Republic of Croatia*, Zagreb, December 2004.

Uzelac 2000

Uzelac, A., *Access to justice – analysis of the state in Republic of Croatia*, <http://alanuzelac.from.hr/Pdf/access.pdf>, Zagreb, 2000.

Dr. sc. ARAS, Slađana,
Senior Research Assistant, Department of Civil Procedure, Faculty of law,
Zagreb University (Croatia)
Mr. sc. PRELOŽNJAK, Barbara, Research Assistant,
Department of Legal Theory, Faculty of law, Zagreb University (Croatia) *

SVESNO UGROŽAVANJE EFIKASNOSTI FANATIČNIM NASTOJANJIMA OSTVARIVANJA ISTINE: PRIMER HRVATSKOG SISTEMA PRAVNE POMOĆI

Ostvarivanje prava svih građana na pristup pravdi sa ciljem ostvarivanja svojih ličnih prava je garantovano odredbama međunarodnih propisa. Potpisivanjem međunarodnih dokumenata Republika Hrvatska se obavezala da obezbedi svim građanima jednak pristup pravdi. Uprkos činjenici da Republika Hrvatska nastoji da prati savremena moderna društva u ostvarivanju političkih i pravnih ideala, koji se, između ostalog, odnose i na pravo građana da se obrate sudskim i drugim državnim vlastima koji odlučuju o ostvarivanju i zaštiti ličnih prava građana, ona i dalje zaostaje. Zakonom o pravnoj pomoći Republike Hrvatske su predviđena dva osnovna uslova za pristup pravdi.

Ključne reči: *pristup pravdi; (ne) jednakost; ljudska prava; istina; Hrvatska.*

* The authors of this text also held positions active as the Assistant Directors of the Legal Clinic of the Faculty of Law in Zagreb.

Др Ана Човић
Институт за упоредно право
Београд

Оригинални научни рад
УДК: 341:347.633

МЕЋУДРЖАВНА УСВОЈЕЊА ИЗМЕЂУ АКТА НАСИЉА И ЧИНА ЉУБАВИ

Према спроведеним истраживањима, усвојење представља најбољи облик заштите деце без родитељског старања, јер за разлику од хранитељства и старатељства, детету обезбеђује трајну заштиту и одрастање у породичној средини. Избор усвојитеља је комплексан задатак, јер се доношењем акта о заснивању усвојења трајно мења породични статус детета. Међудржавна усвојења изазивају бројне полемике. Њиховим заснивањем дете мења државу порекла, а последњих година су уочене и бројне злоупотребе у пракси, што је један од разлога за затварање појединих држава према овом облику усвојења. Са друге стране, за децу за коју се не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима, међудржавно усвојење, често, представља најбољу опцију за збрињавање.

На међународном нивоу, ова област је регулисана Хашком конвенцијом о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу. Наша држава још увек није ратификовала ову Конвенцију.

Из тог разлога треба одговорити на питање, који су аргументи у прилог њеној ратификацији, а такође, и на који начин се деца могу злоупотребити у поступку међудржавних усвојења и да ли због тога треба занемарити позитивне ефекте овог облика збрињавања деце или не.

Кључне речи: *усвојење, међудржавно усвојење, Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу, трговина децом.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Усвојење је установа породичног права и установа социјалне заштите деце без родитељског старања. Током историје, циљ и карактер установе усвојења су претрпели значајне промене. Раније је циљ био, пре свега, да се обезбеди потомство породицама без природног

потомства, а усвојитељи су били особе без деце и у доби када их више нису могли имати. Афирмацијом права детета, примарни циљ усвојења постаје збрињавање детета без родитеља. Дозвољава се усвајање особама које имају своју децу и онима који су довољно млади да их могу имати, а постепено се забрањује усвајање пунолетних особа. Уводи се потпуно усвојење, са циљем да се дете што потпуније интегрише у нову породицу. Улазак детета у породицу је почетак интензивног односа који би требао да траје цео живот.

У области усвојења, до доношења Конвенције о усвојењу деце, међу националним законодавствима су постојале значајне разлике. Доношење Конвенције о усвојењу деце¹ је први значајнији корак учињен у циљу хармонизације националних законодавстава у овој области. Конвенција је утврђивала обавезу држава потписница да поступе по захтеву друге државе потписнице, када се утврђује подобност за усвојење лица које живи на њеној територији. Изричито се забрањује стицање било какве финансијске користи у поступку усвојења, о чему ће касније бити речи и у Конвенцији о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу из 1993. године.

Ревидирана Европска конвенција о усвојењу деце², резултат је застарелости појединих одредаба Конвенције из 1967. године, што се може уочити и поређењем решења из те Конвенције са праксом Европског суда за људска права. Ревидирана конвенција не уређује детаљније питања која се односе на заснивање међудржавних усвојења.

Постоји дилема, да ли треба засновати међудржавно усвојење у ситуацији када не постоји могућност збрињавања детета путем усвојења од стране домаћих држављана или предност треба дати другим алтернативним облицима заштите у држави порекла детета. Тако се у Конвенцији о правима детета утврђује обавеза страна уговорница да, у складу са националним законима, обезбеде алтернативну бригу за дете које не може да одраста у породичном окружењу. Приликом разматрања решења које ће одабрати, дужна пажња се мора посветити потреби успостављања континуитета у подизању детета као и етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета.³ Међудржавно усвојење се може сматрати алтернативним начином бриге о детету, уколико се дете не може сместити, усвојити или на други одговарајући начин збринуту у земљи

¹Конвенција о усвојењу деце, Савет Европе, Стразбур, 1967.

²Европска конвенција о усвојењу (измењена), Савет Европе, Стразбур, 2008.

³Чл. 20 Конвенције о правима детета, УН, 1989. године, *Сл. лист СФРЈ- Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 4/96 и 2/97.

порекла.⁴ Породични закон РС не садржи такву одредбу и као једине услове за заснивање међудржавног усвојења, предвиђа протек рока од годину дана од дана регистрације усвојеника у Јединственом личном регистру усвојења и сагласност министра надлежног за породичну заштиту.⁵ Такође, наша држава није ратификовала Хашку конвенцију о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу, упркос препорукама Комитета за права детета, чиме се деци не пружа потпуна правна заштита у поступцима међудржавних усвојења.

1. Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу -значај и аргументи у прилог њеној ратификацији

Код међународног усвојења, осим што се дете измешта у породицу усвојитеља, оно мења и државу порекла. Овде се доводи у питање и опстанак културног, етничког и верског идентитета детета. Истиче се постојање ризика злоупотребе деце под велом међународних усвојења и учесталост трговине децом ради усвојења у појединим државама, због чега је приметна тенденција затварања појединих држава према међународним усвојењима.

Недостатак домаћих и међународних правних инструмената у овој области, довео је до потребе да се проблему мултилатерално приступи. На 17. сесији Хашке конференције за међународно приватно право 29. маја 1993. године, усвојена је Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења⁶, која је ступила на снагу 1. маја 1995. године. Стављање резерви на поједине одредбе Конвенције није дозвољено, али државе имају могућност да се успротиве приступању одређене државе. У том случају се Конвенција не примењује на њихове међусобне односе. Такође, државе могу да одустану од даље примене Конвенције.

⁴Чл. 21 Конвенције о правима детета

⁵Чл. 103. Породичног закона Србије, *Сл. гласник РС*, бр.18/05.

⁶Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, Хаг, 1993.

Хашка конференција о међународном приватном праву је међународна владина организација, основана 1893. године. Први међународни уговор који се тицао деце је усвојен у оквиру Хашке конференције 1900. године и то је био Уговор о сукобу права и надлежности код старатељства над малолетницима. То је први међународни документ у коме се појављује термин "најбољи интерес детета". Најзначајније конвенције Хашке конференције које се односе на имплементацију права детета су Конвенција о праву издржавања (1973), Конвенција о грађанским аспектима међународне отмице детета (1980) и Конвенција о заштити деце и сарадњи у вези са међународним усвојењем (1993). Н. Вучковић – Шаховић, *Права детета и међународно право*, Југословенски центар за права детета, Београд 2000., 65.

Конвенција обезбеђује већу сигурност за све учеснике у поступку усвојења, успоставља систем сарадње између органа у држави порекла и држави пријема и своди на најмању могућу меру могућност евентуалних злоупотреба у процесу међудржавног усвојења, прописивањем јасних процедура. Примењује се у ситуацијама када усвојитељ и усвојеник немају пребивалиште у истој држави, уколико су и држава порекла и држава пријема потписнице Конвенције. Конвенција се примењује у циљу заштите лица без родитељског старања узраста до 18 година, а форма усвојења коју Конвенција познаје је потпуно усвојење.

Основни принципи на којима почива Конвенција су:

1. најбољи интереси детета – ово се огледа у обавези држава да прво покушају да збрину дете у земљи порекла, обавези испуњавања законских услова за усвојење и чувању информација о биолошким родитељима детета;
2. субсидијарност – државе уговорнице су у обавези да обезбеде развој детета у породици рођења или широј породици кад год је то могуће. Након тога се исцрпљују остали видови заштите у земљи порекла, а када ни они нису доступни приступа се тражењу породичног смештаја у другој држави као алтернативи;
3. сарадња између држава – државе уговорнице сарађују у циљу спречавања отмица, продаје или трговине децом;
4. аутоматско признавање одлука о усвојењу – успоставља се систем аутоматског признавања усвојења заснованог у складу са Конвенцијом и искључује потреба спровођења поступка признавања одлука или поновног одобравања усвојења у земљи пријема;
5. надлежне власти, централне власти и акредитована тела – надлежни органи могу бити централне власти, јавне власти и акредитована тела, која могу преузети неке функције централних власти и која морају бити под сталним надзором државе и тела за акредитацију.

Конвенција утврђује обавезу надлежних органа државе да прибаве сагласност за усвојење од лица, институција и органа чији је пристанак неопходан за усвајање и то у законом прописаној форми. Захтева се пристанак мајке, али и сагласност детета које је способно, с обзиром на свој узраст, да схвати значај и дејства усвојења. Пристанци

не смеју бити измамљени плаћањем или накнадом било које врсте (чл. 4).

Надлежни органи државе пријема имају обавезу да утврде да ли усвојиоци испуњавају одговарајуће критеријуме, уколико је потребно да им пружи саветодавну помоћ као и да признају детету право да се стално настани у тој држави и стекне држављанство под олакшаним условима (чл. 5).

Државе уговорнице имају обавезу да именују централни орган за извршење обавеза предвиђених Конвенцијом, а више од једног органа могу именовати савезне државе, државе са више правних система и оне које имају аутономне територијалне јединице. Циљ међусобне сарадње централних органа је спречавање стицања недозвољене финансијске или било које друге користи у вези са усвојењем и размена информација о извршавању Конвенције и уклањању евентуалних препрека за њену примену. На овај начин се олакшава спровођење и извршење поступака усвојења. Посебно се наглашава, да акредитована тела за обављање послова усвојења, могу да поступају у другој држави уговорници, само ако су их надлежни органи обе државе овластили за то. Називе и адресе ових тела, државе саопштавају Сталном бироу Хашке конференције за приватно међународно право (чл. 6 – 13).

Заинтересовани усвојиоци подносе захтев централном органу државе у којој имају боравиште и који утврђује њихову подобност да усвоје дете и сачињава извештај који ће садржати податке о њиховом идентитету, пореклу, породичној и здравственој анамнези, разлозима за усвајање и способности да буду субјекти међународног усвојења. Централни орган државе порекла детета, сачињава извештај који садржи податке о његовом идентитету, здравственој и породичној историји и друштвеној средини, а посебно о дететовој етничкој, верској и културној припадности и доставља га Централном органу државе примаоца. Када се централни органи обе државе сагласе да се може прећи на фазу усвојења и када се утврди да потенцијални усвојиоци испуњавају све потребне услове, приступа се прибављању дозволе за дететово напуштање земље порекла и улазак и стални боравак у држави примаоца (чл. 14 – чл. 19).

Уколико је законом предвиђен обавезан пробни смештај, а централни орган државе примаоца закључи да даљиостанак детета у породици усвојитеља није у његовом најбољем интересу, дужан је предузме одговарајуће мере у циљу заштите усвојеника. Он може да организује привремено старање за дете, ново усвојење у сарадњи са органима државе порекла, дугорочно старање или повратак детета у земљу порекла, уколико се процени да је то у његовом најбољем

интересу. У складу са узрастом и зрелошћу детета, прибавља се и његово мишљење и пристанак за мере које се планирају предузети (чл. 21).

Највећи значај Конвенције се огледа у аутоматском признавању усвојења и његових дејстава у свим државама уговорницама. Конвенција предвиђа могућност да држава уговорница ускрати дејства усвојењу и да га не призна само уколико је оно у супротности са њеном јавном политиком, уз истовремено уважавање дететових најбољих интереса (чл. 24).

Признавање усвојења се односи на признавање правних последица заснивања усвојења и то на признавање:

1. законског односа родитељ – дете између детета и усвојилаца;
2. родитељског права усвојилаца и
3. престанак претходног законског односа између детета и његових биолошких родитеља, а када у држави порекла усвојење нема ово дејство, оно се може у држави примаоца преиначити у усвојење са таквим дејством, уколико се у њој признаје усвојење у складу са Конвенцијом. У овом случају се спроводи поступак признања заснованог усвојења, а сагласност морају дати лица чија је сагласност иначе неопходна за заснивање усвојења (чл. 26 – 27).

Контакт између потенцијалних усвојитеља и родитеља се забрањује, а надлежни органи се обавезују да чувају податке који се односе на порекло детета и идентитет биолошких родитеља. У складу са законом и након саветодавног разговора, дете може извршити увид у те податке (чл. 30 – 31).

Конвенција је први универзални међународни документ који регулише међународно усвојење. Наша држава још увек није ратификовала ову Конвенцију, иако су разлози у прилог ратификацији бројни. Према званичним подацима Хашке конференције за међународно приватно право, Конвенцију је ратификовало 79 држава, међу којима и већина држава чланица Европске Уније, САД, Кина и Руска Федерација.

Одредбе Конвенције су усклађене са Уставом РС⁷, који детету гарантује право на уживање људских права примерено његовом узрасту

⁷Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС.*, бр. 98/06.

и душевној зрелости. Члан 64. Устава, гарантује детету право на лично име, право на упис у матичну књигу рођених, право да сазна своје порекло и очува свој идентитет, заштиту од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребљавања и једнакост брачне и ванбрачне деце. Члан 65. Устава прописује посебну заштиту породице, мајке, самохраног родитеља и деце без родитељског старања, као и деце ометене у физичком и психичком развоју. С тим у вези, може се рећи да су одредбе ове Конвенције у складу са одредбама Устава и да би њена ратификација допринела безбеднијој, потпунијој и ефикаснијој заштити деце без родитељског старања, на релацији наше и осталих држава уговорница.

Алтернативни видови збрињавања деце још увек нису у Србији распрострањени у одговарајућој мери, а смештај у установу социјалне заштите требало би да представља последњу меру којој треба прибећи⁸, те стога усвојење представља најефикаснији и најпотпунији облик заштите деце без родитељског старања. Међународно усвојење није често у нашој држави, а могло би бити ефикасније искоришћено. Ово посебно ако се има у виду, да наши држављани нису спремни да усвајају децу са хендикепом као ни децу ромске националности, којој би се ратификацијом ове Конвенције повећали изгледи да свој живот проведу у иностранству, у породици која би желела и била спремна да се стара о њима.⁹

⁸ Резултати истраживања Института за психологију и организације Save the children UK, спроведени маја 2007. године у Републици Србији, које је обухватило 189 деце узраста од 10 до 18 година у шест установа за децу без родитељског старања, открило је да скоро да нема детета које није доживело неки вид насиља (само око 2,6 %). Више од две трећине испитане деце (око 76%) изјавило је да је било изложено неком облику насиља више пута. Најчешћи облици насиља којима су деца била изложена су сплеткарење, претње физичким насиљем и различити облици физичке агресије. Најмање један облик сексуалног злостављања (додиривање на сексуални начин, свлачење и показивање полног органа пред дететом, скидање и гледање детета) доживело је 35 % деце узраста од 10 – 12 година и 28 % деце узраста од 13 – 18 година. Главни актери свих облика насиља су друга деца у дому, а запослени у дому највише угрожавају децу вербалним насиљем, викањем, вређањем и претњама. Деца сматрају да полиција, центри за социјални рад и школе, као службе које треба да учествују у заштити деце од насиља, нису прилагођене њиховим потребама. Видети Националну стратегију за превенцију и заштиту деце од насиља, 10 – 12. prezentacije.mup.gov.rs, 25.01.2011.

⁹ Према постојећим подацима, само десет одсто деце из Стационара за мајку и дете у Звечанској у Београду, кандидати за усвојење, јер их толико има регулисан породично-правни статус. Остали су у дому јер се родитељи о њима не старају због болести, сиромаштва, насиља, а судским путем нису лишени родитељског права нити сами желе да потпишу сагласност за усвојење. За једно дете конкуришу три до четири родитељска пара. Свега трећина деце која чека на усвојење млађа је од две године, трећина има између три и пет година, а трећина је старија од шест година, те

Наша држава води рестриктивну политику у области међународних усвојења, јер се из наше државе још увек више усвајају деца (иако је и тај број мали)¹⁰, док у исто време наши држављани нису заинтересовани да усвајају децу из иностранства. Усвојење страним држављанима се одобрава, само уколико се не могу наћи усвојиоци међу домаћим држављанима у периоду дужем од годину дана од момента када су унети усвојеникови подаци у Јединствени лични регистар усвојења, а пре истека овог рока, само уз одобрење надлежног министра у случају постојања оправданих разлога.¹¹ У Црној Гори страни држављанин може усвојити дете ако се не може наћи усвојилац међу домаћим држављанима, а сагласност даје министарство надлежно за послове социјалног старања на основу мишљења стручне комисије. Ову комисију образује министар надлежан за социјално старање, а чини је пет чланова који имају професионално искуство у раду са малолетним лицима.¹² Слично је решење и Обитељског закона Хрватске, који предвиђа могућност да странац буде усвојитељ, након што је то одобрило министарство надлежно за послове социјалне заштите.¹³

Ратификацијом Конвенције би се појачала сигурност у поступцима међународних усвојења и смањила могућност злоупотреба, корупције, отмица и трговине децом у сврху усвојења. Сарадњом између надлежних органа држава, акредитовањем агенција и појединаца који могу учествовати у поступку усвојења и утврђивањем јасних правила њиховог пословања, сигурност поступка усвојења би била знатно повећана.

постоји раскорак између жеља и могућности, јер готово сви потенцијални усвојитељи желе бебе које су здраве и по могућности српског порекла. Иначе, свако друго дете које се налази у бази података Министарства за рад и социјалну политику има поремећаје у развоју. Иако Породични закон дозвољава да и самохрани родитељ усвоји дете, годишње се у просеку реализује једно такво усвојење, и тада је у питању дете са одређеним развојним потешкоћама, или ромска деца за коју парови углавном нису заинтересовани. У установама социјалне заштите укупно борави око 1500 деце без родитељског старања, а годишње се усвоји око њих 140 (Подаци преузети из Министарства рада и социјалне политике).

¹⁰Од момента увођења Јединственог личног регистра усвојења, у периоду од 2006. – 2010. године, реализован је следећи број усвојења: 2006. године 97, од тога иностраних 9; 2007. године 138, од тога 12 иностраних; 2008. године 149, од тога 12 иностраних; 2009. године 135, од тога 15 иностраних; 2010. године 106, од тога 11 иностраних. (Подаци преузети из Министарства рада и социјалне политике).

¹¹Чл. 103 Породичног закона Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05.

¹²Чл. 125 Породичног закона Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 1/07.

¹³Чл. 127 Обитељског закона Хрватске, *Народне новине*, бр. 116/03.

Заштита детета након заснованог усвојења је нешто чему Конвенција посвећује нарочиту пажњу, предвиђајући да је централни орган државе примаоца дужан да предузме одговарајуће мере у циљу заштите усвојеника, уколико процени да његов даљи останак у породици усвојитеља није у његовом интересу. Те мере су привремено старање за дете, ново усвојење у сарадњи са органима државе порекла, дугорочно старање или повратак детета у земљу порекла, уколико се процени да је то у његовом најбољем интересу. Гарантована постадоптивна заштита је још један разлог који говори у прилог потреби ратификације Конвенције од стране наше државе. Ратификацијом, односно њеним потврђивањем од стране парламента или другог надлежног органа државе, Конвенција постаје обавезна као и сваки други закон, што значи да би судије могле у доношењу својих пресуда да се позивају на Конвенцију и да је непосредно примењују и када је она у сукобу са неким законом, јер ратификовани међународни уговори имају примат над унутрашњим изворима права у складу са принципом *pacta sunt servanda*.

Србија је, након што је поднела Комитету за права детета извештај о спровођењу Конвенције о правима детета и Опционог протокола уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, децјој проституцији и децјој порнографији, добила препоруку да предузме хитне мере у циљу ратификације Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења.

2. Ризици који прате реализацију међудржавних усвојења – уочене злоупотребе у пракси

Реализација међудржавних усвојења носи са собом одређене ризике. Један од ризика је могућност да дете доживи кризу идентитета, из разлога што не припада истој етничкој групи. Ово се посебно односи на међурасна усвојења.¹⁴ Такође, сведоци смо данашњег тренда да богатији усвојиоци са запада долазе у сиромашне државе у време ратова, земљотреса и глади, усвајају и одводе велики број здраве деце, остављајући старију и хендикепирану децу у институционалном смештају.

УНИЦЕФ је објавио да је проблем илегалних усвајања деце нарочито изражен у седам азијских држава међу којима су Кина, Филипини, Индонезија, Лаос, Малезија, Тајланд и Вијетнам. Различити социоекономски, породични и индивидуални фактори чине ову децу подложном злоупотребама, а пре свега распад породице, сиромаштво,

¹⁴Тако би нпр. дете из Азије или Африке усвојено од стране неког европског пара било физички видно другачије од својих усвојитеља.

недостатак образовања, неједнакост полова и велика потражња за дечјим радом, илегалним усвајањем, сексуалним односима са децом и њиховим ангажовањем у оружаним сукобима.¹⁵ Доношењем протокола Уједињених нација за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који допуњава Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала¹⁶, државе потписнице су преузеле обавезу да предузму неопходне мере, у циљу сузбијања ропства, трговине људима и свих осталих облика нехуманог поступања. Наша држава је ратификовала ову Конвенцију. Из истог разлога је значајан и Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима¹⁷, чији је циљ подизање старосне границе за добровољну регрутацију лица у државне оружане снаге на 18 година.

Такође, према подацима УНИЦЕФА, годишње се не пријави рођење око 40 милиона деце, што чини једну трећину укупно рођене деце. У многим земљама не постоји законска регулатива којом се уређују матичне књиге рођених. Тако се у екстремним случајевима, попут Бангладеша, региструје само око 3% новорођенчади, а у Венецуели број нерегистроване деце износи око 400.000. Ова деца су посебно угрожена, јер се повећава могућност да постану жртве илегалних усвајања.¹⁸ Анализом података о структури деце која су субјекти међудржавних усвојења у свету, долази се до закључка да је проценат усвојених девојчица знатно већи у односу на проценат усвојених дечака. Један од разлога је чињеница, да је у многим државама порекла деце, врло изражена родна дискриминација. Таква је ситуација у јужној и западној Азији, Кини и Северној Африци, где у укупној популацији становништва „недостаје“ око 60 милиона жена

¹⁵У свету се свакодневно повећава број региона у којима услед оружаних сукоба страда велики број недужних цивила, а међу њима су најугроженија деца. Усвајањем Римског статута Међународног кривичног суда, регрутација или мобилизација деце млађе од 15 година и коришћење деце за активно учешће у непријатељствима, квалификују се као ратни злочин. На 26. међународној конференцији Црвеног крста и Црвеног полумесеца у децембру 1995. године, препоручено је да стране у сукобима предузму све могуће мере како у непријатељствима не би учествовала деца млађа од 18 година.

26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 3-7 December 1995., War victims and respect for international humanitarian law, International Review of the Red Cross, No. 310/96 <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmv3.htm>, 25.01.2012.

¹⁶Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

¹⁷Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима, УН, 2000. године, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 22/2002.

¹⁸UNICEF International Child Development Centre, *Intercountry adoption*, стр. 8, доступно на <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4e.pdf>, 25.01.2012.

због селективног абортуса фетуса, чедоморства и дискриманаторке праксе. Званични подаци холандске владе показују да је у 1997. години од 58 деце усвојене из Индије, њих 40 било женског пола, што износи близу 70%. Из Кине је исте године усвојено 94 девојчице (93%) и 11 дечака. У двогодишњем периоду од 1996 – 1997 године у САД је усвојено 700 деце из Индије и око 7000 из Кине, претежно женског пола.¹⁹ Чињеница је да су деца данас, више него претходних деценија, изложена ризику од сексуалног искоришћавања. Из тог разлога, удео девојчица у укупном броју збринуте деце путем међудржавних усвојења, не треба занемарити. Начини сексуалне злоупотребе деце су многобројни. Живимо у ери интернета преко кога се нуде проституција, порнографија и продаја деце у ове сврхе.²⁰ Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији²¹, дефинише продају деце, дечју проституција и дечју порнографију. Државе уговорнице се обавезују да те радње у пуној мери обухвате њиховим кривичним законима, без обзира да ли су таква дела извршена у земљи или транснационално, односно на индивидуалној или организованој основи. Надзор над спровођењем Протокола врши, као и у случају Конвенције о правима детета, Комитет за права детета, тело које је установљено ради провере напретка које су државе уговорнице постигле у спровођењу преузетих обавеза.

Поједини аутори сматрају да су међудржавна усвојења, без икакве сумње, вид трговине децом и да агенције у Америци често послују по принципу ” Хоћете здраву бебу? Добићете је за мање од годину дана...”. Такве услуге брзог налажења детета наплаћују од 19.000 – 24.000 долара за беле бебе узраста од 9 – 18 месеци, односно од 27.000 – 36.000 хиљаде долара за бебе узраста од 3 – 9 месеци. За афроамеричку децу цене се крећу око десет хиљада долара. Деца из

¹⁹*Ibid.*, стр. 10.

²⁰Међународна организација рада (ИЛО) спровела је студију по којој преко 250 милиона деце широм света, узраста од 5 до 14 година, бивају присиљена на проституцију и робовање. Mark Lansky, *Child labour: How the challenge is being met*, International Labour Review, Vol. 136 (1997), No.2, 243., <http://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/pers2-97.pdf>, 25.01.2012.

²¹Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, УН, 2000. године, *Сл. лист СЦГ- Међународни уговори*, бр. 22/2002. Комитет за права детета је препоручио странама уговорницама, да инкриминишу активности свих који су умешани у продају деце у циљу усвајања. Стране уговорнице треба да ”делују у складу са одговарајућим међународно правним инструментима”. Многе земље су протумачиле да се под термином ”одговарајући међународно правни инструменти” подразумева само Хашка конвенција о међународном усвојењу, међутим, одредбе о продаји ради усвојења у Опционом протоколу су примењиве и на национално и на међународно усвојење. Видети Н. Вучковић-Шаховић, ”Међународно усвојење и Србија”, *Правни записи*, бр. 1/2011, 141.

Русије су веома тражена на тржишту усвојења у Сједињеним Државама, због чега је цена за усвојење ове деце врло висока, тако да руске агенције за усвајање личе више на пословне агенције за згртање профита, него на агенције које раде у интересу деце²². Ову појаву проф. Дејвид Смолин са Самфорд Универзитета сматра криминалном, и закључује да нема чврсте воље да јој се стане на пут, јер се иста третира као неки блажи порок, као што су то проституција или коцкање.²³ Иначе, у САД први корак у поступку међудржавних усвојења је избор лиценциране агенције у овој области.²⁴

Нарочито су дискутабилне кампање за усвајање деце које се јављају након природних катастрофа, као што су земљотреси, цунамији или ратови. Тада се повећава број страних држављана који желе овој деци да обезбеде дом и породицу, али треба имати у виду да након оваквих траума, усвојење не мора да представља најбољу опцију за дете и да чак може бити контрапродуктивно. У овим ситуацијама, свсрисходније би било сместити децу у сродничке породице или код комшија који им могу пружити емотивну подршку и сигурност, јер се може испоставити и да су родитељи преживели, а ускраћује им се могућност да касније пронађу своје дете.²⁵ Повећан је ризик да након ових катастрофа деца постану субјекти трговине људима.

Последњих година, поједини скандали који су се догодили са усвојеном децом на нивоу међудржавних усвојења, уздрмали су јавност и довели до тога да поједине државе предложе забрану усвојења своје деце од стране држављана неких држава. Познат је случај руског дечака кога је брачни пар из Пенсилваније на смрт претукао, што је за последицу имало оштру реакцију руских званичника и позивање на суспензију свих усвојења од стране УСА држављана.²⁶

²²D. Smolin, , "Intercountry adopting as child trafficking", *Valparaiso University Law Review*, br. 2/2004., 323 – 325.

²³Ibid.

²⁴Свака агенција је специјализована за одређену групу држава, мада су поједине фокусиране искључиво на рад са једном државом. У складу са правилима Хашке Конвенције, агенција мора бити акредитована од стране америчке владе уколико је држава порекла детета потписница Конвенције. Уколико држава порекла детета није потписница Конвенције, примењују се закони државе порекла и усвојилаца.

²⁵<http://www.adoptioninstitute.org/publications/policybriefs.html> Evan B. Donaldson Adoption Institute, 25.01.2012.

²⁶ L. Brenckle, "Russian officials call for suspension of adoptions to U.S. parents after death of Dillsburg-area boy", *The Patriot-News*, March 05, 2010,

http://www.pennlive.com/midstate/index.ssf/2010/03/nathaniel_craver_is_15th_or_16.html, 25.01.2012.

Злоупотребе на нивоу међудржавних усвојења су различите, па се тако дешавало да се на усвајање дају деца која имају живе родитеље²⁷ или деца чијим родитељима није предочено да је усвојење трајног карактера, па су исти били у заблуди да су им деца само привремено смештена у другу породицу.²⁸

У Кини је шест државних службеника кажњено због скандала, који је избио након што је троје деце одведено из својих породица, које нису имале могућности да плате казну због кршења прописа о планирању породице. Деца су одвођена у сиротишта, која су их даље слала у иностранство.²⁹

У Индији је 1999. године избила афера у којој су челни људи једног сиротишта и социјални радници били умешани у куповину беба од племенске групе Ламбада, чији припадници верују да треће, шесто и девето женско дете доносе несрећу, па су их стога продавали по врло ниским ценама. Акција је почела хапшењем две жене које су биле социјални радници и посредници у куповини деце. Оне су куповале децу за износ од 15-45 долара, а затим их продавале сиротишту за децу, које им је за њих плаћало од 220-440 долара. Деца су се затим, у процесу међудржавних усвојења, продавала за две до три хиљаде долара.³⁰

Из наведених разлога, приметна је тенденција затварања држава према међудржавним усвојењима, а у прилог томе се истиче и да је срамота да националне владе нису у стању да подрже и збрину своју децу.³¹

²⁷ Скоро половина агенција за усвајање у Етиопији није регистровано, а деца се регрутују у процесу званом "бербе". Често се дете представља као сироче, иако има живу мајку или оба родитеља. Из ових разлога холандске агенције су прекинуле усвајања из Етиопије. <http://www.ethiopianreview.com/news/6790,20.12.2011>.

²⁸ Самоански родитељи су остављали децу у Америци на усвајање, мислећи да она остају тамо привремено ради школовања. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/insight8e.pdf>, 25.01.2012.

²⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_international_adoption_scandals, 25.01.2012.

³⁰ D. Smolin., "Two Faces of Intercountry Adoption : The significance of the Indian Adoption Scandal", *Seton Hall Law Review*, Vol. 35., 2/ 2005., 456-457.

³¹ Тако нпр. Уједињени Арапски Емирати изричито забрањују међудржавна усвојења, као и Румунија у којој је изузетак дозвољен једино уколико се усвојиоци налазе у улози блиских сродника (нпр. бабе и деде).

Child adoption: Trends and policies, United Nations Department of Economic and Social Affairs / Population division, New York, 2009. 311, 352.

http://www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf, 25.01.2012.

3. Србија и међудржавна усвојења

Међудржавна усвојења, несумњиво, носе одређени ризик због могућности различитих злоупотреба деце, од којих су неке од њих изложене у овом раду.

Међутим, проблеми карактеристични за реализацију међудржавних усвојења нису нова појава и нешто што није постојало у прошлости. Тако су се наша дипломатско–конзуларна представништва, у деценијама након II светског рата у имиграционим земљама, вршећи функцију органа старатељства, сусретала са проблемом збрињавања наше деце која су била без родитељског старања. Углавном се радило о ванбрачној деци, чије су мајке давале изјаву пред страном социјалном службом да се одричу родитељског права. Још су компликованији били случајеви фактичког напуштања детета, које се након тога смештало у инострану породицу, а након тога, често, и усвајало од стране исте. С обзиром на то, да наши прописи о социјалној заштити нису утврђивали мере заштите које се предузимају да би се збринуло дете нашег држављанства које се нађе у иностранству, поступци у земљи су трајали дуго. Разлог томе је био постојање сукоба надлежности, трагање за биолошким родитељима, а дете се у већини случајева није преузимало, већ је сагласност за усвојење давала инострана породица код које је дете већ било смештено. За велики број овако реализованих усвојења, нарочито у периоду када није постојала законска регулатива у области међудржавних усвојења, наша конзуларно – дипломатска представништва добијала су податке након што би усвојиоци страног држављанства затражили отпуст из држављанства или издавање путне исправе, приликом чега су подносили доказе да је усвојење засновано пред страним органом. Неке наше држављанке које су ванбрачно рађале децу, уз асистенцију агенција и појединаца који су посредовали приликом усвојења, пристајале су да се дете прикаже као нахоче, како би се поједноставила процедура заснивања усвојења. Све ово је личило на организовану трговину властитом децом ради усвојења.³² Међудржавно усвојење је и у овим ситуацијама било злоупотребљавано.

Данас је у поступку међудржавног усвојења у Републици Србији, надлежност подељена између министарства рада и социјалне политике и центра за социјални рад. Министарство прима захтеве и документацију будућих усвојитеља, уноси податке у Јединствени лични регистар усвојења, доставља податке органима старатељства,

³²Н. Ђуретић, „Усвојење- теорија и законодавна пракса, Аугуст Цесарец, Загреб, 1982., 159 – 160.

координира поступком, припрема стручно мишљење у конкретном поступку заснивања усвојења, а ради њиховог достављања министру надлежном за породичну заштиту, који даје дозволу, уноси податке о заснованом усвојењу у регистар усвојења и прима извештаје страних социјалних служби о интеграцији детета у усвојитељску породицу. Орган старатељства бира усвојитеље за конкретно дете које има општу подобност за усвојење и чији се подаци налазе у Јединственом личном регистру усвојења, прати процес узајамног прилагођавања усвојитеља и детета у установи социјалне заштите или хранитељској породици у којој се усвојеник налази, доставља захтев министру да се сагласи са усвојењем и доноси решење о усвојењу и решење о новом упису рођења детета. Такође, и установа социјалне заштите у којој се дете налази прати контакте између усвојитеља и детета и о томе обавештава министарство и орган старатељства. Породичним законом није регулисано питање, да ли је неопходан боравак потенцијалних усвојитеља у Србији у току процедуре усвојења и у ком трајању. У пракси, они се позивају од стране Министарства када их орган старатељства изабере за усвојитеље конкретном детету, након што су претходно били информисани о карактеристикама детета и прихватили да се њихови списи доставе органу старатељства. Када дођу у Србију, на састанку коме присуствују будући усвојитељи, представници министарства, органа старатељства и установе у којој се дете налази, прави се план активности свих субјеката у поступку усвојења. Од тог момента до окончања поступка, неопходно је присуство усвојитеља у трајању од најмање две недеље у Србији.³³

Кривични закон Републике Србије³⁴ у чл. 389 инкриминише дело Трговине малолетним лицима ради усвојења. То је посебан вид трговине малолетним лицима, углавном малом децом, која за новчану накнаду, директно или преко посредника, постају део друге породице.³⁵

³³Подаци преузети из Министарства рада и социјалне политике.

³⁴Кривични закон Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005.

³⁵Основни облик овог кривичног дела, може се извршити одузимањем лица које није навршило 16 година, употребом силе, претње, обманом или другом преварном радњом од лица која имају право и обавезу да се о њему старају, а у циљу његовог усвојења противно важећим прописима. Кривично дело се може извршити и куповином, продајом, предајом, превозењем, обезбеђивањем смештаја или прикривањем малолетног лица ради усвојења. За основни облик је прописана казна затвора у трајању од једне до пет година. Тежи облик постоји када се неко бави трговином малолетним лицима ради усвојења или ако је дело извршено од стране више лица на организован начин. Постоје мишљења да је пракса трговине децом, ради принуде на вршење криминалних радњи и са циљем сексуалне експлоатације, заступљенија од праксе трговине децом ради илегалног усвојења и да се проблем требао решити на тај

Међудржавно усвојење као облик збрињавања, Конвенција о правима детета предвиђа само ако дете није могуће збринути путем неког другог облика заштите које предвиђа домаће законодавство. Конвенција у чл. 20 утврђује обавезу држава да обезбеде поштовање дететовог етничког, верског, културног и језичког порекла. Такође, субвенцијарност, као један од основних принципа на којима почива Конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу, подразумева да су државе уговорнице у обавези да исцрпе све видове заштите у земљи порекла, а тек уколико они нису доступни, да приступе тражењу породичног смештаја у другој држави. Породични закон РС не прописује такву обавезу државе. Уколико дете не може да се збрине путем усвојења у периоду од годину дана од дана уношења његових података у Јединствени лични регистар усвојења, државни органи нису у обавези да, пре заснивања међудржавног усвојења, покушају да га збрину користећинеки други облик заштите (нпр. хранитељство). Уношење такве одредбе у наше породично законодавство, било би неопходно и у складу са одредбама наведених конвенција. Међутим, иако хранитељство као облик заштите деце без родитељског старања има сличности са установом усвојења, кључна разлика је та што се хранитељством не заснива сроднички однос између хранитеља и храњеника, већ се дете само привремено смешта у другу породицу ради збрињавања. По пунолетству, када детету истекне право на хранитељски смештај, оно углавном остаје само. За њега од тог тренутка више нико није одговоран и дете се често суочава са великим потешкоћама у решавању егзистенцијалних проблема.³⁶ Старатељство као облик заштите деце без родитељског старања, за сврху има да се збрињавањем, васпитавањем и образовањем, обезбеди развој личности малолетника и заштита његових имовинских права и интереса, али старатељ дете не издржава и није дужан да га прими у своју породицу. Старалац пре свега, има обавезу да брине о правно– економским проблемима детета и није у обавези да има стални контакт са њим.³⁷ Може се закључити, да усвојилачки однос представља највернију

начин, што би се бићем кривичног дела Трговина људима обухватили сви облици експлоатисања жртава (деце и одраслих особа). Ово из разлога што се наведеним кривичним делом пружа кривичноправна заштита људима од различитих видова експлоатације, али не и од илегалног усвојења, што наводи на закључак да законодавац под појмом људи подразумева само одрасле особе. То је озбиљан пропуст и наводи на питање, који би био правни основ за санкционисање трговине децом ради нпр. радне експлоатације. Тако С. Мијалковић, „Кривично дело трговине децом ради усвојења“, *Правни живот*, бр. 9/2006, 309.

³⁶ Видети Н. Шаркић, М. Николић, „Процесни положај центара за социјални рад“, *Систем породичноправне заштите у Србији – Зборник радова*, Глосаријум, Београд, 2009., 219.

³⁷ Ibid., 220.

имитацију родитељског односа, детету обезбеђује трајну заштиту и одрастање у породичној средини и из тих разлога је најпожељнији облик заштите.

Захваљујући иностраним усвојитељима, последњих година је збринут један број деце са сметњама у развоју. Да нису усвојена, данас би ова деца, без сумње, била смештена у неком од домова у Србији, јер је пракса показала да наши држављани нису заинтересовани за њихово збрињавање. Ово би могла да се промени, уколико би се наши држављани на адекватан начин подстицали да усвајају, путем нпр. пореских олакшица или субвенционисаних кредита, што је пракса развијених држава. У прилогу су подаци о усвојеној деци са сметњама у развоју, која су заштићена применом међународног усвојења у периоду од 2007-2009. године.³⁸

Усвојена деца са сметњама у развоју која су заштићена применом међународног усвојења (2007)

Годиште детета	5-6 4	7-8 3			
Врста ометености деце	Хепатитис Ц, лака ментална ометеност 1	Лака ментална ометеност 3	Без доњих екстремитета 1	Даунов синдром 1	Цистична фиброза 1

Усвојена деца са сметњама у развоју заштићена применом међународног усвојења (2008)

Годиште детета	3-4 6	5-6 4	8-9 1		
Врста ометености	Умерена мент. Ретардација 3	Даунов синдром 4	Тешко срчано обољење 1	Слепо дете 1	Лака ментална ретардација 2

³⁸Подаци преузети из Министарства рада и социјалне политике.

Усвојена деца са сметњама у развоју заштићена применом међудржавног усвојења (2009)

Годиш те детета	0-1	1-2 1	3-4 8	5-6 1	9-10 1		
Врста ометен ости	Умерена ментална ретардација 1	Даунов синдро м 5	Епиле псија 1	Церебрала на парализа 1	Тешко бубрежн о обољење 1	Тешко срчано обољење 1	Спасти чна хемипа реза 1

4. Закључна разматрања

Као предност међудржавног усвојења треба истаћи чињеницу да се на овај начин многа деца спашавају сигурне смрти услед недостатка медицинске неге и хране у земљи рођења, као и трајне лишености родитељске љубави и патње током боравка у институционалном смештају. Истраживања су показала, да су усвојења од стране парова који су могли да имају своју децу, показивала позитивне ефекте исто колико и усвојења заснована од стране неплодних парова, деца у интеррасним усвојењима нису имала ништа више потешкоћа у прилагођавању од осталих њихових вршњака који су смештени у адаптивну породицу, а усвојитељи који су као појединци усвојили дете показали су се исто тако добрим родитељима као и парови усвојитељи.³⁹ Студија урађена на Леиден Универзитету у Холандији, показала је да не постоји разлика у самопоштовању између усвојене деце и оне која то нису, што подједнако важи за домаћа, међудржавна и интеррасна усвојења⁴⁰

Неспорно је да се државни органи суочавају са великим изазовима приликом реализације међудржавних усвојења. Међутим, за дете је боље да га усвоје и странци, од могућности да оно проведе детињство и младост у установама социјалне заштите у Србији. Како могу да живе и да се осећају деца у разним домовима, у ситуацијама када су лишена породице, можда може да дочара следећи опис из дома за децу без родитељског старања:

³⁹V. Groza, *Successful Adoptive Families*, Greenwood Press, Westport, 1996, 6.

⁴⁰F. Juffer and M. van IJzendoorn, "Adoptees Do Not Lack Self-Esteem: A Meta-Analysis of Studies on Self-Esteem of Transracial, International, and Domestic Adoptees", *Psychological Bulletin*, Vol. 133, No. 6/2007., 1067-1083.

„Тужна, натмурена седмогодишњакиња, у полумрачној просторији; седи на гвозденом кревету, безизражајно јој лице. Уместо леве ноге, виси патрљак. Ногу је изгубила још као беба, мајка епилептичарка сустила девојчицу на врелу ринглу.“⁴¹

Заснивањем међудржавног усвојења, детету се пружа прилика да одрасте у топлом породичном окружењу, а пред надлежне органе се поставља задатак да ово усвојење реализују у најбољем интересу детета и уз његову потпуну заштиту. Из тог разлога је неопходно ратификовати Конвенцију о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу и унапредити механизме заштите и сарадњу на међународном плану, како би се могућност злоупотреба деце путем међудржавних усвојења свела на минимум. Позитивни ефекти овог облика заштите деце претежу над негативним, под претпоставком активног учешћа државе у сузбијању уочених злоупотреба и спровођења оштре казнене политике за кривична дела из ове области.

Правни извори:

1. Европска конвенција о усвојењу (измењена), Савет Европе, Стразбур, 2008
2. Конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, Хаг, 1993.
3. Конвенција о правима детета, УН, 1989. године, *Сл. лист СФРЈ-Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 4/96 и 2/97.
4. Конвенција о усвојењу деце, Савет Европе, Стразбур, 1967.
5. Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, *Сл. Лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.
6. Кривични закон Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005.
7. Национална стратегија за превенцију и заштиту деце од насиља, бр: 560-5713/2008.
8. Обитељски закон Хрватске, *Народне новине*, бр. 116/03

⁴¹ *Туђа милост за нашу децу*, Глас јавности од 12.02.2003., <http://www.kradjabeba.org/200302.html>, 25.01.2012.

9. Породични закон Србије, *Сл гласник РС*, бр. 18/05.
10. Породични закон Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 1/07.
11. Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.
12. Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима, УН, 2000. године, *Сл.лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 22/2002.
13. Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, УН, 2000. године, *Сл. лист СЦГ- Међународни уговори*, бр. 22/2002.

Литература:

1. *Child adoption: Trends and policies*, United Nations Department of Economic and Social Affairs/Population division, New York, 2009.
http://www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf, 25.01.2012.
2. D. Smolin, „Intercountry adopting as child trafficking“, *Valparaiso University Law Review*, br. 2/2004.
3. D. Smolin, „Two Faces of Intercountry Adoption – The significance of the Indian Adoption Scandal“, *Seton Hall Law Review*, Vol. 35, 2/2005., 403-493.
4. Femmie Juffer and Marinus van IJzendoorn , „Adoptees Do Not Lack Self-Esteem: A Meta-Analysis of Studies on Self-Esteem of Transracial, International, and Domestic Adoptees“, *Psychological Bulletin*, Vol. 133, No. 6/2007., str. 1067-1083.
5. Groza Victor, *Successful Adoptive Families*, Westport: Greenwood Press, 1996.
6. http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_international_adoption_scandals, 25.01.2012.
7. Evan B. Donaldson Adoption Institute, <http://www.adoptioninstitute.org/publications/policybriefs.html>, 25.01.2012.
8. http://www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf, 25.01.2012.
9. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/insight8e.pdf>, 25.01.2012.

10. *Lara Brenckle*, „Russian officials call for suspension of adoptions to U.S. parents after death of Dillsburg-area boy“, *The Patriot-News*, March 05, 2010, http://www.pennlive.com/midstate/index.ssf/2010/03/nathaniel_craver_is_15th_or_16.html, 25.01.2012.
11. Mark Lansky, „Child labour: How the challenge is being met“, *International Labour Review*, Vol. 136 (1997), No.2, <http://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/pers2-97.pdf>, 25.01.2012.
12. UNICEF International Child Development Centre, *Intercountry adoption*, <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4e.pdf>, 25.01.2012.
13. „War victims and respect for international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross*, No.310/96 <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmv3.htm>, 25.01.2012.
14. Ђуретић, Н., *Усвојење- теорија и законодавна пракса*, Аугуст Цесарац, Загреб, 1982.
15. Н. Вучковић-Шаховић, „Међународно усвојење и Србија“, *Правни записи*, бр. 1/2011.
16. Н. Вучковић – Шаховић, *Права детета и међународно право*, Југословенски центар за права детета, Београд, 2000.
17. Н. Шаркић, М. Николић, „Процесни положај центара за социјални рад“, *Систем породичноправне заштите у Србији – Зборник радова*, Глосаријум, Београд, 2009.
18. С. Мијалковић, „Кривично дело трговине децом ради усвојења“, *Правни живот*, бр. 9/2006.
19. *Туђа милост за нашу децу*, Глас јавности од 12.02.2003., преузето са <http://www.kradjabeba.org/200302.html>, 25.01.2012.

Ana Čović
Institute of Comparative Law
Belgrade

INTERCOUNTRY ADOPTION BETWEEN ACTS OF VIOLENCE AND ACTS OF LOVE

According to research carried out, adoption is the best form of protection of children without parental care, as opposed to foster care and custody, child protection and provides a permanent growing up in a family the middle. Selection of adoptive parents is a complex task, since the enactment of the act on the process of adoption permanently changes the family status of the child. Inter-Country Adoption caused numerous controversies. Valid if a child changes their country of origin, and recent years have identified a number of abuses in the practice, which is one of reasons for the closure of the several States according to this form of adoption. On the other hand, for children who cannot find adoptive parents among local citizens, inter-country adoption represents the best option for disposal. At the international level, this area is governed by the Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in inter-country adoption. Our country has not yet ratified this Convention. For this reason, should answer the question, what are the arguments in favor of its ratification, as well, how children can be abused in the process of international adoptions and because that should we ignore the positive effects of this form of child care or not.

Keywords: *adoption, inter-country adoption, the Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in inter-country adoption, child trafficking.*

Prof. dr Ivanka Spasić,
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta »Privredna Akademija« N.Sad

Originalni naučni rad
UDK: 349.6(497.11)

MEHANIZAM ČISTOG RAZVOJA I PRAVNI OKVIR ZA REALIZACIJU CDM PROJEKATA U REPUBLICI SRBIJI¹

Imajući u vidu uočenu opasnost od globalnog zagrevanja, nastalog kao posledica prekomerne emisije gasova sa efektom »staklene bašte«, članice Međunarodne zajednice su preduzimale niz pravnih inicijativa u cilju umanjivanja štetnih emisija »ghg« gasova. Većina usvojenih tekstova, koncipiranih u različitoj pravnih formi, imala je, nažalost, prevashodno deklarativan karakter i nije uspostavila odgovarajuće mehanizme za sprovođenje konkretnih mera za smanjenje štetnih emisija.

U nizu preduzetih međunarodnih inicijativa izuzetno veliki značaj ima usvajanje Kyoto protokola i njegovih »fleksibilnih mehanizama«. Za zemlje u razvoju, u koje spada i Republika Srbija, najveći značaj ima »mehanizam čistog razvoja«, koji omogućava razvijenim zemljama da postiču uštede u emisijama učestvujući u projektima u zemljama u razvoju. Zemlje u razvoju na taj način dobijaju »čiste tehnologije« a razvijene zemlje dobijaju uštedu u emisijama (koja se izražava u specifičnim jedinicama uštede – CER ovima). CER –ovima, kao specifičnim jedinicama uštede, može se trgovati na »karbon tržištu«.

Da bi projekti »čistog razvoja« (CDM) mogli da se realizuju u određenoj zemlji, potrebno je, u skladu sa odredbama Kyoto protokola, da budu ispunjeni određeni uslovi. Republika Srbija je koncipirala i usvojila pravni okvir za (moguću) realizaciju CDM projekata.

U tekstu se analiziraju specifičnosti »mehanizma čistog razvoja«, zahtevi koje Kyoto protokol postavlja u vezi sa realizacijom CDM projekata, kao i pravni okvir za realizaciju ovih projekata koji je izgradila Republika Srbija i njegova svrsishodnost i adekvatnost.

Ključne reči: mehanizam čistog razvoja (CDM); Kyoto protokol; DNA telo; kriterijumi održivog razvoja, indikatori;

¹ Ovaj članak je rezultat rada na Projektu „Pravno-institucionalni odgovor RS na potrebu izgradnje održivog sistema sprečavanja i kontrole zagađivanja medija životne sredine u kontekstu pridruživanja EU“, Pravnog fakulteta Univerziteta „Privredna Akademija u Novom Sadu; ev. br. 179072, koji je finansiran od strane Ministarstva obrazovanja i nauke Republike Srbije.

KLIMATSKE PROMENE, GLOBALNO ZAGREVANJE I MEHANIZMI ZA NJIHOVU KONTROLU - UVODNE NAPOMENE

Posmatranja i analize klimatskih promena na Zemlji, u poslednjim decenijama, ukazuju na konstantni rast temperature; ovo globalno zagrevanje izazvano je prvenstveno emisijom gasova koji izazivaju tzv. »efekat staklene bašte« (»ghg« gasovi). Imajući u vidu izuzetno veliku opasnosti koju u sebi krije dalji razvoj ovakvog klimatskog trenda, članice Međunarodne zajednice su uočile interventnu potrebu smanjivanja emisije gasova sa efektom »staklene bašte« i preduzele niz različitih pravnih inicijativa koje su imale za cilj njihovo umanjjenje.

Načelni konsenzus o potrebama umanjivanja emisija rezultirao je usvajanjem određenih međunarodnih pravnih akata koji imaju nesumnjiv značaj; međutim, mali broj ovih akata je, pored načelnih odredaba, konstituisao i pravne mehanizme putem kojih se konkretno obezbeđuje smanjenje štetnih emisija. Moglo bi se reći da su bolji efekti postignuti na početku inicijative, da bi kasnije uspeh često izostajao zbog nerazumevanja zemalja članica (uglavnom iz redova razvijenih zemalja koje su i najveći zagađivači).

Međunarodni akti, koji su sukcesivno usvajani kao rezultat napora međunarodne zajednice da reši problem globalnog otopljanja i prekomernog emitovanja gasova sa efektima »staklene bašte«, imali su različit karakter i domete i realizovani su u različitim formama. Početak međunarodne inicijative obeležilo je formiranje Panela za klimatske promene, specifične naučnoistraživačke organizacije koja je imala zadatak da prikuplja podatke i sprovodi analizu. Na osnovu izveštaja ove organizacije o klimatskim promenama i njenih zaključaka o neophodnosti globalnog rešavanja pitanja zagađenja, na Konferenciji UN o životnoj sredini u Rio de Žaneiru, usvojena je Okvirna konvencija o klimatskim promenama². Konvencija je sadržala prevashodno načelne odredbe (načelni karakter odredaba mogao se naslutiti već i iz samog naziva akta). Najveći domet ovog akta predstavljalo je utvrđivanje obaveza država ugovornica da (do 2000.te god.) smanje emisije »ghg« gasova (na nivo iz 1990.te god.). Pored ove »glavne« obaveze veliki značaj je imalo načelno utvrđivanje obaveza razvijenih zemalja da obezbede pogodne izvore finansiranja za zemlje u razvoju, kao i da omoguće uspešnije metode transfera tehnologija čija će upotreba smanjiti emisiju štetnih gasova.

Doprinos Konvencije predstavljalo je i utvrđivanje zajedničke odgovornosti zemalja ugovornica kao i diferenciranje te odgovornosti u zavisnosti od razvijenosti (tih zemalja); bilo je sasvim logično da razvijene zemlje ponesu veći teret odgovornosti budući da su one uglavnom veći

² United Nation Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), usvojena 1992. god.

zagađivači³. Kako bi se načela usvojena Okvirnom konvencijom mogla sprovesti oformljeni su odgovarajući organi (Konferencija strana i Pomoćni savetodavni organ za naučna i tehnološka pitanja)⁴.

Pored Okvirne Konvencije izuzetno veliki (moglo bi se reći ključni) značaj imalo je i usvajanje Kyoto protokola⁵, instrumenta koji je razradio principe i načela usvojene Konvencijom.

Integralni tekst Kyoto protokola sa aneksima usvojen je na Konferenciji UN o klimi, održanoj u Kyoto-u (Japan) 1997. god. Ovaj Protokol imao je za cilj ograničavanje emisija gasova sa efektima »staklene bašte«⁶ i obezbeđivanje mehanizama za ostvarenje ciljnih emisija država članica Aneksa I (razvijene zemlje koje su uglavnom i najveći emiteri zagađujućih gasova). Odluke iz Kyoto protokola dodatno su razrađene na potonjoj Konferenciji o klimi u Bonu 2001. god.⁷.

Odluke i mehanizmi usvojeni Kyoto protokolom bili su neophodni da bi se mogli realizovati postavljeni ciljevi u vezi sa smanjenjem ukupne emisije »ghg« gasova⁸.

Tehnološki razvijene zemlje (najveći emiteri gasova sa efektima »staklene bašte«) su, u skladu sa odredbama Kyoto protokola, u obavezi da smanje emisije štetnih gasova, ali, pri tome, mogu da daju i svoj doprinos napretku zemalja u razvoju učestvujući u razvojnim projektima koji koriste tzv »čiste« tehnologije a odvijaju se u ovim zemljama. Učestvujući u razvojnim projektima »čistih tehnologija« u zemljama u razvoju, razvijene zemlje mogu da obezbede za sebe »uštedu« u jedinicama »smanjenja emisija« kojima zatim mogu trgovati na »karbon tržištu«.

³ Države ugovornice su „svrstane“ u tri kategorije sa različitim obavezama za svaku kategoriju; u prvoj su razvijene zemlje (Anex I zemlje), u drugoj su razvijene zemlje članice OECD-a (Anex II) i u trećoj su zemlje u razvoju; opširnije v. A. Čavoški, *Odgovor Međunarodne zajednice na klimatske promene*, *Strani pravni život*, 2012, br. 1, str. 184.

⁴ V. A. Čavoški, op. cit. str. 184-185.

⁵ Obaveze konstituisane Kyoto protokolom važe do kraja 2012. god.

⁶ U Aneksu A Protokola predviđeni su gasovi koji izazivaju „efekat staklene bašte“, to su: Ugljendioksid (CO₂); Metan (CH₄); Azotsuboksid (N₂O); Vodonikfluorugljovodonici (HFCs); Perfluorugljovodonici (PFCs); Sumporheksafluorid (SF₆). U Aneksu A Protokola navedeni su i sektori izvora emisije gasova sa „efektom staklene bašte“; to su oblasti energetike, industrijski procesi, fugalne emisije iz goriva, upotreba rastvarača, poljoprivreda i otpad.

⁷ Na Bonskoj konferenciji postignut je sporazum o smanjenju emisije »ghg« za 5,2% (u odnosu na 1990 godinu, koja se uzima kao referentna) u periodu od 2008-2012.

⁸ Najštetniju posledicu delovanja „ghg“ gasova predstavlja globalno zagrevanje (prosečni porast temperature za 1,5- 4,5 na 100-150 godina) kao i „sekundarne“ posledice ove pojave kakve su topljenje polarnog leda, porast nivoa mora i isparavanja mora.

Koncept tehnološki »čistih« razvojnih projekata (CDM), koji se realizuju u zemljama u razviju, je jedan od tri moguća »fleksibilna« mehanizma za smanjivanje emisije gasova (što je glavna obaveza utvrđena Kyoto protokolom). Osim primarnog zadatka smanjenja emisija gasova sa efektom »staklene bašte« za zemlje kojima je to obaveza (Aneks I zemlje), ovaj mehanizam doprinosi i »uštedi« svojevrsnih jedinica (mere uštede emisije gasova⁹), kojima se može trgovati.

Pored Mehanizma čistog razvoja postoje još Mehanizam zajedničke primene (JI) i Mehanizam međunarodne trgovine emisijama (IET). Mehanizam zajedničke primene omogućava smanjenje emisije prilikom investiranja u razvojne projekte u drugim razvijenim zemljama; ovde se zapravo radi o svojevrsnom prenošenju odgovarajućih iznosa »jedinica smanjenja emisije« (ERU) između (razvijenih) država. Ovakav sistem dozvoljava ovim državama upotrebu tzv. »karbon kredita« za ispunjavanje obaveza u skladu sa Kyoto protokolom. Mehanizam trgovine emisijama daje mogućnost državama iz Aneksa B Protokola da trguju emisijama gasova, ove države mogu (u skladu sa određenim »pravilima«) da prenose deo svoje »dodeljene emisije«. Kod realizacije ovog »fleksibilnog« mehanizma strane ugovornice su u obavezi da definišu principe i pravila koji se tiču verifikacije i obračuna jedinica kao i sistema obaveštavanja (sve u funkciji realizacije trgovine jedinicama uštede).

Bez obzira na pozitivne koncepte zaštite i efekte dejstva, usvajanje Kyoto protokola je izazvalo negativne reakcije nekih od najrazvijenih zemalja koje nisu potpisale Protokol; umesto da smanje ove zemlje su čak i povećale emisiju gasova¹⁰.

Značaj Kyoto protokola je prilično umanjen posle samita u Durbanu (na kome je Kanada, takođe veliki zagađivač, istupila iz Protokola). Slabljenju dejstva Protokola dosta je doprinela i činjenica da su obaveze u njemu ograničene na određen vremenski period. Bez obzira na spomenute neželjene efekte Kyoto protokol i njegovi mehanizmi su izuzetno značajni jer su prvi konstituisali bar minimum određenih kriterijuma i standarda u ovoj oblasti. Bilo bi potrebno da se za naredni period (posle 2012.te god.) donese neki novi međunarodni akt koji bi nastavio konkretnije da razvija koncepte i praksu smanjivanja emisija. Dokumenti koji su donošeni posle Kyoto protokola (a koji su rezultat većeg broja međunarodnih skupova¹¹) imaju više deklaratoran karakter i nisu konkretnije doprineli napretku prakse smanjivanja emisija. Ono

⁹ Ove jedinice su tzv "certifikovana smanjenja emisija« (CER).

¹⁰ To se prvenstveno odnosi na SAD, jednog od najvećih zagađivača; negativni američki primer sledile su i neke druge razvijene zemlje, koje su, po količini nedozvoljene »ghg« emisije, prevazišle Sjedinjene Države; prema dostupnim podacima u poslednjoj deceniji SAD su povećale svoje emisije za 12% a Kanada ih je uvećala za čak 20%.

¹¹ Samiti na Baliju i Durbanu, sporazumi iz Kopenhagena i Kankuna

što karakteriše ove dokumente je odsustvo konkretnih zadataka za zemlje članice u pogledu smanjivanja emisija kao i konkretnih mehanizama koji bi se koristili pri realizaciji ovih zadataka. U tom smislu Kyoto protokol, uprkos njegovim postojećim nedostacima, ima znatno veći značaj.

Budući da je Kyoto protokol predvideo izvršavanje obaveza na ograničeni rok (do 2012) usledile su, kako je već rečeno i druge inicijative. Na Baliu je, 2007 god. usvojen specifičan dokument - Akcioni plan, koji sadrži postavljene ciljeve i predstavlja osnov za dalje aktivnosti. Bez obzira na isticanje nekih značajnih pitanja (kakvo je recimo očuvanje šuma i pošumljavanje kao i njihova veza sa klimatskim promenama) dometi ovog samita nisu niukoliko dostigli one postignute Kyoto protokolom. Dalje inicijative dale su još manje konkretnih rezultata (sporazumi iz Kopenhagena i Kankuna¹², kao i samit u Durbanu). Jednini konkretni rezultat samita u Durbanu je postizanje dogovora o izradi novog sporazuma zemalja ugovornica do 2015.te god. Ovim budućim sporazumom trebalo bi da budu propisane obaveze za razvijene kao i za zemlje u razvoju (što je novina u odnosu na Kyoto protokol). Ovakvo (buduće) rešenje ima smisla i značaja budući da neke zemlje u razvoju predstavljaju takođe velike zagađivače (Kina, Indija). Ipak, imajući u vidu da su to samo dogovori o tome šta će se raditi u budućnosti značaj ovog dokumenta ne može parirati Kyoto protokolu.

Republika Srbija, koja spada u kategoriju zemalja u razvoju, ima prioritetan interes da se uključi u što više projekata »čistog razvoja« (CDM projekti, koncipirani kao mehanizmi realizacije Kyoto protokola) i tako iskoristi prednosti koje ovim zemljama pruža Kyoto protokol. Uključivanje u mehanizme čistog razvoja podrazumeva pristup stranim investitorima iz razvijenih zemalja koji bi u Srbiji realizovali projekte koji spadaju u kategoriju »zelenih« odnosno »čistih« tehnologija; na taj način Srbija bi dobila izgrađene objekte i razvijene čiste tehnologije koje su joj neophodne (pri čemu bi strani investitori, koji bi realizovali te projekte, dobili određen broj jedinica uštede emisija štetnih zračenja - CER-ova). Da bi se ovi projekti mogli realizovati potrebno je da postoji odgovarajući pravni okvir, odnosno bar minimum pravila (usklađenih za zahtevima Kyoto protokola u vezi sa realizacijom CDM projekata, kao i sa načelima domaćeg pravnog sistema).

Srbija inače predstavlja (za svoje »mogućnosti«) prilično velikog zagađivača (u Evropskim razmerama)¹³. Da su svi energetske potencijali

¹² Najznačajniji domet skupa u Kankunu predstavlja formiranje specifičnog „Zelenog fonda“ čija je osnovna namena da finansira rad na sprečavanju promena klime. Iz ovog fonda ce se finansirati tzv. „zeleni“ projekti u zemljama u razvoju.

¹³ Od 36 zemalja zagađivača u Evropi, Srbija je na 5-om mestu (što je veoma visoko mesto imajući u vidu krajnje restriktivno funkcionisanje privrede i energetike) . U Srbiji se godišnje

iskorišćeni i da privreda funkcioniše punim kapacitetom zagađenost (sa ovakvim tehnologijama i konceptima zaštite okoline) bi bila još znatno veća. Stoga je u Republici Srbiji potrebna promena energetske politike u smislu veće efikasnosti, zatim bolja organizacija saobraćaja i naročito primena novih tehnologija. Da bi se ovi zadaci mogli realizovati i da bi se mogle koristiti prednosti mehanizma „čistog razvoja“ iz Kyoto protokola, potrebno je uspostavljanje određenog pravnog okvira, odnosno uređenje određenih prethodnih pitanja.

IMPLEMENTACIJA KYOTO PROTOKOLA – »FLEKSIBILNI« MEHANIZMI

Kyoto protokol je usvojen 1997. god. na trećoj Konferenciji članica Okvirne konvencije UN o promeni klime, a stupio je na snagu februara 2005. god. Ovaj značajni dokument predstavljao je svojevrsan odgovor međunarodne zajednice na povećanu opasnost od globalne promene klime. Protokol je potpisao veliki broj država (oko 170), nažalost, neke od (naj)razvijenih zemalja, uglavnom i najvećih zagađivača, odbile su da ga potpišu.

Kyoto protokol je veoma značajan iz više razloga, on je doveo ne samo do načelnih dogovora o potrebi smanjivanja emisija “ghg” gasova već i do utvrđivanja konkretnih obaveza u vezi sa smanjivanjem emisija za određene kategorije zemalja. Osim toga, Protokol je uspostavio i precizne mehanizme implementacije utvrđenih zadataka, što je možda i njegov najveći domet.

Kyoto protokol je predvideo tri “fleksibilna” mehanizma implementacije, to su mehanizam međunarodne trgovine emisijama (IET), mehanizam zajedničke primene (JI) i mehanizam “čistog razvoja” (CDM).

U skladu sa odredbama Kyoto protokola države članice su podeljene u dve glavne grupe: industrijski razvijene zemlje (Aneks I zemlje), koje su dobile konkretnu obavezu smanjenja emisije gasova sa “efektom staklene bašte” do 2012 god. i zemlje u razvoju (ne-Aneks I zemlje). U cilju realizacije glavnog zadatka (odnosno smanjenja emisije gasova) Aneks I zemlje imaju obavezu koncipiranja i usvajanja planova akcija i mera za smanjenje emisije kao i obezbeđivanje finansijskih sredstava i transfera tehnologija u zemlje u razvoju¹⁴. Kao što je već istaknuto Kyoto protokol je razradio vremenske

emituje 6,2 tone CO₂ po stanovniku (što je 2,5 puta više od drugih zemalja sa istim dohotkom). Podaci su objavljeni u listu „24 časa“, od 3. aprila 2012. god.

¹⁴ Opširnije v. D. Vukotić, Opšti uslovi i vremenski okvir Kyoto mehanizma; portal „Životna sredina ka Evropi“, internet site http://sewa.sewa-weather.com/ambassadors/new_site/srp/images/stories/Papers/07-02.pdf; str. 207.

okvire za primenu ustanovljenih mehanizama, dozvoljene emisije, “pokazatelje uštede” (jedinice “karbon kredita”), verifikacione entitete (procenitelje), kazneni sistem itd.

1) Mehanizam međunarodne trgovine emisijama (IET) omogućava zemljama članicama Anexa I (razvijene zemlje glavni emiteri gasova sa efektom “staklene bašte”) trgovinu sa “dodeljenim emisijama”; zemlje članice koje, u skladu sa Protokolom, imaju ciljne emisije mogu da kupuju i prodaju svoje “karbon kredite” od drugih država članica na specifičnom “karbon tržištu”. Da države ne bi rasprodale suviše svojih emisioh prava predviđene su i određene rezerve¹⁵. Kyoto protokol je uveo i kazneni sistem¹⁶ za članice koje ne ispunjavaju obavezu smanjenja emisije.

2) Mehanizam zajedničke primene (JI) je definisan u čl. 6 Kyoto protokola. Ovaj mehanizam i njegova primena bili su povezani sa vremenom započinjanja odgovarajućih projekata; projekti započeti posle prvog januara 2000.god. mogu se tretirati kao projekti “zajedničke primene” (JI), ali jedinice umanjene emisije (ERU) se mogu izdavati samo za (smanjene) emisije nastale posle prvog januara 2008. god. Za primenu i sprovođenje ovog mehanizma je predviđeno odgovarajuće telo – Komitet za superviziju (sprovođenja). Ovaj Komitet je dobio zadatak da akredituje nezavisna tela koja bi vršila procenu i verifikaciju projekata u skladu sa mehanizmom zajedničke primene.

Mehanizmom zajedničke primene je predviđeno postojanje dve varijante JI projekata (“dupli kolosek”¹⁷); kod prve varijante zemlja-članica domaćin projekta mora da ispuni sve uslove podobnosti povezane sa statusom u Aneksima I i B Protokola, njen dodeljeni iznos emisije mora biti izračunat i evidentiran, zemlja mora imati nacionalni registar i nacionalni sistem za procenjivanje emisija. Pored toga, potrebno je da je zemlja podnela godišnji izveštaj o emisiji “ghg” gasova i dala dodatne informacije o dodeljenom iznosu. Drugu varijantu JI projekata čine projekti u zemljama domaćinima koje ispunjavaju prva tri od navedenih uslova. Kod prve varijante zemlja članica domaćin projekta može vršiti procenu i verifikaciju smanjene emisije primenjujući sopstvene procedure i pri tome samostalno izdavati ERU (bez potrebe obraćanja Komitetu). Kod druge varijante projekata (“drugi kolosek”) primenjuje se procedura koju odredi Komitet za superviziju; smanjenje emisija

¹⁵ Rezerve nisu smele pasti ispod 90% ciljne emisije; u slučaju da je rezerva bila suviše niska državi nije bilo dozvoljeno da prodaje svoje emisije.

¹⁶ Kazneni sistem je formulisan Banskim sporazumom, predviđeno je da države koje ne ispune svoju obavezu uštede emisije moraju, u sledećem periodu, nadoknaditi manjak „karbon kredita“ uvećan za 30% a predviđena je i suspenzija podobnosti za trgovinu emisioh kreditima. Oko zakonske obaveznosti sankcija bilo je neusaglašenosti u stavovima.

¹⁷Opširnije v. D. Vukotić, op. cit. str. 209 i dalje, dostupno na internet site http://sewa.sewa-weather.com/ambassadors/new_site/srp/images/stories/Papers/07-02.pdf;

iz ovakvih projekata mora proći procenu i verifikaciju (sertifikaciju) koju vrši nezavisno telo (izabrano od strane Komiteta).

3) Mehanizam čistog razvoja (CDM) uspostavljen je čl. 12 Kyoto protokola. Mehanizam čistog razvoja omogućava uštedu “certifikovanih smanjenja emisija” (CER), ostvarenih u periodu od prvog januara 2000. god, do kraja 2012 god. “Certifikovana smanjenja emisija” (CER-ove) mogu steći razvijene zemlje (Aneks I zemlje) ukoliko ulažu u razvojne projekte “čistih” tehnologija u zemljama u razvoju. Za sprovođenje “mehanizma čistog razvoja” i ostvarivanje ušteda u emisijama nadležan je Izvršni odbor; u kontekstu njegove nadležnosti utvrđene su i procedure za akreditaciju operativnih tela kao i model CDM projekta (*Project Design Document- PDD*) koji strane u projektu (investitor odnosno izvođač iz razvijene zemlje i zemlja u razvoju - domaćin) moraju koristiti da bi im CDM projekat bio odobren. Izabrano operativno telo vrši procenu CDM projekata a Izvršni odbor vrši registraciju odobrenih projekata; utvrđeni projektni periodi mogu biti na 7 ili 10 godina (uz mogućnost obnavljanja najviše dva puta¹⁸; drugo izabrano operativno telo vrši certifikaciju smanjenja emisije. U skladu sa predviđenim postupkom izveštaji o certifikovanju se šalju Izvršnom odboru koji izdaje certifikovane jedinice “uštede” (CER-ove).

MEHANIZAM ČISTOG RAZVOJA, CDM PROJEKTI, JEDINICE UŠTEDE (CER) I KORIŠĆENJE CERSPA UGOVORA

Odredbama Kyoto protokola je predviđeno da se “mehanizmi čistog razvoja”(CDM) može realizovati u zemljama u razvoju (ne-Aneks I zemlje). Zemlje sa ove liste mogu biti korisnici CDM projekata; izvođači ovih projekata su subjekti (pravna i eventualno fizička lica) iz razvijenih zemalja (zemalje sa Aneks I liste). Realizacijom projekata “čistog razvoja” njihovi izvođači mogu da ostvare uštede u emisijama štetnih gasova; ove uštede se utvrđuju i certifikuju od strane nadležnih tela (kao “jedinice uštede”) i mogu se prodavati na specifičnom tržištu¹⁹. Pravni instrumenti putem kojih se, u praksi, realizuje kupovina i prodaja ovih “certifikovanih” jedinica uštede su ugovori.

CERSPA Model ugovor, zajedno sa Vodičem (*Guidance Document*), predstavlja osnovni pravni izvor odnosno uputstvo (model) za ugovorne strane

¹⁸ Opširnije o rokovima kao i sadržini plana CDM projekta videti kod D Vukotić, citirani rad sa saita [http://sewa.sewa-weather.com/...](http://sewa.sewa-weather.com/) str. 210

¹⁹ tzv “karbon tržište” (*carbon market*)

o zaključivanju, ugovornim odredbama, izvršenju ugovora, ugovornoj odgovornosti itd²⁰.

Kyoto protokol je predvideo da projekti “čistog razvoja” (CDM), u okviru kojih se mogu ostvarivati certifikovane jedinice smanjenja emisija, mogu biti iz različitih oblasti privrede (snabdevanje energijom, transport, rukovanje otpadom, pošumljavanje²¹ itd.).

Da bi zemlja u razvoju mogla da se kvalifikuje za zemlju domaćina CDM projekata mora ispuniti određene uslove; prvenstveno mora ratifikovati Kyoto protokol i uspostaviti nacionalno telo za procenu održivog razvoja i donošenje odluka o participiranju u projektima. Za male projekte je predviđena pojednostavljena procedura.

Kyoto protokol je uspostavio “certifikovano smanjenje emisije” (CER) kao predmet kupovine (prodaje) u raznim modalitetima “karbon” ugovora. CER-ovi su specifične jedinice smanjenja emisije gasova, generisane i registrovane od izabranih nadležnih tela. Certifikovana smanjenja emisije gasova (skraćeno CER) se izražavaju u ekvivalentnim jedinicama ugljen dioksida (CO₂). Jedan CER je izjednačen sa jednom ekvivalentnom tonom ugljen dioksida (CO₂)²².

Moglo bi se reći da je, sa tačke gledišta međunarodnog prava, CER definisan kao obračunska jedinica koja predstavlja smanjenje “ghg” gasova u iznosu od jedne ekvivalentne tone CO₂, generisane u skladu sa postupcima i pravilima CDM projekta i izdate od strane elektronskog administratora²³. Da bi se mogli generisati CER-ovi potrebno je najpre odobrenje nadležnog nacionalnog organa (DNA). Ovakva odobrenja mogu biti izdata isključivo posle pribavljene odluke međunarodnog tela (CDM EB). Svi CER-ovi imaju svoj jedinstveni registracioni broj. Kada se izdaju u skladu sa pomenutim pravilima CER-ovi mogu biti predmet trgovine (mogu biti u prometu).

CER-ovi se izdaju (isključivo) u elektronskoj formi i evidentirani su na specijalnom računaru koji vodi Administrator. Administratori projekata vode račune u ime vlasnika CER-ova. Inače, pored CER-ova (koji nastaju na osnovu

²⁰ CERSPA ugovori nisu adhezioni ugovori kojima ugovorne strane treba samo da pristupe već su oni, u pravom smislu reči, “model” ugovori koji služi strankama za ugled kako da generišu svoj ugovorni odnos, kojih principa se moraju pridržavati, šta se obavezno mora detaljno urediti, kao i način (ili načini) kako se to čini. O CERSPA ugovorima detaljnije kod I. Spasić, Model ugovori o kupovini i prodaji “certifikovanih smanjenja emisija” (CERSPA), *Strani pravni život*, 2012, br. 1, str. 204-206.

²¹ Opširnije na sajt-u www.kongeneracija.rs/kyoto.html

²² Opširnije v. S. Bogdanović, Primena Kyoto Protokola: Pravno regulisanje certifikovanih smanjenja emisija ugljendioksida, *Pravni život*, 2011, br. 9, str. 518

²³ V. S. Bogdanović, op. cit. str. 521.

CDM projekata) postoje i druge generisane jedinice (ERU, IET) koje nastaju na osnovu drugih mehanizama Kyoto protokola, kao i druge jedinice emisije (EU, ETS) koje nastaju u vezi sa aplikacijom različitih šema trgovine emisijama²⁴.

Pošto su, sa stanovišta međunarodnog prava, CER-ovi, kako je već rečeno, definisani kao obračunska jedinica bilo je potrebno da ih i (zainteresovani) nacionalni pravni sistemi nekako definišu i odrede kako bi se CDM projekti mogli uspešno realizovati i na osnovu njih izdavati CER-ovi. Ovo pitanje se postavilo, u izvesnom smislu, kao prethodno, a potom je trebalo stvoriti konkretni pravni okvir i potrebe organe za realizaciju CDM projekata.

Utvrđivanje (pravne) prirode CER-ova u širem smislu nije samo pravno-teorijski konstrukt već ima i vrlo velike reperkusije na mogućnost primene CDM projekata u nekoj zemlji. Otsustvo pravnog okvira, neodređenost prirode jedinica kao i veći broj drugih nerešenih pravnih pitanja u vezi sa CDM projektima i njihovom realizacijom stvaraju pravnu nesigurnost i odbijaju potencijalne investitore. Pitanja čije rešavanje se pojavljuje kao bitno za uspešnost privlačenja CDM projekata su, između ostalih, pitanje svojinskih prava, garantovanje određenih prava, poreski režim, utvrđivanje pravne prirode CER-ova (u užem smislu) itd.

Kada se govori o svojinskim aspektima CDM projekata oni uglavnom nisu uređeni a njihovo uređivanje predstavlja vrlo značajno pitanje kada se radi o investicionim projektima²⁵. U poređnom analizom dolazi se do zaključka da, u vezi sa svojinskopravnim aspektima projekata, ne postoji ujednačena praksa, ovo pitanje se češće rešava kao političko a ne kao pravno²⁶.

Kada se govori o pravnoj prirodi CER-ova u užem smislu ne postoji saglasnost u teoriji niti pozitivnom pravu oko ovog pitanja; neki teoretičari i praktičari, koji se bave problematikom primene Kyoto protokola, smatraju ih robom široke potrošnje (zbog njihove specifične prirode ovakvo stanovište je dosta teško braniti); neki ih smatraju vrstom netelesnih stvari (netelesnost ovih jedinica je očigledna i nesporna, ali to ne znači da je time i dat odgovor na pitanje o njihovoj specifičnoj prirodi). Pored shvatanja o CER-ovima kao o robi postoji i koncept koji ih tretira kao usluge (imajući u vidu suštinu i karakter

²⁴ Recimo šema trgovine emisijama UK (UK ETS), Novog Zelanda (NZ ETS), Regionalna inicijativa GHG, Zapadna klimatska inicijativa itd. u okviru kojih se koriste različite trgovinske jedinice (koje, pri tome, ne moraju uvek biti kompatibilne); opširnije v. S. Bogdanović, op. cit. str. 522.

²⁵ Recimo, u Meksiku vrlo značajnim se smatra pitanje eksproprijacije (potpune i fer naknade za zemljište i imovinu eksproprijisanu za potrebe CDM projekata, v. kod S. Bogdanović, op. cit. str. 522.

²⁶ Opširnije o svojinskopravnim aspektima i načinima njihovog tretiranja u kontekstu suvereniteta država videti kod S. Bogdanović, op. cit. str. 523.

usluga ovo gledište je dosta dubiozno). Postoje shvatanja o “jedinicama uštede” kao svojevrsnom obezbeđenju (securities). Jedan broj učesnika i realizatora mehanizama čistog razvoja smatra ih vrstom dozvole (osnovi za ovakvo stanovište takođe postoje)²⁷. Neki sistemi tretiraju CER ove i kao hartije od vrednosti (nije sporno da ove jedinice imaju određene karakteristike slične hartijama od vrednosti, date su u elektronskoj formi, sadrže određenu vrednost, njima se može trgovati na tržištu, ipak postavlja se pitanje da li je to i dovoljno da im se pridaju “ona” svojstva koja definišu hartije od vrednosti). Nesumnjivo je su CER-ovi vrlo specifična roba (kojom se može trgovati na “karbon tržištu”); za generisanje i korišćenje ovih jedinica potrebna određena “dozvola” nadležnih nacionalnih organa, konstituisanih u skladu sa odredbama Kyoto protokola. Samo nekoliko retkih nacionalnih propisa sadrže izričite definicije jedinica “karbon kredita”. Pojedini pravni sistemi variraju pravnu prirodu “CER”-ova u zavisnosti od konteksta pitanja u kome se pojavljuju, pa se (iste jedinice) različito tretiraju u smislu poreskih, računovodstvenih, finansijskih ili ugovornih propisa.

UGOVORI O (KUPO)PRODAJI “JEDINICA UŠTEDE” (CERSPA, ERPA)

Jedinice uštede, koje se realizuju u skladu sa nekim od “fleksibilnih” mehanizama Kyoto protokola (CDM, JI, itd.) mogu se kupovati i prodavati na “karbon tržištu”. Kod kupovine odnosno prodaje koriste se odgovarajući ugovori kao instrumenti putem kojih se ekonomska transakcija pravno realizuje. Bez obzira kako se pravno shvate jedinice uštede emisija “ghg” gasova (kao roba, hartija od vrednosti, usluga ili nekako drugačije) trgovina ovim jedinicama se realizuje putem kupoprodajnog ugovora; na to nesumnjivo ukazuju i CERSPA ugovori kao model ugovori o kupovini i prodaji emisija.

CERSPA ugovor o prodaji (i kupovini) “certifikovanih smanjenja emisija” je ugovor između prodavca i kupca specifičnih “jedinica uštede” koncipiranih u skladu sa “mehanizmom čistog razvoja” Kao prodavci CER-ova mogu se pojaviti učesnici CDM projekata a kao kupci pojavljuju se kompanije ili države kojima su potrebne jedinice uštede emisija radi ispunjenja obaveza vezanih za limite emisije gasova iz Kyoto protokola. Jedna ili obe strane u ugovoru mogu biti i trgovci koji deluju na “sekundarnom” karbon tržištu (preprodaja).

Ono što je bitno naglasiti za CERSPA ugovore to je da oni predstavljaju “model ugovor” a ne standardni formular za zaključenje ugovora. Model ugovori služe kao specifičan obrazac za stranke, svojevrsno uputstvo šta da

²⁷ V. R. O’Sullivan, „CERSPA: A new template agreement for the sale and purchase of Certified Emission Reductions (CERs)“, dostupno na site-u www.lawtext.com, p. 122.

stave u svoj ugovor i kako da ga sastave. ERPA ugovori međutim, predstavljaju prvenstveno standardizovane obrasce (“formulare”) za zaključivanje ugovora o (kupo)prodaji jedinica uštede (ERU). Korišćenjem standardizovanih formi ponuđena strana uglavnom pristupa ugovoru koji je sastavio predlagač, pri tome, imajući veoma malo mogućnosti da utiče na sadržinu i uslove ugovora. Čak i kada je mogućnost menjanja uslova datih u ugovoru nešto veća ERPA ugovori ne predstavljaju “model ugovor”. Ne poznavanje ugovorne tehnike kao i problematike prodaje jedinica uštede često su dovodile u praksi do sporova ili bar nedoumica o konkretnim obavezama i pravima ugovornih strana. Prednosti CERSPA model ugovora (koji se koriste u kontekstu CDM projekata) u odnosu na “obične”, standardne, ERPA ugovore je uočljiva.

Model ugovori CERSPA ali i ERPA ugovori (standardni formulari ugovora) sadrže veći broj uobičajenih odredaba o koncipiranju, svojini (nad), kao i transferu CER-ova, odnosno drugih jedinica (ERU-a).

KARAKTERISTIKE UGOVORA O PRODAJI “JEDINICA UŠTEDE EMISIJA”

Bitni elementi ugovora o prodaji su roba i cena; robom se smatraju stvari namenjene tržištu i podobne za tržište te stoga različite vrste stvari mogu ispunjavati ovaj uslov²⁸. Kada se govori o “certifikovanim smanjenjima emisije” oni su veoma “specifična” vrsta “robe” kojom se može trgovati (mogućnost trgovanja ovim jedinicama ne negiraju zagovornici bilo koga gledišta o prirodi ovih jedinica). I samo “karbon tržište”, na kome se trguje ovom “specifičnom robom”²⁹, takođe je vrlo specifično.

Kod realizacije prodajnog ugovora prodavac mora isporučiti robu kupcu³⁰, isporuka se mora obaviti u vreme, na način i u mestu utvrđenom ugovorom; što se tiče isporuke CER-ova, kao veoma specifične robe, može se (kao problematično) postaviti pitanje vremena i mesta isporuke. Način isporuke je pretežno utvđen specifičnošću ovakve “trgovine” i konceptom Kyoto mehanizama, ređe je izričito preciziran samim ugovorom. CERSPA model ugovori ostavljaju otvorenim pitanje vremena isporuke, većina ugovora utvrđuje godišnju isporuku, mada su mogući i kraći ili duži rokovi isporuke u skladu sa CDM projektnim pravilima. Što se tiče mesta isporuke, ono je nešto

²⁸ Opširnije v. Carić S., Vitez M., Veselinović J., Privredno pravo, Novi Sad, 2006, str. 177-179.

²⁹ O specifičnostima samih CER-ova, kao robe, kao i trgovine njima videti opširnije kod I. Spasić. op. cit. str. 204-208.

³⁰ Prodajom se prenosi pravo svojine; pored prenosa svojine potrebno je da se izvrši i prenos državine, ili kako se to definiše u privrednim poslovima – isporuka. Po izvršenoj isporuci kupac može raspolagati kupljenom robom, time je suština prodaje realizovana. O isporuci robe videti Carić S., Vitez M., Veselinović J., op.cit. str.180-183.

“apstraktnije” u slučaju isporuke CER-ova i zavisi od toga kako se “isporuka” definiše i da li je kupac evidentiran kao učesnik u projektu koji ima pravo komuniciranja sa Izvršnim odborom (ili ne). U CERSPA ugovorima isporuka je određena kao prispeće odnosno evidencija “certifikovanih smanjenja emisije” odnosno jedinica uštede (CER-ova) na registracionom računu koji ima kupac. U skladu sa ovim konceptom postavlja se pitanje isporuke, njenog mesta i modusa u situaciji kada kupac nema pomenuti registracioni (evidencioni) račun; kako se i kada (u tom slučaju) mogu preuzeti CER-ovi i izvršiti isporuka. U skladu sa odredbama *Guidance Document-a* (Uputstva), koji prati utvrđeni “mehanizam čistog razvoja”, predviđen je dodatni način izvršenja isporuke preko određenog agenta³¹.

Što se tiče cene ali i količine jedinica CER-ova, CERSPA ugovori predviđaju dva moguća načina utvrđivanja količine (fiksni i procentualni), kao i četiri metoda utvrđivanja jedinične cene za svaku jedinicu (CER); ti metodi su: fiksna cena (svake jedinice odnosno CER-a), prosta indeksirana cena, kombinacija proste i indeksirane cene i indeksirana cena koja ima utvrđenu donju i gornju granicu. Sve ove oblike predviđa i analizira Uputstvo (*Guidance Document*)³².

Ukoliko jedna ugovorna strana ne izvrši svoju ugovornu obavezu biće odgovorna za to neizvršenje i imaće obavezu da plati naknadu štete (za neizvršenje ili zakašnjenje u izvršenju ugovora³³). Budući da se radi o krivici kao osnovu odgovornosti, ugovorno pravo daje mogućnost odgovornoj strani da se oslobodi odgovornosti ukoliko dokaže postojanje značajnih razloga čije delovanje pravo priznaje kao osnov za oslobođenje od odgovornosti. Jedan od najbitnijih razloga koji eskulpiraju stranu koja nije izvršila svoju ugovornu obavezu je dejstvo više sile. Pored opštih svojstava više sile i uobičajenih uzroka njenog nastanka CERSPA model ugovori predviđaju i dodatne i “specifične” CDM rizike (za oslobađanje od odgovornosti) koji su van kontrole ugovornih strana (ovakvi rizici su specifični samo za ovaj tip ugovora i ne javljaju se kod ostalih “karbon” ugovora); predviđena su dva takva CDM rizika, jedan je povezan sa funkcionisanjem Izvršnog odbora CDM projekta a

³¹ Predviđena su dva različita metoda isporuke posredstvom agenta; videti R.O’Sullivan, op. cit. str. 123 (dostupno na site-u www.lawtext.com).

³² Najjednostavniji oblik utvrđivanja cene predstavlja određivanje fiksne cene. Indeksna cena jedinice se izračunava u odnosu prema tržišnoj vrednosti (stoga ova cena varira kod svake periodične uplate). Kombinovana cena se dobija “mešanjem” fiksne i indeksirane cene za svaku jedinicu. Utvrđivanje indeksirane minimalne i maksimalne cene svake jedinice štiti i prodavca i kupca od velikih promena cena (stoga se obično uzima u obzir kod dugoročnog projektnog planiranja). Opširnije o načinu utvrđivanja cena videti kod I. Spasić, op. cit. str. 206.

³³ O neizvršenju ugovora i naknadi štete v. V. Kapor, S. Carić, Ugovori robnog prometa, Novi Sad, 2007, str. 120.

drugi sa ne-funkcionisanjem (ili lošim funkcionisanjem) projekta koji dovodi do generisanja jedinica uštede (CER-ova)³⁴.

Što se tiče posledica neizvršenja ugovornih obaveza mnoga od opštih pravila ugovornog prava neće se moći primeniti na ove ugovore (imajući u vidu činjenicu da su predmet CERSPA ugovora “specifične robe”). Sa druge strane, specifičnost predmeta nametnuće neke specifičnosti u vezi sa izvršavanjem (odnosno neizvršavanjem) obaveza, kao i posledicama koje neizvršenje obaveza povlači. CERSPA model ugovori navode standardne štetne događaje koji u svakom slučaju povlače odgovornost bez obzira da li se javljaju na strani prodavca ili kupca. Reč je, pre svega, o materijalnim povredama ugovora, insolventnosti i stečaju kao i pogrešnom tumačenju ugovornih odredaba³⁵. Pored navedenih (zajedničkih osnova odgovornosti za obe ugovorne strane) odgovornost prodavca povlači neizvršenje obaveza u vezi sa isporukom (u vreme, na mestu i način kako je ugovoreno). Odgovornost kupca povlači neizvršenje obaveza u vezi sa plaćanjem. Imajući u vidu o kakvoj se “robi” radi postoje specifičnosti u odnosu na “klasične” i “standardne” robe koje se pojavljuju u uobičajenom poslovanju. Osim osnova odgovornosti koje predviđa, CERSPA model ugovor pravi i razliku između šteta prouzrokovanih “običnim” radnjama prodavca ili kupca, kao i šteta izazvanih namernim delovanjem ili grubom nepažnjom (tzv. “kvalifikovanih” šteta). Odgovornost za štetu i njene posledice znatno su strožije u slučajevima “kvalifikovanih” šteta³⁶.

Na ovom mestu su analizirane specifičnosti model ugovora (CERSPA); drugi ugovori o prodaji jedinica uštede sadrže uglavnom identične ili slične odredbe, ipak, ovi ostali ugovori predstavljaju uglavnom standardne obrasce (često adhezione) koji ne štite interese obe ugovorne strane već “služe” prvenstveno interesu strane koja ih je sastavila. Stoga su sporovi kod ovih ugovora u praksi znatno češći.

PRAVNI OKVIR I TELA ZA REALIZACIJU CDM PROJEKATA U REPUBLICI SRBIJI

Republika Srbija kao zemlja u tranziciji pogodna je za realizaciju projekata čistog razvoja; međutim, odmah se može postaviti pitanje da li postoje svi uslovi koje Kyoto protokol predvideo kao neophodne za njihovu realizaciju.

³⁴ V. I. Spasić, op. cit. str. 207-208.

³⁵ Opširnije videti kod R.O’Sullivan, op. cit. str. 124 (dostupno na site-u www.lawtext.com)

³⁶ O posledicama običnih i „kvalifikovanih” šteta videti I. Spasić, op. cit. str. 208.

U skladu sa odredbama Kyoto protokola zemlje koje pretenduju da se koriste benefitima CDM projekata moraju najpre ratifikovati Kyoto protokol i, kao ništa manje važno, uspostaviti nacionalno telo za procenu održivog razvoja i donošenje odluka o participiranju u projektima (Designated National Authority - DNA). Sastav i struktura nacionalnog DNA tela mogu biti određeni u skladu sa specifičnim uslovima i potrebama svake zemlje; detaljnim posmatranjem različitih nacionalnih modela (ovih tela) utvrđeno je da su ova tela oformljena ili kao nezavisne državne (vladine) strukture, ili uspostavljanjem među-ministarskih struktura, ili pak delagacijom DNA funkcija na eksterna tela³⁷.

Kada se predviđeni uslovi posmatraju u kontekstu primene u Republici Srbiji treba konstatovati da je Republika Srbija donela Zakon o potvrđivanju (ratifikaciji) Kyoto protokola³⁸ te prvi (pred)uslov za primenu mehanizma čistog razvoja evidentno ispunjava.

Što se tiče drugog uslova iz Kyoto protokola, odnosno uspostavljanja nacionalnog tela za procenu održivog razvoja i donošenje odluka o participiranju u projektima (čije je postojanje takođe uslov da bi se moglo konkurisati za CDM projekat), Srbija je donela određene propise i uspostavila referentno (nacionalno) telo za odobravanje i sprovođenje projekata u skladu sa Mehanizmom čistog razvoja (CDM projekti) predviđenim Kyoto protokolom. Moglo bi, eventualno, da se postavi pitanje da li su svi elementi sprovođenja ovog postupka, usvajanja propisa i formiranja tela bili u potpunosti adekvatni i dovoljni ili ne. Tokom 2008. god. Vlada Republike Srbije je usvojila nekoliko pravnih instrumenata u cilju formiranja nacionalnog tela za odobravanje i sprovođenje CDM projekata i uspostavljanje sistema u kome bi ovo telo moglo funkcionisati. U srpskoj pravnoj doktrini je povodom toga bilo izneto stanovište da, bez adekvatnog pravnog osnova odnosno bez propisa donetog i usvojenog u Skupštini, uspostavljena pravila (ipak) neće moći adekvatno da se primenjuju i funkcionišu³⁹.

Hronološki gledano Vlada Republike Srbije je, na svojoj Sednici, donela Zaključak⁴⁰, kojim se prihvata Informacija o potrebi sprovođenja projekata mehanizma čistog razvoja i utvrđivanja kriterijuma održivog razvoja. Ovaj

³⁷ Videti opširnije kod V. S.Bogdanović, A.Rossi, S. Nojković, Designated National Authority experiences in the Western Balkans: Republic of Serbia; u M. Montini, Developing CDM Projects in the Western Balkans-Legal and Technical Issues Compared Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2010, p. 6

³⁸ Zakon o potvrđivanju Kyoto protokola uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime, donet na Sednici Narodne Skupštine RS, 24. septembra, 2007 (*Sl. glasnik* R. Srbije, br. 88, 24 Septembar, 2007).

³⁹ V. S.Bogdanović, A.Rossi, S. Nojković, op. cit. p. 3

⁴⁰ Zaključak br.02-2099/2008 donet na Sednica održanoj 5 juna 2008. god.

Zaključak je prosleđen referentnim ministarstvima (Ekonomije i regionalnog razvoja; Infrastrukture; Poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede; Finansija; Rudarstva i energetike). U skladu sa Zaključkom Vlade ministri pomenutih ministarstava su zaključili Sporazum o osnivanju nacionalnog tela za sprovođenje projekata mehanizma čistog razvoja Kyoto protokola (skraćeno DNA), kao zajedničkog tela. Sporazum o osnivanju DNA je usvojen 30 jula 2008.god. Republika Srbija je, dakle, odabrala jedan od gore pominjanih modela konstituisanja ovog tela (uspostavljanje inter-ministarske strukture). Pre nego što se pređe na analizu zadataka nacionalnog tela (DNA) mogla bi se izraziti (eventualna) nedoumica u vezi sa relevantnošću osnova za formiranje ovog tela u Srbiji. Pravni osnov za formiranje ovog, veoma značajnog organa za CDM projekte, nalazi se u Sporazumu resornih ministara (gore navedenih resora). Pomenuti Sporazum donet je na osnovu Zaključka Vlade o potrebi formiranja ovakvog tela. Evidentno je da se ceo postupak oko formiranja Nacionalnog tela za sprovođenje CDM projekata odvijao (isključivo) u donemu izvršne vlasti i njenih nadležnosti. Moglo bi se postaviti pitanje da li je formiranje ovog tela moglo biti predviđeno nekim aktom zakonske snage.

Sporazumom resornih ministara su predviđeni i zadaci nacionalnog tela za sprovođenje CDM projekata. Osnovni zadatak ovog tela je da utvrdi uslove i procedure za podnošenje i odobravanje projekata uključujući i nacionalne kriterijume održivog razvoja. Pored ovog ključnog, zadatak ovog tela je da proverava usklađenost CDM projekata sa nacionalnim kriterijumima održivog razvoja (koje ovo telo i utvrđuje). DNA telo odobrava (odnosno odbija) predložene CDM projekte i to je, takođe, njegov izuzetno važan zadatak.

Radom nacionalnog DNA tela rukovodi Ministar za životnu sredinu. Ministri svih pomenutih resornih ministarstava obrazuju Stručnu grupu; po potrebi u Stručnu grupu mogu biti pozvani i predstavnici drugih institucija kao i eksperti pojedinci za određene oblasti. Funkciju Sekretarijata DNA (stručno-administrativne poslove) obavlja Ministarstvo za poslove životne sredine.

Na osnovu Zaključka Vlade i Sporazuma o osnivanju nacionalnog DNA tela Ministar životne sredine i prostornog planiranja je doneo Poslovnik⁴¹ o načinu rada, kriterijumima i rokovima za ocenu i odobravanje (potencijalnih) CDM projekata od strane uspostavljanog DNA tela. U prilogu Poslovnika nalaze se i Kriterijumi održivog razvoja i tabela nacionalnih CDM indikatora, zatim obrazac zahteva za izdavanje Pisma odobrenja, modeli Pisma podrške, Pisma odobrenja i Pisma odbijanja kao i formular za Notu o projektnoj ideji (PIN). Pored Poslovnika doneta je i Uredba⁴² koja preciznije definiše

⁴¹ Poslovnik je donet 21. XI 2008.

⁴² Uredba objavljena u "Sl. glasniku Republike Srbije". br. 44/2010

kriterijume i način odobravanja programa i projekata koji se realizuju u okviru mehanizma čistog razvoja.

Treba naročito naglasiti da je 2009. god. Republika Srbija usvojila Zakon o zaštiti vazduha⁴³; utvrđivanjem potrebe za zaštitom vazduha u zakonu kao i isticanjem obaveze smanjivanja emisije gasova sa efektima staklene bašte⁴⁴ Srbija je stvorila (zakonsku) osnovu za preduzimanje mera u cilju prevencije i smanjivanja zagađenja vazduha; te mere se mogu sprovesti kroz CDM projekte predviđene Kyoto protokolom. Zakon je, na taj način, dao ovlašćenja Vladi za formiranje nacionalnog DNA tela, uspostavljanje kriterijuma i procedira za potvrđivanje CDM projekata. Time je, konačno, uspostavljena čvršća (zakonska) veza između nacionalnog DNA tela, CDM projekata i pravnog sistema Republike Srbije. Moglo bi se reći da je usvajanjem Zakona o zaštiti vazduha konačno eliminisan do tada postojeći pravni nedostatak čvrstog (zakonskog) osnova za primenu mehanizma čistog razvoja i njegovih efekata.

POSTUPAK PO ZAHTEVU ZA ODOBRAVANJE CDM PROJEKTA

Postupak za odobravanje CDM projekta pokreće se zahtevom⁴⁵, koji se podnosi Ministarstvu za poslove životne sredine⁴⁶. Uz zahtev se podnosi i potrebna dokumentacija koju čine: projektni dokument - PDD u standardnoj formi; obrazloženje doprinosa predloženog CDM projekta u skladu sa kriterijumima održivog razvoja i tabela nacionalnih CDM indikatora; preliminarni validacioni izveštaj; rešenje o saglasnosti na studiju o proceni uticaja na životnu sredinu (ukoliko je za konkretni projekat potrebna procena ili rešenje kojim se utvrđuje da takva procena nije potrebna); ugovor o načinu regulisanja odnosa strana učesnica u pripremi projekta⁴⁷. Ukoliko je zahtev potpun⁴⁸ projektni dokument (PDD) se postavlja na Internet stranicu DNA radi javne rasprave. Potpuna dokumentacija o CDM projektu dostavlja se ministarstvima čiji su predstavnici članovi DNA ali i zainteresovanim državnim organima i organizacijama koje daju mišljenje. Na osnovu svih prikupljenih (obrazloženih) mišljenja DNA donosi odluku o odobrenju (ili neprihvatanju)

⁴³ "Sl.glasnik Republike Srbije", br. 36/2009.

⁴⁴ Čl. 50 Zakona

⁴⁵ Zahtev se podnosi Sekretarijatu i sadrži ime projekta i imena učesnika u projektu

⁴⁶ U Srbiji praktično sva ovlašćenja u vezi sa zaštitom životne sredine pripadaju Ministarstvu za poslove životne sredine (zvanični naziv ovog ministarstva se menjao više puta ali suština i zadaci su praktično ostajali isti).

⁴⁷ Čl. 3 Uredbe

⁴⁸ Potpunost dokumentacije koja se podnosi uz zahtev utvrđuje Sekretarijat.

CDM projekta⁴⁹. Ukoliko je projekat odobren od strane DNA Ministarstvo donosi pismo odobrenja (u slučaju odbijanja sledi analogno pismo odbijanja). Odobrenje, u skladu sa odredbama Kyoto protokola, sadrži potvrdu o tome da je Republika Srbija ratifikovala Kyoto protokol, da je učešće u CDM projektu dobrovoljno i da projekat doprinosi postizanju ciljeva održivog razvoja Republike Srbije⁵⁰. Pismo odbijanja sadrži razloge koji su uzrokovali odbijanje zahteva⁵¹.

Posmatrano u pravnotehničkom smislu rad DNA odvija se kroz aktivnosti Stručne grupe i Sekretarijata. Konkretne radnje i rokovi predviđeni su Poslovníkom⁵².

KRITERIJUMI ODRŽIVOG RAZVOJA I NACIONALNI CDM INDIKATORI

Kako bi se utvrdio doprinos predloženih CDM projekata održivom razvoju Republike Srbije sačinjena je Tabela nacionalnih CDM indikatora održivog razvoja. Ova Tabela se nalazi u prilogu oba pravna izvora (Poslovníka i Uredbe) i koristi se od strane Stručne grupe kao i angažovanih predstavnika resornih ministarstava i organa i organizacija prilikom odlučivanja o projektnom zahtevu. Kriterijumi održivog razvoja su podeljeni na oblasti i indikatore u skladu sa nacionalnim indikatorima održivog razvoja (Strategija održivog razvoja Republike Srbije). Kriterijumi održivog razvoja su grupisani u (uobičajene) tri grupe ekonomske, društvene i grupu životne sredine i resursa.

U kategoriji ekonomskih kriterijuma predviđeno je šest oblasti, to su: uslovi investiranja, održivi transfer tehnologije, ekonomski razvoj regiona, zaposlenost, sektorski prioriteta i potrošnja i proizvodnja.

U kategoriji društvenih kriterijuma su tri oblasti, tu spadaju: učešće zainteresovanih strana, poboljšanje životnih uslova i jačanje kapaciteta.

Konačno u kategoriji životne sredine i prirodnih resursa predviđeno je šest oblasti, to su: energetska resursi (zamena goriva, energetska efikasnost, ušteda energije, obnovljivi izvori energije), vazduh, voda, zemljište, biodiverzitet kao i prirodni resursi.

⁴⁹ Odluka o prihvatanju CDM projekta se donosi ukoliko su sva prikupljena mišljenja pozitivna, ukoliko neko od ministarstava čiji je predstavnik u DNA ili zainteresovani organ ili organizacija dostave negativno mišljenje (koje mora biti detaljno obrazloženo) DNA donosi odluku o neprihvatanju CDM projekta.

⁵⁰ Čl. 10 Uredbe

⁵¹ Čl. 10 Uredbe

⁵² Članovi 4-9 Poslovníka

Kao što je rečeno, pored oblasti sastavni deo određenog (tipa) kriterijuma čine i indikatori (pokazatelji)⁵³.

Da bi predloženi (CDM) projekat bio odobren mora zadovoljiti barem jedan od navedenih indikatora (za većinu oblasti postoji više od jednog indikatora) za svaki od tri kriterijuma održivog razvoja (ekonomski, društveni, životna sredina). To znači da CDM projekat čije se odobrenje traži mora ispunjavati zahteve (sadržane u tabeli indikatora) koji se odnose na ekonomske, društvene i faktore zaštite sredine. Zahtevi koji se postavljaju pred tražioca projekta su multidisciplinarni i moraju svojom realizacijom doprinositi ekonomskom, društvenom i razvoju životne sredine u Republici Srbiji.

⁵³ Recimo, u oblasti "uslova investiranja" pojavljuju se tri takva pokazatelja (indikatora) doprinosa projekta: uključenost lokalnih partnera; povećanje stranih investicija; doprinos postojećim aktivnostima u datoj oblasti. U oblasti koja se odnosi na "održivi transfer tehnologije", kao indikatori se javljaju: najbolja dostupna tehnologija; tehnologija u skladu sa zahtevima lokalnih uslova. U oblasti "ekonomskog razvoja regiona" kao indikatori se javljaju: doprinos projekta razvoju nerezvijenih oblasti; uticaj (projekta) na cenu električne energije; doprinos infrastrukturnom razvoju regiona //lokalne zajednice. U oblasti "zaposlenosti" kao indikator se pojavljuje doprinos povećanju broja radnih mesta. U oblasti "sektorskih prioriteta" kao pokazatelj se javlja doprinos projekta sektorskim prioritetima. U oblasti "potrošnje i proizvodnje" pojavljuje se šest pokazatelja, to su: energetska intenzivnost; smanjenje zavisnosti lokalnog stanovništva od uvoza energenata; doprinos projekta učešću obnovljivih izvora energije u ukupnoj potrošnji energije; doprinos smanjenju stvaranja otpada; doprinos upravljajući otpadom; energetska intenzivnost saobraćaja. Ove navedene oblasti i njima pripadajući inikatori odnose se na ekonomske kriterijume.

U oblasti "učešća zainteresovanih strana" kao indikatori se pojavljuju: učešće strana u procesu pripreme i realizacije projekta; podrška projektu od strane zainteresovanih strana na lokalnom nivou. U oblasti "poboljšanje životnih uslova" kao pokazatelji se javljaju: povećanje zaposlenosti na lokalnom/regionalnom nivou; povećanje prihoda na lokalnom/regionalnom nivou; poboljšanje životnih uslova siromašnih i ugroženih zajednica stanovništva; unapređenje polne jednakosti; doprinos poboljšanju javnog zdravlja. U oblasti "jačanja kapaciteta" kao indikatori se javljaju doprinos transferu znanja i iskustva potrebnih za korišćenje i održavanje tehnologije/opreme; učestvovanje lokalnih kompanija u procesu realizacije projekta; osposobljavanje lokalnog stanovništva za primenu novih znanja, tehnologija i veština. Ove oblasti sa pratećim indikatorima odnose se na društvene kriterijume.

U oblasti "energetski resursi" kao pokazatelji se javljaju: smanjenje energetske zavisnosti od fosilnih goriva; energetska intenzivnost; energetska intenzivnost saobraćaja. U oblasti "vazduha" kao indikator se javlja: smanjenje emisije "ghg"; smanjenje drugih zagađujućih materija. U oblasti "vode" kao indikator se pojavljaju: doprinos poboljšanju kvaliteta vode za piće; doprinos održivom korišćenju vode. U oblasti "zemljišta" indikatori su: posledice promene namene zemljišta; doprinos sprečavanju degradacije zemljišta, doprinos održivom korišćenju zemljišta. U oblasti "biodiverziteta kao indikatori se javljaju: očuvanje lokalnog biodiverziteta; doprinos očuvanju/povećanju pokrivenosti biljnim vrstama; doprinos očuvanju/povećanju pokrivenosti šumskim vrstama; doprinos održivom korišćenju biomase. U oblasti "prirodni resursi kao pokazatelj se pojavljuje doprinos održivom korišćenju vode, šuma, mineralnih resursa i slično. Ove navedene oblasti sa svojim indikatorima (pokazateljima) odnose se na kriterijume životne sredine i prirodnih resursa.

Što se tiče ratifikacije Kyoto protokola, postojanja nacionalnog DNA tela, postojanja pravnog (zakonskog i podzakonskog) okvira, tehničke podrške (u vidu pravila postupka i tabele kriterijuma i indikatora) Republika Srbija je ispunila formalne uslove koji joj omogućavaju da učestvuje u realizaciji CDM projekata.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Republika Srbija je ratifikacijom Kyoto protokola, uspostavljanjem nacionalnog tela za odobravanje i sprovođenje CDM projekata kao i usvajanjem normativnih akata koji čine adekvatan pravni okvir za realizaciju CDM projekata načelno stvorila mogućnosti za realizaciju takvih projekata. Međutim može se postaviti pitanje (koje nikako nije bez značaja) da li potencijalni izvođači odnosno investitori u CDM projektima “vide” Republiku Srbiju kao zemlju koja obezbeđuje dovoljno adekvatnih i povoljnih uslova za realizaciju tih projekata kao i da li postoje dovoljne garancije da će se njihov projekat, ukoliko bude odobren, moći realizovati nesmetano.

Da pomenemo samo neke od potencijalnih poteškoća koje mogu odvratiti eventualne investitore CDM projekata od ulaganja u “zelene tehnologije” u Srbiji. Republika Srbija je pravno definisala pitanja svojine (privatna, državna), ukidajući društvenu svojinu, ali nije (u potpunosti) završila pitanja privatizacije, denacionalizacije, niti je izvršila povraćaj nasilno oduzete imovine starim vlasnicima obradivog i drugog zemljišta, šuma, fabrika, kuća stanova i drugih nekretnina. Moguće je da se činjenica “neizvesnog” vlasništva pojavi kao prepreka za strane investitore (izvođače projekta) i odvraća ih od namere da se upuste u projekte u Srbiji. U ovakvim slučajevima pitanje vlasništva, koje nije neposredno vezano za sam CDM projekat, može dakle biti faktor koji će dovesti do odustajanja investitora od projekta. Inače, što se tiče mogućnosti sticanja svojine i prava korišćenja kada se radi o stranim (fizičkim i pravnim) licima, ta pitanja su (uglavnom) pravno i zakonski razrešena, pa na tom planu ne bi bilo nekih većih poteškoća.

Što se tiče eventualnih beneficija u vezi sa realizacijom CDM projekata (poreskih, fiskalnih, administrativnih) koje bi država Srbija mogla predvideti kako bi stimulisala strane izvođače odnosno investitore da se odluče baš za realizaciju projekta u Republici Srbiji, ovakve povlastice nisu predviđene nekim specijalnim propisom. Moguće je, međutim, koristiti recimo poreske povlastice koje se daju kod privremenog uvoza (opreme, postrojenja) koje bi se koristile u realizaciji CDM projekta (što svakako nije zanemarljivo). Isti je

slučaj i sa knjigovodstvenim tretmanom privremeno uvezene opreme za specijalne namene.

Kada se radi o mogućnosti generisanja CER –ova, kao specifičnih jedinica uštede emisije “ghg” gasova, na osnovu realizacije CDM projekta u Srbiji, to pitanje bi trebalo biti realno i tehnički izvodljivo, budući da je nadležno telo (DNA) oformljeno i da funkcioniše. Ipak, treba primetiti da postojećim srpskim poropisima nikakve pojedinosti nisu precizirane u vezi sa certifikacijom jedinica uštede. Postoji naravno mogućnost da se neko nedostajuće rešenje pretežno “tehničkog” karaktera uredi naknadno podzakonskim propisima. Sve radnje potrebno je, naravno, izvesti onako kako je utvrđeno Kyoto protokolom.

Kada se radi o zaključivanju i realizaciji ugovora o kupoprodaji CER –ova kao jedinica uštede, oni se nesmetano mogu zaključivati (sledeći, naravno, uputstva iz CERSPA model ugovora). Budući da se radi o privatnopravnim poslovima kupovine i prodaje CER-ova (kao specifične vrste robe) normativna ograničenja (od strane države) ne (bi trebala da) postoje. Ipak, država Srbija niti njeni organi koji su nadležni po pitanjima realizacije Kyoto protokola nisu se opredelili kako tretiraju CER –ove (kakva je njihova pravna priroda). Zauzimanje određenog stava po ovom pitanju podrazumeva i različit tretman. Kada se raspravlja o stanovištu uporednog prava po pitanju pravne prirode CER –ova već je rečeno da veoma mali broj zemalja definiše njihovu prirodu, dok ostale zemlje to ne čine (te tako Srbija bar u tome nije nikakav izuzetak) .

Svakako da je dosta teško *in abstarcto* govoriti o mogućim poteškoćama pre nego što se projekti počnu konkretno realizovati; neke stvari mogu izgledati pravno nesporne pa da i uprkos tome dođe do neke sporne situacije.

Generalno gledano, uprkos nekim neodređenostima i izvesnim nedostacima realizacija CDM projekata u Republici Srbiji je realno moguća i izvodljiva.

Ivanka Spasic, Ph.D.

Profesor, Faculty of Law, University "Business Academy", N.Sad.

CLEAN DEVELOPMENT MECHANISM AND LEGAL FRAME FOR REALISATION OF CDM PROJECTS IN REPUBLIC OF SERBIA

Kyoto Protocole is one of the more importante legal acts passed by International Community, created with aim to prevent the air pollution, global heating and climat changes, all of them the consequences of "ghg" gases emission. Kyoto protocol introduced the three "flexible mechanisams", all of them the instruments for realisation of the main goal (reducing the emission of the gases). These mechanisams are: Clean Develoment Mechanisam, The International Emission Trade (IET) and Joint Implemenisam (JI).

For the countries in trensition (as Serbia for example) The Clean Development Mechanisam (CDM) is the moste importante of all three mechanisams. Developing the CDA projects in the countries in transition investors from developed countries can save the special emission units (CER), which can be sold on the "carbon market", and country in transition (hoste for CDM project) can gaine "green technology".

It is necessary, according to Kyoto Protocol, for the country (in transition) to ratified the Protocol and to establish (and organise all the function of) the Designated National Authority (DNA), special governmental body which approve the requests for CDM projects and supervise their realisation.

The autor is analyzing the existing legal frame for realisation od CDM projects, establishing procedure of Serbian DNA body, the decision making criteria, and the future prospectives od CDM projects in Serbia.

Key words: *Clean Development Mechanism (CDM); Kyoto Protocol; Designated National Authority(DNA); Sastainable Development Criteria; Indicators;*

Катарина Гасић,
студент докторских студија
Правног факултета у Београду
стипендиста Министарства просвете,
науке и технолошког развоја

Прегледни научни рад
УДК: 347.755

МАНЕ ВОЉЕ ОШТЕЋЕНОГ КАО ЈЕДАН ОД УСЛОВА ЗА ПОСТОЈАЊЕ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Један од услова који мора бити испуњен да би се одређени уговор могао сматрати зеленашким је и тај да је оштећени пристао на неповољне услове и несразмерну престацију услед неке од мана воље. Уколико имамо у виду чињеницу да је за постојање зеленашког уговора потребна и несавесност зеленаша, онда се може закључити да су мане воље формулисане на такав начин да се, условно речено, могу уподобити претњи (нужда, тешко материјално стање, зависност) или превари (недовољно искуство, лакомисленост). Међутим, обзиром да код зеленашког уговора постоји несразмера између престација уговорних страна и санкција је строжа у односу на случајеве када је уговор закључен под утицајем преваре или претње (у том случају ће уговор бити рушљив) те је предвиђено да је, у принципу, зеленашки уговор апсолутно ништав уз могућност његове конвалитације у року од пет година од тренутка закључења на захтев оштећеног. Суд ће захтеву оштећеног удовољити увек када је то могуће те ће приликом одлучивања водити рачуна најпре о томе у којој је мери зеленашким уговором погођен јавни интерес, али ће свакако узети у обзир и мане воље оштећеног тј. у којој мери је његова воља била слободна приликом закључења зеленашког уговора.

Кључне речи: *зеленашки уговор, мане воље, претња, превара, ништави уговори, рушљиви уговори, конвалитација уговора*

УВОД

Зеленашки уговор је такав уговор код кога неко, користећи се стањем нужде, тешким материјалним стањем, недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или треће лице

корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио или се обавезао дати или учинити.¹ Може се уочити да су мане воље код зеленашког уговора формулисане на начин да се, уз несавесност зеленаша, могу, условно речено, уподобити претњи (нужда, тешко материјално стање, зависност) или превари (недовољно искуство, лакомисленост). Поред тога бисмо истакли да се на зеленашки уговор примењују одредбе о последицама ништавости или делимичне ништавости, с тим да ће оштећени моћи да захтева, у року од пет година од закључења уговора, да се његова обавеза смањи на правичан износ, а суд ће таквом захтеву удовољити уколико за то постоје могућности² те сматрамо да ће се приликом одлучивања да ли треба удовољити таквом захтеву оштећеног, између осталог, водити рачуна о његовом понашању приликом уласка у неповољну трансакцију као и о манама његове воље које су постојале приликом закључења зеленашког уговора.

1. ЕЛЕМЕНТИ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Да би зеленашки уговор постојао потребно је:

- 1) да је у питању теретни (онерозни) уговор односно двострано обавезни уговор;
- 2) да постоји одређени степен несразмере у престацијама (очигледна несразмера);
- 3) да постоји пристанак оштећеног (искоришћеног) услед неке врсте мане воље;
- 4) и да постоји несавесност зеленаша.³

Обично се услов да је у питању теретни уговор не истиче обзиром на чињеницу да једино код теретних уговора може доћи до несразмере у престацијама уговорних страна.⁴

И у Немачком грађанском закону је предвиђено да је правни посао ништав уколико постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна и уколико је до те несразмере дошло искоришћавањем тешког положаја, неискуства, недостататка здравог

¹ Видети: чл.141.ст.1. Закона о облигационим односима.

² Видети: чл.141.ст.2., ст.3. и ст.4. Закона о облигационим односима.

³ Антић Оливер, Облигационо право, Београд 2009., стр. 409.

⁴ Антић Оливер, наведено дело, стр. 409.

расуђивања или значајне мане воље оштећене стране.⁵ Са друге стране, француски судови су постигли исте резултате предвиђајући да уговор може бити поништен због преваре, уколико је обогаћена уговорна страна искористила нечију старост, озбиљну болест, неискуство или личне тешкоће, чак и ако није лагала те нема кривице за превару, из разлога што је извукла корист знајући за тешкоће у којима се налазила друга страна.⁶ Такође је француском праву предвиђено да ће постојати принуда уколико дође до злоупотребе економске зависности, у случају да се искоришћавањем те зависности постиже несразмерна корист.⁷ У енглеском праву је предвиђена установа несавесне погодбе која је слична зеленашком уговору те је предвиђено „ да ће се ослободити онај ко, без независног савета, закључи уговор под условима који су неправедни или пренесе својину за противнакнаду која је у великој мери неадекватна, у ситуацији када је његова преговарачка моћ недопустиво ослабљена због његове потребе или жеље, или услед његовог незнања, или немоћи, заједно са превеликим утицајем или притиском који је био уперен на њега од стране или у корист друге уговорне стране.“⁸

1.1. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА

Очигледна несразмера ће постојати у једном уговору уколико је у већој мери поремећена равнотежа између онога што једна уговорна страна уговара или прима и онога што се обавезује дати или даје. У законодавствима се обично несразмера код зеленашког уговора формулише на апстрактан начин као „очигледна несразмера“, „прекомерна несразмера“, „упадљиво несразмерна корист“.⁹ Уколико постоји несразмера између узајамних престација уговорних страна долази и до поремећаја каузе (основа) уговора. Наиме, једна уговорна страна пристаје да се обавезе да би друга уговорна страна извршила своју обавезу која је у сразмери са њеном обавезом. У случају зеленашког уговора једна уговорна страна пристаје на обавезу која је несразмерна са њеном обавезом услед неке врсте мане воље те долази до поремећаја каузе уговора.¹⁰

⁵ Видети чл.138.ст.2. Немачког грађанског законика, Zweigert Konrad and Kötz Hein, Introduction to comparative law, Oxford, 1998., str.330

⁶ Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, str.330

⁷ Malaurie Philippe, Aynès Laurent, Stoffel-Munck Philippe, Les obligations, Paris 2009., str.264.

⁸ Taylor Richard, Taylor Damian, Contract law, Oxford 2007, str. 243.

⁹ Милошевић Љубиша, Зеленашки уговор, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Београд 1978, т. III, стр.988.

¹⁰ Антић Оливер, наведено дело, стр.408.

При одређивању вредности престација у обзир ће се узети њихова прометна вредност у тренутку закључења уговора. О ванредној (посебној) вредности, оној вредности коју престација има за експлоатисану страну, не води се рачуна.¹¹

Начин на који се очигледна несразмера може испољити код зеленашког уговора може бити веома различит: кроз разне казнене одредбе, уговорну казну, право откупа, привидне уговоре, *lex commissoria* и сл.¹²

1.2. ПРИСТАНАК ОШТЕЋЕНОГ (ИСКОРИШЋЕНОГ) УСЛЕД НЕКЕ ВРСТЕ МАНЕ ВОЉЕ (СТАЊА НУЖДЕ, ТЕШКОГ МАТЕРИЈАЛНОГ СТАЊА, НЕДОВОЉНОГ ИСКУСТВА, ЛАКОМИСЛЕНОСТИ, ОДНОСА ЗАВИСНОСТИ)

„У нашем праву су, када је реч о зеленашком уговору, недостаци у вољи искоришћеног постављени нешто шире у односу на лезију. У зеленашком уговору искоришћени се налазио у стању нужде или у тешком материјалном стању, или је био недовољно искусан, или, пак, лакомислен или се налазио у односу зависности према зеленашу и управо га је неки од ових разлога (који су одлучујуће, али недопуштено утицали на његову вољу) навео да пристане на имовински губитак“.¹³ Треба истаћи са се код зеленашког уговора мане воље, условно речено, могу уподобити превари (лакомисленост, недовољно искуство, однос зависности) или претњи (тешко материјално стање, стање нужде, однос зависности) док у случају прекомерног оштећења постоји, у ствари, заблуда о вредности оштећеног.¹⁴

„Нема никаквог недостатка у изјави воље искоришћеног лица када он закључује зеленашки уговор. Не постоји несагласност између дате изјаве и његове стварне воље. Искоришћени је дао стварну изјаву воље; он је стварно хтео да закључи такав уговор; потпуно је свестан дате изјаве воље и сматра да би имао мање штете од тога ако закључи макар и такав уговор него ако га не закључи уопште. Мана воље не постоји код искоришћеног лица“.¹⁵ Најпре бисмо истакли да ни код преваре ни код заблуде, које су такође мане воље, не постоји несагласност између „дате изјаве и стварне воље“ тј. између унутрашње

¹¹ Константиновић Михаило, Облигационо право, према белешкама са предавања професора др М.Константиновића, средио др В.Капор, Београд 1962., стр.54.

¹² Перовић Слободан, Облигационо право, Београд 1986., стр.420.

¹³ Антић Олвер, наведено дело, стр.410.

¹⁴ Видети: Салма Јозеф, Прекомерно оштећење, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Београд 1978, т. II, стр. 1177.

¹⁵ Милошевић Љубиша, наведено дело, стр.988.

и изјављене воље.¹⁶ Дакле, не може се закључити да код зеленашког уговора нема мана воље зато што не постоји несагласност између унутрашње и изјављене воље (тј. између дате изјаве и стварне воље) управо зато што постојање те несагласности није општа одлика свих мана воље већ само принуде. И код зеленашког уговора ће постојати сагласност између унутрашње и изјављене воље (тј. између дате изјаве стварне воље) у случају да до закључења таквог уговора дође услед оних мана воље које бисмо могли, на неки начин, уподобити превари (лакомисленост, недовољно искуство). Међутим, у ситуацији када оштећени пристане на закључење зеленашког уговора услед стања нужде, тешког материјалног стања или односа зависности (тј. оних мана воље које бисмо могли уподобити претњи тј. психичкој принуди) постојаће несагласност између унутрашње и изјављене воље (тј. између дате изјаве и стварне воље). Наиме, исоришћена уговорна страна даје изјаву воље одређене садржине коју не би дала да не постоје одређене околности (стање нужде, тешко материјално стање или однос зависности) баш као што у случају закључења уговора под утицајем претње уговорна страна не би дала изјаву воље одређене садржине да није било претње. И у случају да постоји претња уговорна страна која даје изјаву воље под утицајем претње свесна је дате изјаве воље и сматра да би имала мање штете од тога да закључи макар и такав уговор него ако га не закључи уопште.

Такође бисмо истакли да је и у Немачком грађанском закону предвиђено да ће правни посао бити ништав уколико је до очигледне несразмере између престација уговорних страна дошло, између осталог, и услед искоришћавања значајне мане воље оштећене стране.¹⁷ Са друге стране, француски судови су предвидели да уговор може бити поништен због преваре уколико је обогаћена уговорна страна искористила нечију старост, озбиљну болест, неискуство (лакомисленост, недовољно искуство у нашем праву) или личне тешкоће¹⁸ док ће постојати принуда уколико дође до злоупотребе економске зависности (однос зависности), ако постоји искоришћавање економске зависности да би се постигла несразмерна корист.¹⁹

Иако је код зеленашког уговора у нашем праву неопходно постојање мана воље, које бисмо могли, условно речено, уподобити превари (лакомисленост и недовољно искуство) или принуди (тешко материјално стање, стање нужде, однос зависности) последице до којих

¹⁶ Видети: Антић Оливер, наведено дело, стр.337.

¹⁷ Видети чл.138.ст.2. Немачког грађанског законика, Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, str.330

¹⁸ Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, str.330

¹⁹ Malaurie Philippe, Aynès Laurent, Stoffel-Munck Philippe, наведено дело, str.264.

долази биће различите од оних које се јављају у случајевима када је уговор закључен под утицајем претње или преваре. Уговор који је закључен под утицајем преваре/претње биће рушљив. Право уговорне стране која је закључила уговор под утицајем преваре односно претње да тражи поништај уговора престаје истеком рока од једне године од сазнања за превару тј. од престанка претње (субјективни рок), а најкасније истеком рока од три године од дана закључења уговора (објективни рок).²⁰ Такође неће бити неопходно да постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна као ни несавесност друге уговорне стране (у случају претње која потиче од трећег лица²¹). Са друге стране, постојаће зеленашки уговор који ће, као противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, бити апсолутно ништав (уз могућност његове конвалидације у року од пет година, на захтев оштећеног), уколико поред неке од напред наведених мана воље постоји и очигледна несразмера и несавесност зеленаша.²²

1.2.1. Стање нужде

Под стањем нужде подразумева се прека потреба некога за неким добром нпр. за неким економским добром те је неопходно да таква потреба постоји на страни оштећеног уговорника стварно, а не само имагинарно.²³ И у енглеском праву је предвиђено да ће се бити ослобођен онај ко, без независног савета, закључи уговор под условима који су неправедни када је његова преговарачка моћ недопустиво ослабљена због његове потребе или жеље²⁴ док је у немачком праву правни посао ништав уколико постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна и уколико је до те несразмере дошло искоришћавањем, између осталог, тешког положаја.²⁵ Често се као пример за стање нужде у нашој литератури наводи ситуација када постоји прека потреба за леком који није у продаји.²⁶ У овој ситуацији зеленаш користи тежак положај лица коме је неопходно потребан лек (које се налази у стању нужде или се њему блиско лице налази у стању нужде) и уговара за себе или треће лице несразмерну корист.

²⁰ Видети: чл.117. ЗОО.

²¹ Видети: чл. 60 ст.1.ЗОО.

²² Видети: чл.141. ЗОО.

²³ Перовић Слободан, наведено дело, стр.419.

²⁴ Taylor Richard, Taylor Damian, наведено дело, str. 243.

²⁵ Видети чл.138.ст.2. Немачког грађанског законика, Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, str.330

²⁶ Видети: Милошевић Љубиша, Облигационо право, Београд 1972, стр.79.

„Нужда је неповољна околност у којој се нашло једно лице својом радњом или радњом неког трећег лица, а принуда представља противправну радњу предузету од стране једне уговорне стране или од стране трећег лица према другој уговорној страни. И код принуде се може говорити о нужди, али се она овде јавља, посредно, као последица противправне активности према једној уговорној страни које је предузета од стране друге уговорне стране или трећег лица. Код зеленашког уговора нужда се јавља независно од активности зеленаша“.²⁷ Мишљења смо да се стање нужде једне уговорне стране које зеленаш користи може на неки начин уподобити психичкој принуди тј. претњи. Код претње уговорна страна или неко треће лице изазива оправдан страх код друге стране тако да она због тога закључује уговор²⁸ тј. ставља у изглед неко зло које ће се десити уговорној страни или трећем лицу (обично лицу које је блиско уговорној страни) уколико не закључи уговор. Зар се и код стања нужде не користи неповољна околност у којој се нашло неко лице и ставља се у изглед (имплицитно или експлицитно) неко зло које ће се десити том лицу или некоме ко му је близак уколико не закључи зеленашки уговор? Сматрамо да се код зеленашког уговора погрешно истиче чињеница да се нужда јавља независно од активности зеленаша (који је друга уговорна страна) зато што и до претње може доћи независно од активности друге уговорне стране (претња трећег). Истакли бисмо да и код зеленашког уговора постоји противправна активност једне уговорне стране (зеленаша) према другој уговорној страни. Једина разлика која се јавља је та да се код претње ставља у изглед зло које ће се реализовати активношћу друге уговорне стране или трећег лица, док се код зеленашког уговора ставља у изглед зло које ће се десити уколико се не закључи зеленашки уговор, независно од активности зеленаша или трећег лица те због ове разлике кажемо да се стање нужде код зеленашког уговора може, условно речено, уподобити претњи. Такође бисмо се осврнули на решење предвиђено Принципима европског уговорног права које истиче да ће уговор бити ништав уколико га је једна уговорна страна закључила под утицајем озбиљне претње која је противправна или која се користи у противправну сврху да би се друга уговорна страна навела на закључење уговора, осим ако се друга уговорна страна не налази у таквим околностима у којима би имала разумну алтернативу.²⁹ Противправност (недозвољеност) код претње треба схватити веома широко те ће овај услов у сваком случају бити испуњен ако је предузета радња уједно и кривично дело, али ће

²⁷ Милошевић Љубиша, Зеленашки уговор, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, том III, Београд 1978., стр.989.

²⁸ Видети: чл. 60.ст.1. ЗОО.

²⁹ Stone Richard, The modern law of contract, London 2006., str.321.

такође бити испуњен и када је радња противна прописима грађанског права и уопште када је супротна *bona fides* и добрим обичајима³⁰. Можемо закључити да страна која пристане на зеленашки уговор у стању нужде нема разумну алтернативу, а такође постоји и имплицитна претња (обзиром да је зеленаш несавестан па је свестан ситуације у којој ће се наћи друга страна уколико не закључи неповољан уговор те јој на посредан начин ставља у изглед зло које ће је задесити). И француска јуриспруденција признаје постојање претње уколико једна уговорна страна користи преку потребу или невољу свога саговорника.³¹ Зеленаш, у ствари, користи стање нужде друге уговорне стране у противправну сврху, ради извлачења несразмерне имовинске користи те ће често његова радња представљати и кривично дело, а у сваком случају ће бити противна прописима грађанског права и добрим обичајима.

1.2.2. Тешко материјално стање

Тешко материјално стање је, у ствари, веома слично стању нужде. Ипак, истиче се да је тешко материјално стање за нијансу „лакши“ случај од стања нужде.³² Као пример за тешко материјално стање може се навести ситуација у којој неко позајмљује новац под неповољним условима како би вратио свој дуг.³³ И тешко материјално стање бисмо могли, условно речено, уподобити претњи те би се у вези са односом претње и тешког материјалног стања могли истаћи исти аргументи које смо истакли приликом упоређивања претње и искоришћавања стања нужде од стране зеленаша, с тим што бисмо истакли „да је тешко материјално стање за нијансу „лакши“ случај од стања нужде“³⁴.

1.2.3. Недовољно искуство

Недовољно искуство, неискуство, незнање, је један од субјективних услова који се често у упоредном праву поставља за постојање зеленашког уговора (несавесне погодбе у енглеском праву).³⁵ „Недовољно искуство везује се за животно искуство, али, оно што је практично значјније, за одређена специјализована знања из

³⁰ Перовић Слободан, Принуда, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Београд 1978, т. II, стр. 1193.

³¹ Видети: Carbonier Jean, Droit civil, Les biens, Les obligations, Vol. II, Quadrigе/PUF, Paris 2004., стр.1995.

³² Антић Оливер, наведено дело, стр.410.

³³ Видети: Антић Оливер, исто.

³⁴ Антић Оливер, исто.

³⁵ Видети: чл.138.ст.2. Немачког грађанског законика, Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, стр.330, Taylor Richard, Taylor Damian, наведено дело, стр. 243.

најразличитијих области, како техничких, тако и друштвених наука.(...) Нпр. ако би машински инжењер, као продавац, представио неке карактеристике одређене машине које су истините, али, у суштини, небитне за функцију због које купац прибљава ствар, а купац сматра да су управо те карактеристике одлучујуће, може се говорити о коришћењу недовољног искуства сауговарача³⁶. Наиме, треба истаћи да се искоришћавање недовољног искуства може, у зависности од околности случаја, уподобити превари. Један од услова који се често истиче у нашој литератури за постојање зеленашког уговора је и услов да је зеленаш несавесан тј. да је знао или морао знати да је оштећени, као друга уговорна страна недовољно искусан или лакомислен³⁷. Са друге стране, превара ће постојати и уколико једна уговорна страна одржава другу уговорну страну у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора.³⁸ Превара се, осим активним, може учинити и пасивним понашањем у случају када један уговорник примети заблуду код другог уговорника и ништа не учини да га ослободи заблуде, већ га својим ћутањем одржава у заблуди.³⁹ Постојаће превара уколико једна уговорна страна прећути чињенице које би биле од значаја за другу уговорну страну.⁴⁰ Зар у напред наведеном примеру зеленаш није приметио да је оштећени у заблуди у погледу карактеристика које су битне за функцију због које оштећени прибавља ствар те га је одржавао у заблуди у намери да га наведе на закључење уговора? Као доказ за то је и чињеница да су се у француској судској пракси уговори поништавали због преваре уколико је обogaћена уговорна страна искористила нечије неискуство и извукла корист знајући за тешкоће у којима се налазила друга страна.⁴¹

1.2.4. Лакомисленост

„Лакомисленост ће постојати ако се лице одлучило на уговор не размишљајући о његовој садржини и његовим последицама. Није нужно да је лакомисленост стална одлика лица, довољно је ако је оно у случају који је у питању поступио лакомислено“.⁴² Искоришћавање лакомислености оштећеног се може, условно речено, уподобити превари, али не у тој мери као искоришћавање недовољног искуства.

³⁶ Антић Оливер, наведено дело, стр.410.

³⁷ Видети: Антић Оливер, наведено дело, стр.411.

³⁸ Видети: чл.65.ст.1. ЗОО.

³⁹ Перовић Слободан, Превара, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Београд 1978, т. II, стр. 1189.

⁴⁰ Видети: Carbonnier Jean, наведено дело, стр.1993.

⁴¹ Видети: Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, стр.330

⁴² Константиновић Михаило, наведено дело, стр.55.

Наиме, зеленаш је знао или морао знати да оштећени пристаје на уговор „на мах, у еуфорији“⁴³ не размишљајући о његовој садржини и његовим последицама па се може закључити да оштећени није био свестан садржине и последица уговора тј. да је био у заблуди у погледу садржине и последица уговора, те да је такво стање зеленаш искористио да би закључио зеленашки уговор.

Немачки грађански законик је на специфичан начин регулисао овај услов те се истиче да ће уговор бити зеленашки уколико постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна и уколико је до те несразмере дошло искоришћавањем недостатка здравог расуђивања.⁴⁴ Треба напоменути да се лакомисленост односи на сасвим конкретан уговор те да ту није реч о лакоумности уопште, или, још мање, о неком облику психопатологије који би могао да води у лишење пословне способности.⁴⁵ Сматрамо да би случајеве код којих је уговор закључен као последица недостатка здравог разума требало решавати на пољу пословне способности те у зависности од обима пословне способности такве уговоре проглашавати апсолутно ништавим (уколико је у питању потпуна пословна неспособност) или их поништити (у случајевима делимичне пословне неспособности).⁴⁶

Ипак, у неким уговорима ово питање се не може ни поставити: то су уговори са свечаном формом *ad solemnitatem*, нпр. уговор о доживотном издржавању или уговор о уступању и расподели имовине за живота, када је, поред осталог, судија дужан да странкама прочита уговор и да их упозори на њихове последице, уз још нека специфична разјашњења, управо у циљу отклањања сваке лакомислености.⁴⁷ Према одлуци суда (Решење Врховног суда Југославије, Рев. 883/65. Збирка судских одлука, књига 10. Св.3.бр.295), уговор о доживотном издржавању који би се одликовао таквим искоришћавањем туђе невоље ради постизања несразмерне користи, противан је добрим обичајима и као такав ништав.⁴⁸ Такав уговор неће ни настати обзиром да је предвиђена форма *ad solemnitatem* те ће суд одбити да овери сваки уговор који би био противан добрим обичајима, принудним прописима или јавном поретку обзиром да је у обавези да по службеној дужности

⁴³ Видети: Антић Оливер, наведено дело, стр.411.

⁴⁴ Видети чл.138.ст.2. Немачког грађанског законика, Zweigert Konrad and Kötz Hein, наведено дело, стр.330

⁴⁵ Антић Оливер, наведено дело, стр.411.

⁴⁶ Видети: Чл.65. ЗОО.

⁴⁷ Видети: Антић Оливер, наведено дело, стр.411.

⁴⁸ Видети: Перовић Слободан, Коментар закона о облигационим односима I књига, Београд 1995, стр.282., Попов Даница, Грађанско право – општи део, Београд 2005., стр.275.

води рачуна о апсолутној ништавости.⁴⁹ Уколико судија уочи да постоји очигледна несразмера између престајања уговорних страна испитаће није ли до такве несразмере дошло услед неке од мана воље (стање нужде, тешко материјално стање, однос зависности, лакомисленост, недовољно искуство) те такав уговор о доживотном издржавању неће ни оверити. Уколико дође до пропуста, па уговор настане, он ће бити апсолутно ништав.

1.2.5. Однос зависности

„Да би постојао однос зависности оштећени, односно искоришћени, мора бити у фактичком или правном односу подређености према зеленашу. Ту би, пре свега, могао да се подведе случај када послодавац запосленом наметне уговор који није непосредно везан за радноправни статус, али је управо задржавање радноправног статуса био разлог због кога је оштећени прихватио неповољне уговорне одредбе“.⁵⁰ Сматрамо да је у напред наведеном уговору дошло до закључења зеленашког уговора под утицајем претње. Претња ће постојати у случају да једна уговорна страна или неко треће лице изазива оправдани страх код друге уговорне стране тако да она због тога закључује уговор.⁵¹ Страх ће бити оправдан уколико је озбиљном опасношћу угрожен живот, тело или друго значајно добро уговорне стране или трећег лица.⁵² Такође, може доћи до ситуације да постоји однос поверења, који ће произићи из односа зависности, те да зеленаш искористи овакво поверење свог саговорника како би га навео на закључење неповољног уговора па бисмо могли рећи да ће у таквој ситуацији постојати превара од стране зеленаша.

Овде бисмо се осврнули на две специфичне установе енглеског права код који на неки начин постоји однос зависности, и то економски (економска принуда) или фактички (претерани утицај). Најчешћа ситуација у којој се јавља економска принуда је случају у коме једна уговорна страна прети другој да ће раскинути постојећи уговор између њих уколико друга уговорна страна не буде поступила на одређени начин (често се захтева плаћање или обећање плаћања вишег износа од уговореног или закључење новог уговора).⁵³ Напред наведени пример у коме једна уговорна страна прети другој да ће раскинути уговор о раду уколико ова не прихвати неповољне уговорне одредбе је пример

⁴⁹ Видети: чл.103.ст.1. и чл.109.ст.1. ЗОО.

⁵⁰ Антић Оливер, наведено дело, стр.411.

⁵¹ Видети: чл. 60 ст.1. ЗОО.

⁵² Видети: чл. 60 ст.2. ЗОО.

⁵³ O' Sullivan Janet, Hilliard Jonathan, The law of contract, Oxford university press, 2008. , str.251

економске принуде. Ово је још један доказ у којој мери је тешко повићи границу између принуде (претње) и мана воље код зеленашког уговора. Друга установа код које се јавља однос зависности је претерани утицај. Код претераног утицаја уговор је закључен због одређеног неприкладног утицаја који је различит од принуде зато што нема елемената насиља над другом уговорном страном.⁵⁴ Претерани утицај настаје из односа поверења и поуздања који постоји између уговорних страна: између родитеља и детета, доктора и пацијента, пуномоћника и властодавца.⁵⁵ Такође, уговор „захтева објашњење“ у смислу да не би био закључен имајући у виду уобичајне мотиве обичног човека.⁵⁶ Сматрамо да је јако тешко раздвојити претерани утицај од зеленашког уговора пошто примери који су наведени као однос поверења и поуздања често су примери и за однос зависности, нпр. однос између родитеља и детета, однос између лекара и пацијента, а, са друге стране, најчешће ће уговор код кога постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна „захтевати објашњење“. Обогаћена страна ће моћи да истакне да је воља његовог саговорника била слободна и најчешће средство којим ће то доказати је независан савет, који је базиран на познавању свих релевантних чињеница од стране компетентног лица, који је друга страна примила пре него што је закључила уговор.⁵⁷ Такође, и код установе несавесне погодбе, која је у енглеском праву, у суштини, исто што и зеленашки уговор „независтан савет може доказати, упркос неповољном положају уговорне стране, да је та страна заиста разумела услове трансакције (уговора) и ушла у њу слободно, а такође доказује да се друга страна није понашала несавесно зато што није покушавала да спречи слабију страну да добије савет...“⁵⁸ Све ово, напред наведено, указује на тешкоће које се јављају код покушаја да се повуку јасне границе између ових установа.

1.3. НЕСАВЕСНОСТ ЗЕЛЕНАША

„Потребно је да је зеленаш знао или би требало да зна да се друга уговорна страна налази у нужди, да је лакомислен или да нема искуства... Зеленаш, дакле, користи неповољне околности искоришћеног да би за себе извукао прекомерну имовинску корист. Намера искоришћавања, као субјективни услов, треба да постоји код једне уговорне стране да би закључење уговора добило обележје

⁵⁴ Treitel, *The law of contract*, London 1991., str.366.

⁵⁵ Taylor Richard, Taylor Damian, наведено дело, str. 232. и 234.

⁵⁶ Taylor Richard, Taylor Damian, наведено дело, str. 232. и 234.

⁵⁷ Treitel, наведено дело, str.369.

⁵⁸ Taylor Richard, Taylor Damian, наведено дело, str. 243.

зеленашког уговора. Без значаја је како је дошло до намере искоришћавања код зеленаша. Њу би могао да изазове искоришћени нудећи зеленашу уговор под условима које би зеленашу донеле прекомерне имовинске користи⁵⁹. Иако се овај услов не истиче у Закону о облигационим односима у нашој литератури се наводи као обавезан услов да је зеленаш несавестан тј. да је знао или морао знати за неповољне околности оштећеног.⁶⁰

„Намера искоришћавања код зеленашког уговора представља пасивну радњу. Зеленаш не предузима ништа против искоришћеног. Он не доприноси неповољном стању искоришћеног, само користи то стање и стиче прекомерне имовинске користи. Код преваре, намерно се изазива заблуда од стране једне уговорне стране према другој да би се за себе прибавила нека имовинска корист. Код преваре намера се проузрокује, дакле, активним радњама једне уговорне стране према другој“.⁶¹ Не бисмо се сложили са констатацијом да се код преваре „намера проузрокује само активним радњама једне уговорне стране према другој“.⁶² Наиме, превара ће постојати и уколико једна уговорна страна одржава другу уговорну страну у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора. Дакле, превара ће постојати и уколико је друга страна пасивна тј. не предузима ништа како би отклонила заблуду свог саговорника. Са друге стране, и код претње може постојати потпуна пасивност друге уговорне стране, па чак и савесност. Ако је неко трећи недопуштеном радњом изазвао оправдан страх код друге уговорне стране тако да је ова због тога закључила уговор, друга страна може тражити да се уговор поништи.⁶³ Постоји могућност да друга уговорна страна уопште није знала да је њен саговорник закључио уговор под утицајем претње трећег лица.

2. МОГУЋНОСТ КОНВАЛИДАЦИЈЕ (ОСНАЖЕЊА) ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Зеленашки уговор је специфичан у односу на остале апсолутно ништаве уговоре обзиром да ЗОО предвиђа могућност да такав уговор остане на снази уколико би оштећени захтевао да се његова обавеза смањи на правичан износ (овај захтев оштећени може захтевати у року

⁵⁹ Милошевић Љубиша, Облигационо право, Београд 1972, стр.79.

⁶⁰ Видети: Константиновић Михаило, наведено дело, стр.55., Антић Оливер, наведено дело, стр. 411-412.

⁶¹ Милошевић Љубиша, Зеленашки уговор, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, том III, Београд 1978., стр.990.

⁶² Милошевић Љубиша, исто.

⁶³ Видети: чл.60.ст.1.ЗОО.

од пет година од тренутка закључења уговора), а суд ће удовољити таквом захтеву уколико је то могуће⁶⁴. Из тог разлога бисмо истакли да се зеленашки уговор налази између апсолутно ништавих и рушљивих уговора зато што код ништавих уговора, по правилу, не постоји могућност конвалидације, оснажења уговора. Са друге стране, код зеленашког уговора је предвиђена могућност да такав уговор остане на снази, да дође до оснажења (конвалидације) уговора али је, за разлику од других рушљивих уговора код којих је предвиђено да ће, уколико не буду поништени у одређеном року од закључења, бити пуноважни, предвиђено да зеленашки уговор може бити оснажен само у року од пет година од тренутка закључења уговора, а протеком овог рока неће постојати могућност конвалидације⁶⁵, већ ће уговор бити апсолутно ништав са свим последицама које апсолутна ништавост повлачи.

Код зеленашког уговора долази до несразмере у престацијама уговарача услед, условно речено, неке мане воље оштећеног (претње или преваре). Из разлога што код зеленашког уговора не долази само до закључења уговора услед неке од мана воља (превара, претња у ком случају су уговори рушљиви) већ и до очигледне несразмере између престација уговорних страна, закон предвиђа строжу санкцију за зеленашки уговор (апсолутна ништавост) од санкције која је предвиђена за уговоре који су закључени под утицајем претње и преваре (рушљивост). Са друге стране, код зеленашког уговора је, због његове специфичности, као и због тежње да закључени уговори остану на снази увек када је то са становишта јавног поретка могуће, предвиђена је могућност да суд може удовољити захтеву оштећене стране те смањени његову обавезу на правичан износ и такав уговор оставити на снази.⁶⁶

Често би за искоришћеног било од веће користи да уговор остане на снази уз успостављање поремећене равнотеже између уговорних страна обзиром на то да он пристаје на неповољне услове јер има преку потребу за уговореном радњом, јер сматра да ће претрпети мање зло него ако га не закључи уопште.⁶⁷ У случају да постоји захтев оштећеног да се зеленашки уговор одржи на снази, суд ће морати да цени све околности конкретног случаја, разматрајући у којој је мери опстанак уговора супротан јавном интересу и да ли је оправдано приватни интерес оштећеног за одржањем уговора на снази ставити испред јавног интереса. У појединим случајевима (посебно када зеленашки

⁶⁴ чл.142. , ст.3. и ст.4. ЗОО.

⁶⁵ Видети: Антић Оливер, наведено дело, Београд 2008. , стр.416.

⁶⁶ Видети: Перовић С., Стојановић Д., Коментар Закона о облигационим односима, Горњи Милановац-Крагујевац 1980., стр.454.

⁶⁷ Милошевић Љубиша, наведено дело, стр.987.

уговор представља кривично дело) ће у тој мери бити погођен јавни интерес, да суд неће бити у могућности да удовољи захтеву оштећеног да зеленашки уговор остане на снази. Међутим, чак и уколико опстајањем зеленашког уговора није погођен јавни интерес то не значи да ће суд такав уговор аутоматски оснажити на захтев оштећеног већ ће приликом одлучивња да ли је приватни интерес оштећеног вредан уважавања, узети у обзир и понашање оштећеног приликом закључивања таквог уговора, као и чињеницу у којој мери је његова воља била слободна приликом уласка у неповољну трансакцију, да ли је имао разумну алтернативу, да ли је оштећени показао степен пажње који се од њега у промету захтева, да ли је олако прихватио несразмерну престацију те ће имајући у виду све околности конкретног случаја, при чему је од посебне важности чињеница у којој мери је воља оштећеног била слободна, одлучити да ли треба удовољити захтеву оштећене стране.

ЗАКЉУЧАК

Као што смо више пута истакли код зеленашког уговора се мане воље, условно речено, могу уподобити превари (лакомисленост, недовољно искуство, однос зависности) и претњи (тешко материјално стање, стање нужде, однос зависности). Оштећена страна није несавесна иако је у неким ситуацијама била свесна да улази у неповољну трансакцију (у случају нужде, тешког материјалног стања, односа зависности) обзиром да њена воља није била слободна, да није имала алтернативу, да је озбиљном опасношћу био угрожен живот, тело или друго значајно добро уговорне стране или трећег лица (као и у случају претње). Такође у појединим ситуацијама оштећена страна није показала довољно пажње, услед лакомислености, недовољног знања или претераног поверења које је имала у другу уговорну страну, али је друга уговорна страна, која је несавесна, била у обавези да јој укаже на одређене чињенице, да отклони заблуду у којој се нашао оштећени (слично као код преваре). Наиме, када одлучује да ли ће пружити заштиту оштећеном, суд ће свакако водити рачуна и о понашању оштећеног приликом уласка у неповољну трансакцију, нпр. да ли је у одређеним случајевима постојала алтернатива на страни оштећеног, да ли је заиста постојала прека потреба за предметом уговора, да ли је оштећени намерно, без преке потребе, ушао у неповољну трансакцију знајући да ће касније моћи да тражи смањење своје престације (нпр. да би имао новац за коцкање, позајмио је од зеленаша одређену суму новца и пристао на несразмерно високу каматну стопу, а затим је захтевао да суд смањи његову престацију на правичан износ истичући да је оштећени искористио његово тешко материјално стање) и у вези са тим, који су прави мотиви оштећеног за закључење зеленашког

уговора, колики је степен пажње (посебно у случају лакомислености, недовољног искуства) оштећени био у обавези да покаже у промету имајући у виду да је потпуно пословно способан.

Уколико суд, узимајући у обзир све ове околности, утврди да су интереси оштећеног вредни заштите, одлучиће да се његова престација смањи на правичан износ, али само уколико одржавањем зеленашког уговора нису, у великој мери, погођени и јавни интереси (нпр. у питању је кривично дело).

Katarina Tasic,
PhD candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade
Grant holder of the Ministry of Education, Science
and Technological Development

DEFECTS (OF CONSENT) AS ONE OF THE CONDITIONS FOR THE CONSTITUTION OF USURIOUS CONTRACT

In order to constitute a usurious contract the injured party must agree to unfavorable conditions and disproportionate prestations resulting from one of the defects of consent. The fact that the constitution of usurious contract also implies usurer's lack of conscientiousness, the defects of consent may resemble threat (necessity, difficult financial situation, addiction) or fraud (lack of experience, recklessness). However, in view of the fact that usurious contract includes disproportion between the prestations of contracting sides, sanction is more strict in comparison to the cases where the contract is signed under the threat or as a result of a fraud (in that case the contract is voidable), and therefore the usurious contract is absolutely void with the possibility of its convalidation within five years from the time of signing the contract and at the request of the injured party. Court will meet the injured party's requests whenever possible and therefore, when issuing a ruling, it will primarily take into consideration to what extent is public interest affected, considering as well the defects of consent of the injured party, i.e. to what extent the injured party's will (consent) was voluntary at the time of signing the usurious contract.

Key words: *usurious contract, defects of consent, threat, fraud, void contracts, voidable contracts, contracts convalidation*

Мр Весна Торић Ерић
Истрживач сарадник
Институт за упоредно право, Београд

Прегледни научни рад
УДК: 343.296 (4-672ЕУ)

ПОДЕЉЕНА ОДГОВОРНОСТ ЕУ И ДРЖАВЕ ЧЛАНИЦЕ

Бројни су чиниоци који ометају и компликују поступак ефикасног остваривања захтева за накнаду штете у поретку ЕУ. Сложен режим подељене одговорности ЕУ и државе чланице свакако представља једно од главних ограничења на путу успешног остваривања захтева за накнаду штете. У раду се прво приказује институт подељене одговорности ЕУ и државе чланице, а након тога указује на његова ограничења. На крају се износе предлози за унапређење постојећег режима.

Кључне речи: подељена одговорност, тужба за накнаду штете, Европска унија, државе чланице, Суд правде

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Чланом 340. Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту УФЕУ) предвиђа се одговорност Европске уније (у даљем тексту ЕУ) за накнаду штете коју су проузроковале њене институције или службеници у вршењу својих дужности.¹ Иако је еквивалентна одредба Уговора садашњем члану 340. УФЕУ постојала још од Уговора из

¹М. Станивуковић, *Појединац пред Судом европских заједница*, Службени гласник, Београд 2007, 106; В. Кнежевић-Предић, З. Радивојевић, „Правосудна заштита права појединаца у Европској унији“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права*, (ур. З. Радивојевић) Правни факултет, Ниш 2008, 118.

Рима, тужба за накнаду штете временом није стекла велику популарност код тужилаца.²

За разлику од тужбе за поништај и тужбе због пропуштања, приватни тужилац код тужбе за накнаду штете не мора посебно да доказује своју процесну легитимацију и није ограничен тако кратким преклузивним роком. Међутим и поред тога показало се да Суд правде (у даљем тексту СП)³ рестриктивно тумачи право тужиоца на накнаду штете, те су стога веома ретке пресуде донете у корист тужилаца.⁴ СП, тако, између осталог, захтева доказивање вишег степена противправног деловања на страни ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ у поступку одлучивања о захтеву за накнаду штете.⁵

Критика са аспекта ефикасног обештећења појединаца се упућује такође и у погледу чињенице да доказивање узрочности доводи до великих проблема у пракси.⁶ Будући да је терет доказивања каузалне везе увек на тужиоцу, установљивање узрочности у пракси представља тежак задатак за њега.

Остваривање захтева за накнаду штете пред СП се такође отежава и компликује и услед одсуства могућности на страни тужиоца да покрене јединствени поступак против ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице пред једним судом када сумња да постоји подељена одговорност ЕУ и држава чланица.⁷

Овај проблем се истиче, у доктрини, као једно од главних ограничења постојећег механизма и као такав биће анализиран у овом раду. Наиме, у раду се прво представља институт подељене одговорности ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице, а након тога указује на

²D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law, Cases and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom 2010², 431.

³Уговором из Лисабона Европски суд правде, чије је право име до тад било Суд правде Европских заједница је променио свој назив у Суд правде Европске уније. За потребе овог рада ће се употребљавати термин Суд правде како када се упућује на његово поступање пре, тако и након ступања на снагу Уговора из Лисабона.

⁴Општи правозаступник Тезуро у свом мишљењу у предмету *Брасери* наводи како је до тог момента, тачније до 1995. године, донето само осам пресуда којима је тужиоцима досуђена накнада штете. В. Т. С. Hartley, *European Union Law in a Global Context: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 206-207.

⁵Т. С. Hartley, *Темељи права Европске заједнице*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2004, 474–477.

⁶Као спорно питање јавља се, између осталог, утврђивање да ли је у поједином случају наступио прекид узрочног тока, као и доказивање довољне блискости између акта и настале штете, наведено према D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 436-437.

⁷В. J. Sahlstrand, "The Non-Contractual Liability of the EC", Faculty of Law, Lund University 1999, 56.

његова ограничења. На крајусе износе предлози за унапређење постојећег режима.

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ ПОДЕЉЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Учешће држава чланица у поступку стварања и спровођења права ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ ствара могућност за настанак подељене одговорности ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице за штету. Таква подељена одговорност ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице јавља се у бројним ситуацијама када претрпљена штета није проузрокована искључиво комунитарним или националним актом, већ представља резултат узајамног доприноса органа ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и националних органа.⁸

У суштини, ради се о случајевима код којих су и органи ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице истовремено одговорни за насталу штету.⁹ До тога може доћи у ситуацијама које би могле да се разврстају у следеће две групе. Подела је извршена с обзиром на то да ли државе чланице поступају као агенти ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ или се ради о заједничком доношењу незаконитих одлука од стране држава чланица и ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.¹⁰

а) У првој групи случајева национални органи државе чланице спроводе и/или извршавају незаконит акт ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, односно у питању су ситуације када је потребно предузимање националних мера за спровођење права ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.¹¹

Овде се ради о случајевима у којима се захтева повраћај износа који су неосновано наплаћени тужиоцу од стране националних органа на основу незаконитог прописа ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ,¹² као и случајеви код којих су органи држава чланица одбили да исплате дуговане износе, да издају

⁸ А. Н. Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2009, 209.

⁹ А. Ward, *Judicial Review and the Right of Private Parties in EU Law*, Oxford University Press, Oxford 2007², 375-90.

¹⁰ J. Sahlstrand, 16.

¹¹ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 437.

¹² В. на пример, Предмет 96/71 *Haegeman v Commission* [1972] ECR 1005M, Предмет 26/74 *Roquette v Commission* [1976] ECR 677; Предмет *IBC v Commission* 46/75 [1976] ECR 65; Предмет 20/88 *Roquette v Commission* [1989] ECR 1553; Предмет C-282/90 *Vreugdenhil v Commission* [1992] ECR I-1937; Предмет T-167/94 *Detlef Nölle v Council and Commission* [1995] ECR II-2589; Предмет T-91/05 *Sinara Handel v Council and Commission* [2007] ECR II-245, параграф 79, наведено према А. Н. Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, UK 2009, 247.

потребна одобрења, или да предузму друге мере на основу незаконитог акта ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.¹³

Важно је разликовати ову групу случајева од ситуација у којима је штета проузрокована погрешним спровођењем или извршењем иначе законитих прописа ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ од стране органа држава чланица. СП је недовосмислено наглашавао да у тим ситуацијама не долази до настанка подељене одговорности, већ је на националном суду државе чланице да оцени да ли су испуњени услови за постојање одговорности држава чланица и да ли долази до примене начела одговорности државе за повреду права ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ. Непостојање подељене одговорности у овим ситуацијама је логична последица чињенице да се Уговором, за разлику од Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП), не јемчи појединцима право на подношење тужбе против држава чланица СП. Такође, немогућност установљавања подељене одговорности у случајевима погрешног спровођења иначе законитог акта ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ неминовно произилази и из одсуства овлашћења на страни СП да укине одредбе националног прописа или мере које су противне праву ЕУ.¹⁴ Тако, на пример, иако одлуке СП донете у поступку одлучивања о претходном питању значајно утичу на исход контролног поступка који се води пред националним судовима, СП нема овлашћења да укине одредбе националног прописа или мере које су противне праву ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ. Наиме, СП је једино овлашћен да спорни национални пропис огласи противним комунитарном праву, сугеришући тако датом националном суду да га не примењује у конкретном случају.¹⁵

¹³Спојени предмети 9 и 11/71 *Compagnie d'approvisionnement and Grands Moulins v. Commission* [1972] ECR 391; Предмет 43/72 *Merkur v Commission* [1973] ECR 1055; Предмет 153/73 *Holtz & Willemsen v Council and Commission* [1974] ECR 675; Предмет 74/74 *CNTA v Commission* [1975] ECR 533; Предмет 99/74 *Grands Moulins v Commission* [1975] ECR 1531; предмет 281/82 *Unifrex v Commission and Council* [1984] ECR 1969; предмет C-119/88 *AERPO v Commission* [1990] ECR I-2189; предмет C-55/90 *Cato v Commission* [1992] ECR I-2533.; предмет 81/86 *De Boer Buizen v Council and Commission* [1987] ECR 3677, Предмет 101/78 *Granaria* [1979] ECR 623; предмет 12/79 *Wagner v Commission* [1979] ECR 3657; Спојени предмети C-104/89 и C-37/90 *Mulder and others and Heinemann v Council and Commission* [1992] ECR I-3061; предмет T-93/95 *Laga v Commission* [1998] ECR II-195; предмет T-94/95 *Landuyt v Commission*, [1998] ECR II-213. Наведено према А. Н. Türk, 106.

¹⁴B. J. Sahlstrand, 13.

¹⁵Национални судови државе чланице су у тим ситуацијама једини овлашћени да непосредно пониште националне акте који су противни праву ЕУ, без обзира да ли је у конкретном поступку дошло до прибегавања поступку претходног одлучивања. в. Н. Мисита, *Европска унија- Оснивање и развој*, Revicon, Сарајево 2010, 76; G. F. Mancini, D. T. Keeling, „Democracy and the European Court of Justice“, *The Modern Law Review* 57/1995, 182–185.

б) У другој групи ради се о случајевима када државе чланице и институције ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, најчешће Комисија, заједнички одлучују. До тога долази, између осталог, у области спољне трговине где је државама чланицама дозвољено да ограниче увоз робе из трећих држава по добијању дозволе од Комисије.¹⁶

3. ОДРЕЂИВАЊЕ НАДЛЕЖНОГ СУДА И ИДЕНТИФИКАЦИЈА ТУЖЕНОГ

У свим случајевима постојања подељене одговорности као спорна се појављују питања идентификације туженог и избора надлежног суда.¹⁷

Одговор на питање ко је проузроковао штету, односно ко је тужени, уједно у начелу опредељује и надлежност суда, будући да основни принцип налаже да је за тужбе за накнаду штете проузроковане повредом права ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ против држава чланица надлежан национални суд, док је за тужбе за накнаду штете против ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ надлежан искључиво СП.¹⁸ Међутим у случајевима постојања подељене одговорности, примена датог основног начела за одређивање надлежног суда не налази своју пуну примену. Наиме, дати принцип није од довољног практичног значаја будући да се његовом применом не може у сваком конкретном случају утврдити надлежан суд.

Другим речима, спорним остаје да ли би поступак за накнаду штете требало покренути пред националним судским органима или СП, будући да се у случајевима подељене одговорности, често догађа, да појединцима истовремено стоје на располагању правна средства пред СП и пред националним судом.¹⁹

Приликом избора надлежног суда за подношење тужбе за накнаду штете по основу подељене одговорности у случају наводне повреде права ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, долази заправо до примене два донекле супротстављена концепта, што у пракси доводи до низа сложених решења.

¹⁶Заједничким одлукама се углавном прибегава када држава чланица предузима заштитне мере уз изричито одобрење Комисије. В. W. Wils, „Concurrent liability of the Community and a Member State”, *European Law Review*, 1992/17, 199.

¹⁷D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 436.

¹⁸М. Станивуковић, 107; S. Hargreaves, *EU Law Concentrate, Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, New York 2011², 82.

¹⁹A. H. Türk, 247.

С једне стране, СП има на основу члана 340. став 2. УФЕУ искључиву надлежност у погледу захтева за накнаду штету по основу вануговорне одговорности ЕУ, док је, с друге стране, СП је развио доктрину на основу које се захтева од тужиоца да пре подношења тужбе за накнаду штете СП исцрпи све могућности за накнаду штете против држава чланица пред националним судовима како би тужба била допуштена.²⁰

Након почетних недоумица у погледу тумачења формулације исцрпљености унутрашњих правних лекова, СП је у предмету *Unifrex v. Commission* појаснио да се „узима да такав начин обештећења обезбеђује ефикасну заштиту појединаца једино уколико омогућава остваривање накнаде наводне штете“.²¹

Избор надлежног суда је у великој мери условљен тиме да ли се у конкретном случају јавља прва или друга врста подељене одговорности.

3.1. Институт подељене одговорности у случајевима када органи државе чланице спроводе и извршавају право ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ

У првој групи случајева, тачније у ситуацијама где држава поступа само као агент ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ примењујући право ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, полази се од начела исцрпљености унутрашњих правних лекова као предуслова за допуштено тужбе пред СП. У складу са претходно изложеном праксом установљеном предметом *Unifrex v. Commission*, при тумачењу датог начела као опредељујући критеријум узима се ефикасност правних средстава која су доступна пред националним судовима у погледу накнаде евентуалне штете.

3.1.1. Поступак након поништавања незаконитог акта

Дакле, применом критеријума ефикасности расположивих правних средстава тужилац би требало да прво пред националним судовима оспорава меру ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ. У току поступка пред националним судовима, национални суд или трибунал може, а у одређеним случајевима и мора да као претходно питање упуту СП питање о ваљаности акта ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ на основу члана 267. УФЕУ (ранији 234. УЕЗ), али не и питање о обиму, односно уделу

²⁰М. Станивуковић, 107;

²¹В. предмет 281/82 *Unifrex v. Commission and Council* [1984] ECR 1969, параграф 11; предмет 175/84 *Krohn v. Commission* [1986] ECR 763, параграф 27; предмет T-195/00 *Travelax and Other v. Commission* [2003] ECR II-1677, пасус 87; предмет C-80/04 *PDL D Trading v Council*, Наредба од 12. априла 2005 (необјављено), параграф 47, наведено према А. Н. Türk, 247-248.

одговорности ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.²² Уколико је СП, одлучујући о ваљаности одређеног акта, у поступку на основу члана 267. УФЕУ, донео пресуду која не представља ваљан основ за обештећење пред националним судом, тужилац може захтевати накнаду штете непосредно пред СПи без претходног исцрпљивања унутрашњих правних лекова пред националним судом, будући да они не би могли да пруже ефикасну заштиту у том случају.²³

Узима се да тужилац има ефикасно правно средство пред националним судовима једино уколико национални суд, може, након поништавања незаконитог акта од стране СП, да изврши спорну дуговану исплату. До тога углавном долази једино када институција ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ уместо претходног донесе нови акт који предвиђа финансијски повољнију конструкцију за тужиоца.²⁴

С друге стране, чешћи је случај да национални органи државе чланице нису у могућности да изврше исплату, чак и након евентуалног поништаја комунитарног акта од стране СП. Будући да то изискује даље деловање од стране надлежних органа ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ. У овом случају, појединац нема ефикасно правно средство пред националним судовима, те тужбу за накнаду штете може директно поднети СП.²⁵

По сличном моделу се решавају и ситуације када органи државе чланице одбијају да појединцу издају дозволу или други акт ослањајући се при томе на незаконит комунитарни акт. Када је национални суд у могућности да донесе захтевани акт након поништаја комунитарног акта од стране СП, сматра се да тужилац има ефикасно правно средство пред националним судовима и да је стога тужба СП недопуштена пре исцрпљивања унутрашњих правних средстава.²⁶ Међутим, уколико у конкретном случају не постоји ефикасно правно средство пред националним судовима, тужба СП ће се сматрати допуштеном.²⁷

²²Case T-47/02 *Danzer and another v Council* [2006] ECR II-1779, пасуси 31–33 наведено према А. Н. Türk, 248; У предмету *Гранариа* (1978), СП је одбио могућност да о вануговорној одговорности Заједнице расправља у поступку одлучивања о претходном питању. В. М. Станивуковић, 107.

²³Case 20/88 *Roquette v Commission* [1989] ECR 1553, пасус 16.

²⁴Case 46/75 *IBC v Commission* [1976] ECR 65.

²⁵Спојени предмети 9 и 11/71 *Compagnie d'approvisionnement and Grands Moulins v Commission* [1972] ECR 391; Предмет 43/72 *Merkur v Commission* [1973] ECR 1055 пасус 6; Предмет *Unifrex v Commission and Council* [1984] ECR 1969, пасус 12.

²⁶Предмет 12/79 *Wagner v Commission* [1979] ECR 3657, пасуси 12-14.

²⁷Case 81/86 *De Boer Buizen v Council and Commission* [1987] ECR 3677, пасус 10; Спојени предмети C-104/89 и C-37/90 *Mulder and others and Heinmann v Council and Commission* [1992] ECR I-3061, пасус 9.

3.1.2. Накнада тзв. „додатне штете“²⁸

У ситуацији када је тужилац извршио неосновану уплату националном органу односно уплату на основу незаконитог прописа ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и при томе је претрпео штету у висини уплаћеног износа, директно подношење тужбе за накнаду штете СП би се сматрало недопуштеним. Подношење би се сматрало допуштеним једино уколико је тужилац претходно исцрпео све могућности да тражи накнаду штете од државе чланице пред националним судом.²⁹ Иста правила примењују се и у погледу наступеле споредне штете, која укључује исплату камата³⁰ и/или накнаду правних трошкова.³¹

С друге стране, специфична ситуација настаје када укупна претрпљена штета превазилази износе чију су исплату захтевали органи државе чланице, а ти додатни губици односно штета не могу да се окarakterишу као споредна штета. У том случају тужба у погледу те тзв. „додатне“ штете која је настала као искључива последица незаконитог акта ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, а не услед деловања националних органа држава чланица може се директно поднети СП с обзиром да ни једно правно средство у том случају није доступно пред националним судовима.³² Такво решење је логично будући да се ради о штети која се не може приписати деловању државе чланице. Стога, у изложеној ситуацији, тужилац може да поднесе две одвојене тужбе: тужбу националном суду којом захтева повраћај износа који је незаконито уплаћени органима државе чланице и директну тужбу СП у погледу тзв. додатне штете која је претрпљена као искључиви резултат незаконитог акта ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и која се стога може приписати једино ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.³³ Право на накнаду штете пред СП у овом случају не треба

²⁸У страномј литератури се користи енглеским термин „unliquidated damage“, који се дословно преводи као „неликвидирана штета“.

²⁹Предмет 96/71 *Haegeman v Commission* [1972] ECR 1005, пасус 16; Предмет 26/74 *Roquette v Commission* [1976] ECR 677, пасус 11; Предмет 20/88 *Roquette v Commission* [1989] ECR 1553, пасус 15; Предмет Case T-429/04 *Trubowest Handel and Makarov v Council and Commission*, Пресуда од 9. јула 2008, пасуси 70-71.

³⁰ Предмет 26/74 *Roquette v Commission* [1976] ECR 677, пасус 12.

³¹T-167/94 *Detlef Nölle v Council and Commission* [1995] ECR II-2589, пасус 37, наведено према А. Ward, 375-391.

³²Овакво решење је очигледно, будући да оштећени нема основа да поднесе тужбу националном суду. В.В. Wils, 203; Предмет 26/74 *Roquette v Commission* [1976] ECR 677; Предмет C-282/90 *Vreugdenhil v. Commission* [1992] ECR I-1937, пасуси 13-15, наведено према А. Н. Türk, 259.

³³В. J. Sahlstrand, 16.

тумачитикао право које може да „исцрпљено“ пред националним судом.³⁴

3.2. Институт подељенеодговорности у случајевима аката које заједнички доносе држава чланица и ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ

Уколико је реч о штети проузрокованој заједничким незаконитим актом ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице, подношење тужбе против ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ је допуштено, будући да, у начелу, и држава чланица и ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ могу да буду одговорне за штету.³⁵

У специфичним ситуацијама када укупан износ претрпљене штете превазилази губитке који одговарају износима неосновано уплаћеним националном органу или вредностима неосновано ускраћених дозвола, а штета је настала као последица заједничке одлуке ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и органа држава чланица,³⁶ поступак се покреће пред СП који тужбу за накнаду штете, у тим случајевима проглашава допуштеном.

Наиме, СП редовно прекида поступак како би сачекао исход поступка за накнаду штете који се води пред национални судом у погледу штете за коју су одговорни национални органи.³⁷ На тај начин, прекидајући ток поступка, СП избегава досуђивање накнаде штете тужиоцу у неодговарајућем износу, тачније у несразмерно високом или ниском износу.³⁸

4. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

Иако бројност изложених решења, на први поглед, говори у прилог постојања веома сложеног режима подељене одговорности, сва решења су у суштини системски усклађена са захтевом за исцрпљивањем свихунутрашњих правних средстава која су подобна да доведу до накнаде штете, како би било могуће покретање поступка за накнаду штете пред СП.

Наиме, као што је већ раније истакнуто, СП претпоставља, да странке треба прво да исцрпе правна средства расположива пред

³⁴ Предмет 26/74 *Roquette v. Commission* [1976] ECR 677.

³⁵ В. Ј. Sahlstrand, 16.

³⁶ Као пример за то може да послужи случај *Kampffmeyer v Commission*, в. Спојени предмети 5, 7, 13-24/66 *Kampffmeyer v Commission* [1967] ECR 245.

³⁷ А. Н. Türk, 250.

³⁸ W. Wils, 203.

националним судовима у националном праву.³⁹ Претпоставка је даље оборива уколико је немогуће за подносиоца да употреби правно средство пред националним судом, тачније да оствари правну заштиту на националном нивоу, те се у тим случајевима тужба може поднети директно СП.⁴⁰

Истиче се у научним и стручним круговима да се доктрином исцрпљености унутрашњих правних лекова настојала умањити преоптерећеност предметима СП. Наиме, њеном применом се постиже веће анагажовање националних судова, кад год је то могуће и када се то не противи праву ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ. Стога за допуштеност тужбе пред СП, прво се захтева њено подношење националном суду. Тај принцип примењује се чак и у случајевима када се захтева повраћај неосновано уплаћеног износа коју су захтевали национални органи, а сама уплата извршена је укористфондова ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ.⁴¹

С друге стране, у академским круговима се као један од главних недостатака постојећег института подељене одговорности наводи одсуство могућности на страни тужиоца да покрене јединствени поступак против ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице пред једним судом. На тај начин отежава се и усложњава остваривање ефикасне заштите права појединаца. Тако уместо одређивања јединог суда као надлежног, тужилац уколико сумња да постоји подељена одговорност између ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице, треба да трага за одговарајућим правним средствима и да паралелно покрене одвојен поступке против ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и државе чланице: један пред СП и други пред националним судом. Избор одговарајућег правног лека не представља ни мало једноставан задатак за тужиоца, као уосталом ни одређивање туженог против којег се покрене поступак за накнаду штете.⁴²

Стога, део доктрине предлаже да би најправичније решење налагало увођење система солидарне одговорности, тако да орган ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ и органи државе чланице солидарно носе терет у погледу проузроковане штете.⁴³ Наиме, подносилац би тада могао да бира којег штетника ће да тужи и да захтева накнаду целокупне штете. Оптужени који не успе у спору и накнади целокупан износ штете, након тога

³⁹Предмет 96/71 *Haegeman v. Commission* [1972] ECR 1005.

⁴⁰S. Hargreaves, *EU Law Concentrate, Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, New York 2011², 82; Предмет 281 /82 *Unifrex v Commission and Council* [1984] ECR 1969 наведено према В. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2010², 436.

⁴¹J. Sahlstrand, 15.

⁴²*Ibidem*.

⁴³*Ibid.*, 17.

може да истиче захтеве према осталим штетницима у погледу прекомерно исплаћеног износ штете односно износа у погледу којег онније одговоран.⁴⁴

Као аргумент у прилог увођења солидарне одговорности истиче се и то што већина правних поредака држава чланица, примењују тај модел одговорности у случајевимапроузроковања штете, како би оштећеном била обезбеђена ефикасна и сигурна накнада, док би, с друге стране, штетник који исплати више него што износи његов удео имао право на регрес од осталих штетника у погледу прекомерно исплаћеног износа штете.⁴⁵

Предложено решење би свакако допринело унапређењу постојећег режима подељене одговорности у поретку ЕЕЗ/ЕЗ/ЕУ, пре свега резултирајући у повећању ефикасности тужбе за накнаду штете. Ефикасније обештећењедовело би и до потпунијег остваривањаправа на делотворни правни лек прописаног чланом 13. ЕКЈП, будући да оно има и одштетни карактер, служећи, између осталог, отклањању последица повреде.⁴⁶

⁴⁴D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 436.

⁴⁵Тако нпр. 46 од укупно 50 савезних држава САД-а предвиђа систем солидарне одговорности. Више о режиму солидарне одговорности в.Г. Lysén, „Three questions on the non-contractual liability of the EEC”, *Legal Issues of European Integration* 2/1985, 105.

⁴⁶Р. Етински, „Промена коју доноси Лисабонски уговор у корист права на делотворни правни лек“, *Зборник школе права Европске уније*, (ур. Д. К. Вукчевић *et al.*), Факултет правних наука, Универзитет Доња Горица, Подгорица 2011, 102.

Vesna Ćorić Erić, LL.M.
Research Associate
Institute of Comparative Law

CONCURRENT LIABILITY OF THE EUROPEAN UNION AND A MEMBER STATE

This paper provides a critical analysis of the concurrent liability of the European Union and a Member State, placing a particular emphasis on its notion, classification as well as on the legal effects of the given categorization within the EU legal framework. The paper further argues that in order to comply with requirements set out in article 13 of the ECHR (the right to an effective remedy), the current system of concurrent liability must be improved.

Key words: *Concurrent liability, European Union, Member States, Court of Justice, claim for compensation*

Denis Preshova*

Pregledni naučni rad
UDK:341.24 (73)

WHY SO DUALIST? :
CRITICAL VIEW ON THE STATUS AND EFFECT
OF TREATIES IN THE LEGAL SYSTEM
OF THE UNITED STATES

*This article aims at discussing an issue of proper “categorization” of the United States in regard to the status and effect of international treaties in the national legal realm. It is a question that does not have only theoretical value and purpose, but rather a possible significant practical impact especially in light of recent developments such as *Roper v. Simmons*, named by some authors as creeping monism. However, here it is argued that the reasoning in this case is just a continuation and acceptance by the Supreme Court of what is stipulated in the Constitution and proper understanding of specific provisions and the international treaty law. It is the analysis of the theoretical framework of the relationship between national and international law that is at the core and through which the author tries to show that the United States is more of a monistic country than dualist. The argumentation is presented in three parts. Part I presents the monistic and dualist theories through a comparative analysis. Part II focuses on the textualist aspect by going into the relevant constitutional provisions. Part III discusses the judicial interpretation of these provisions and the new phenomenon of “creeping monism”.*

Key words: *status of international treaties; Roper v. Simmons; Supreme Court of the USA; national and international law*

* PhD candidate in Comparative Constitutional Law and EU Law, University of Köln, Germany. Teaching and research assistant, Chair of Constitutional Law and Political System, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University of Ss. Cyril and Methodius, Skopje, Macedonia.

INTRODUCTION

International law is becoming ever more important as globalization brings an increasing need for international response and coordination when regulating issues that are of equal concern for all countries. It has entered a new era where it is expanding its subject matter to include relations between a nation-state and its own nationals.¹ However, international law does not have a centralized enforcement system or structure and regardless of the latest developments of monitoring systems still heavily depends on national institutions to fulfill their international obligations². It is particularly for this reason that the relation between domestic and international law and the attitude of national institutions toward international law, as well, have been in the focus of scholarly debate all over the world for so long. This point is even more important when the most powerful and influential country is concerned.

The United States has been a case that is hard to categorize and explain in terms of the status and effect of treaties in its legal system. One might pose the question why does it even matter to categorize the United States as either monist or dualist? If it were to be proved that the United States were actually a monist country that would mean that the notion of non-self-executing treaties does not relate to the point of whether these treaties are law or not, but only to their direct applicability in courts in case they are invoked by one of the parties. Thus, the vigorous debate over this question filled with extreme positions on both the “internationalist” and “nationalist” side makes the endeavor of tackling this issue more challenging, especially when an outsider is concerned. Sometimes one cannot avoid the impression that the discourse is being intentionally complicated without a particular reason except for the introduction of new, and not rarely obscure, arguments and evidences that are just used as proof of some kind of “numerical” superiority of the “true” position. This argumentation ranges from the original intent of the Founders that is sought for in the ratification conventions of different states to recent case law of the Supreme Court and public policies justifying one or the other view.

Under this idea, the author intends to question some of the arguments presented in the debate so far and try to bring a different perspective to the issue. The main thesis here is to prove the rigid interpretation of the United

¹ Julian G. Ku, *Treaties as Laws: A Defense of The Last-In-Time Rule For Treaties and Federal Statutes*, 80 *Ind. L. J.* 319, 329 (2005) [hereinafter Ku, *Treaties as Laws*].

² Armand de Mestral and Evan Fox-Decent, *Rethinking the Relationship between International and Domestic Law*, 53 *McGill L.J.* 573, 588 [hereinafter Mestral and Fox-Decent, *Rethinking*].

States as a purely dualist country³ wrong while presenting arguments to show that it is at least hybrid⁴ if not modified monistic system. Therefore, all arguments presented in this article will be viewed through the lenses of this dichotomy and thesis. This article will be confined only to an analysis of the role of treaties in the United States system and will consist of three parts.

The first part will cover the basic theoretical framework of the relationship between the national and international law and will discuss some basic misconceptions through a brief comparative analysis.

The second provides a short overview of the relevant constitutional provisions and explains the treaty making power and procedure in the United States. A short overview of the particular reasons for drafting of each provision will be presented.

Basically these two parts serve the purpose of setting the stage for the core argumentation of this article presented in the third part. Building on the previous discussion, here the most contentious issues will be argued such as the status and effect of non-self-executing treaties and the “creeping monism” concept, the role of the courts in determining the type of treaty provisions and how tradition is used and misused.

I. Theories explaining the relationship between national and international law

There are two dominant theories dating from the eighteenth and nineteenth century that try to explain the interaction between the national legal order and international law. Those are monism and dualism.⁵ Many authors are of the opinion that this dichotomy has no practical value and it is

³ Curtis A. Bradley, Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception, 51 *Stan. L. Rev.* 529, 531 (1999); George Slyz, *International Law in National Courts*, 28 *N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.* 65, 71 (1996); William Burnham, *Introduction to American Legal System of The United States* (4th ed. 2006), 674; John M. Rogers, *International Law and United States Law* (1999);

⁴ See Louis Henkin, Plenary session: The U.S. Constitution in Its Third Century: Foreign Affairs, 85 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 191, 191 (191), Melissa A. Waters, *Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Right Treaties*, 107 *Colum. L. Rev.* 628, 638 [hereinafter Waters, *Creeping Monism*].

⁵ David Sloss, *Non-Self-Executing Treaties: Exposing a Constitutional Fallacy*, 36 *U. C. Davis L. Rev.* 1,9-10 (2002) [hereinafter Sloss, *Non-Self-Executing Treaties*]. He makes a very interesting distinction on this point. He distinguishes terms “monist” and “dualist” from monist and dualist domestic legal systems. In his view a country has a monist legal system if international treaty provisions are automatically converted into domestic law without the need for implementing legislation and in contrast dualist if country's law requires conversion of treaty obligations into domestic law. In this sense the United States' system is largely (but not entirely) monist.

anachronous, especially in an era where international and foreign law is treated to be as authoritative as domestic law.⁶ The very fact, according to these scholars, that a constitution contains a provision determining the status and effect of international law, customary or conventional, is in its very essence dualistic. Thus, there is no need to distinguish between the two since every country in the world has such a provision in its domestic legal order.

However, I do not totally agree with these statements because this dichotomy still has a practical value, and it is not purely an academic distinction. I believe that a categorization based on this dichotomy eventually makes a difference in the treatment of international law by national institutions. That is why one has to start discussing this topic by first addressing theories explaining the relationship between national and international law. Basically, this is the framework through which I will analyze the United States system and try to prove that only the relatively recent practice of the political branches and to some extent the passive attitude of the judiciary have led to change in the paradigm and the attitude towards international treaties and their relationship with the domestic legal order. This shift, which I do not think follows the true meaning of the constitution, has developed the notion that the United States is a dualist country.

In essence, monism perceives national and international law to be part of one single integral legal system. Nevertheless, there are different currents of thought based on the role of the state within this theory itself. In the nineteenth century, the German etatist legal doctrine declared international law to be inferior to domestic law since the source of both of these is commonly rooted in the state sovereignty. In that sense, international law is just “external state (national) law”⁷. Opposing this rather nationalistic concept in the twentieth century, Hans Kelsen developed the internationalist view. In his view, within this unitary system of law the “Grundnorm” is international law, and it should prevail in any conflict with other sources of law⁸.

However, neither of these is the prevailing view today as most countries have opted for a kind of modified version of monism. Even Austria and its constitution dating from 1921, that is actually the brainchild of

⁶ Mattias Kumm, *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement* in Choudhry, S.(ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, (2007), p.2; Armin von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, 6 *Int'l J. Const. L.*, 397, 398(2008); Waters, *Creeping Monism*, supra note 3 at 630.

⁷ Antonio Cassese, *International Law* (2d. ed. 2001), p. 217-234.

⁸ Malcolm N. Shaw, *International Law* (6th ed. 2008), 132.[hereinafter Shaw, *International Law*].

Kelsen himself, have adopted this modified doctrine.⁹ It is easily concluded that the United States fits more into this group than into the group of countries that embraces the dualism. This modification of the theoretical form of monism is expressed in the constitutions and legal systems of numerous countries through the enactment of constitutional provisions dealing with the status and role of treaties and declaring, most frequently, that treaties are to be of a higher or equal normative value as statutes in the domestic legal order, but in each case inferior to the constitution. Under the pure monistic approach no such provisions would be needed and international law would be automatically incorporated and superior to all forms of domestic law, constitutional or statutory, with its adoption, validity and entry into force on international level only. This trend is evident particularly in constitutions enacted after WWII and in the post-socialistic regimes. Both groups of constitutions have influenced constitutional making process in the world. On the other hand, sovereignty is in a more or less, transitional phase and the role of international law has changed since those days. Absolute sovereignty today represents just an idealistic thought of nationalist thinkers.

In contrast, dualism perceives the national and international legal order as two separate orders and systems. Dualists view these orders separately because they differ in terms of their sources, objects and subjects, or, simply put, there are fundamental differences in the nature of inter-state and intra-state relations¹⁰. As a result, international law has no validity in the national legal order unless it is transformed into a domestic legal act, most usually an act of the Parliament. The most prominent example of this system is the United Kingdom as well as the other Commonwealth countries. However, one has to bear in mind that certain modification is visible in these countries as well. Namely, the United Kingdom under pressure from the European Union and the rulings of the European Court of Justice on primacy of EC law and of the Council of Europe and the European Court of Human Rights has “relaxed” the supremacy of the Parliament doctrine¹¹. The United Kingdom enacted statutes, European Communities Act 1972 and Human Rights Act 1998, which made incorporation of international law possible regardless of its source, European Community, European Community or Council of Europe.

⁹ Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice* (2005): Franz Cede and Gerhard Hafner, Austria, p. 69.

¹⁰ Shaw, *International Law* supra note 7, at 131.

¹¹ Mestral and Fox-Decent, *Rethinking*, supra note 2, at 605. Tom Ginsburg, Svetlana Chernykh and Zachary Elkins, *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. Ill. L. Rev. 201, 205 (2008) [hereinafter Ginsburg, Chernykh and Elkins, *Commitment*].

Even though on its face this dichotomy seems to be very simple it became quite complicated when trying to categorize particular countries. Some of the countries even apply different types of theories to different sources of international law¹². Additionally, there are also misconceptions that occur when analyzing the theories. Some authors¹³ argue that the *differentia specifica* of the either monism or dualism is a hierarchy of legal norms, national and international. Thus, stating that one country is dualist because its treaties are on an equal footing with the statutes in the hierarchy of legal norms without first defining whether international law is directly applicable or not, is unacceptable. All in all, one cannot discuss hierarchy of norms if the treaties are not directly applicable in a specific country. Therefore, one cannot discuss the hierarchy of norms in a country that treats international law as separate legal system and requires an act of transformation before it can directly apply it¹⁴. Just the mere fact of looking at the issue from this perspective makes the point monistic. If you have a dualist system, then you will have two parallel hierarchies of legal norms since you have two separate legal systems. Treaties in a dualist system are not treated as law, because they can never be self-executing. Therefore using hierarchy in such circumstances means that the different sources from the two different and separate legal orders are put into one single hierarchy. Furthermore, if one distinguishes only based on hierarchy, then today there is not one single country that is truly monistic in the world. Even the Netherlands would not be monistic as its constitution requires the same majority, even if not the same procedure, for adopting a treaty that conflicts with the constitution such as the one dealing with amending the constitution.¹⁵ It is also the constitution itself that declares treaties to derogate it, so the highest legal act has allowed for the possibility of changing its own text.

Another misconception frequently made is connected to the act of incorporation, also referred to as legislative approval. Namely, a great majority of countries that accept monism, or the modified version of monism do require for their respective parliaments to have a say through an act of

¹² Ginsburg, Chernykh and Elkins, Commitment, supra note 10, at 205; They give several examples of countries that adopted this mixed type of system when different sources of international law are concerned. For example: Germany, Italy, Austria, Netherlands, France, Switzerland and others.

¹³ Curtis A. Bradley, Breard, Our Dualist Constitution, and the Internationalist Conception, 51 Stan. L. Rev. 529, 531 (1999); George Slyz, International Law in National Courts, 28 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 65, 71 (1996); William Burnham, Introduction to American Legal System of The United States (4th ed. 2006), 674.

¹⁴ John H. Jackson, Status of Treaties in Domestic Legal System: A Policy Analysis, 86, Am. J. Int'l L. 310, 314-315 (1992); Mestral and Fox-Decent, Rethinking, supra note 2, at 581-582.

¹⁵ The Constitution of Netherlands, Article 137 and article 91 (3).

incorporation or parliamentary approval. Such acts or approvals of the legislature basically serve only the purpose of expressing consent for the treaty to become an integral part of the domestic legal order. In those cases the act of incorporation or approval has no normative value and if one is to invoke a specific treaty provision it will refer not to the act of the parliament but to the treaty itself.

II. Constitutional provision, original intent and treaty making power and procedure

While the first section has presented the general theoretical framework the next two sections will turn to the actual United States practice regarding the status and effect of treaties. This article does not attempt to cover the entire debate, nor does it aim to provide answers to all contentious matters. Indeed, methodologically, might be termed selective. However, I believe that selectiveness is part of the debate as well, since there are no objective standards and criteria to follow. Therefore, this part will start with a brief overview of relevant constitutional provisions. Further it will analyze constitutional provisions envisaging the basic rules of treaty making. As an addendum the argumentation is followed up by the original intent debate.

Every analysis of an issue dealing with the status and effect of international law in a particular country has to involve its relevant constitutional provisions since, as previously stated, every country has such rules. In the United States Constitution, the Supremacy clause is in the middle of every inquiry of this kind. Article VI Clause 2 stipulates “all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land”.¹⁶ The phrase “made under the authority of the United States” actually points out to the constitutional limits put on treaty making power. In essence, treaty makers cannot introduce a treaty that is unconstitutional either because the federal government lacks the power to enact such a domestic act in a particular area or the matter to be regulated by the treaty actually is exclusively reserved for Congress such as the appropriation of funds or maybe declaring a war.¹⁷ The wording of the provision that all treaties are supreme law of the land means that there is a general presumption of self-execution of treaties but also that even non-self-executing treaties do represent law particularly when an inconsistent state statute is concerned.¹⁸ Lastly, when analyzing the wording of the supremacy clause, great debate has been caused by the fact that this provision uses the

¹⁶ U.S. Const. Art. VI cl. 2.

¹⁷ Sloss, *Non-Self-Executing Treaties*, supra note 4 at 48.

¹⁸ More on this point see in the next section discussing on the character of non-self-executing treaties as law.

phrase “shall be” when it is regulating treaties as supreme law of the land. But from a textual viewpoint the meaning is more than evident. The phrase generally addresses all acts in the provision, the constitution, the statutes, and the treaties, and there is no logical reason in to claim that it means that treaties necessarily need an implementation act in order to become supreme law of the United States.¹⁹ On the contrary treaties are automatically incorporated in the system notwithstanding the nature of the provisions as self-executing or not.

The wording of the provision is evidently monistic, and it seems to be obvious that there is no need of transformation treaties in domestic acts as treaties themselves are part of the “Law of the Land” once they are ratified and enter into force. In this sense, totally departs from the British dualistic model.²⁰ Thus “all” treaties are law and they, or better said, their provisions are directly applicable if they are of that nature²¹. This view and interpretation for every lawyer coming from a civil law system would be more than obvious, and every attempt to argue differently would seem dead-ended. Therefore, it is no surprise how a renowned scholar of international law, Armin von Bogdandy, can reach such a conclusion and state that the United States is a monist country in one of his articles.²² Arguments that the actual intent of the drafters was to adopt the doctrine of transformation does not hold ground because if they truly wanted to adopt they would simple not mention treaties or explicitly refer to transformation²³.

Another point of contention between the two currents of thought within American discourse is connected to the role of Congress in the treaty making procedure. The Constitution in Article II Section 2 Clause 2 states that the President “shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur.” Therefore the treaty-making power lies in the hands of the President and the Senate. From this provision, it is evident that there is no particular reason for the adoption of dualism. Namely, the separation of powers reasoning that is present in the United Kingdom for upholding the transformation doctrine is not applicable in this case. While the Crown is the

¹⁹ John C. Yoo, *Globalism and The Constitution: Treaties, Non-Self-Executing, and The Original Understanding*, 99 Colum. L. Rev. 1953, 1962 (1999) [hereinafter Yoo, *Globalism*].

²⁰ Shaw, *International Law* supra note 7, at 158-159; Waters, *Creeping monism*, supra note 3 at 638-639; Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice* (2005): Robert E Dalton, United States, p. 765.

²¹ Carlos Manuel Vazquez. *Laughing at Treaties*, 99 Colum. L. Rev. 2154, 2171 (1999) [hereinafter Vazquez. *Laughing at Treaties*].

²² Armin von Bogdandy, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, 6 Int'l J. Const. L., 397, 401-402(2008).

²³ Vazquez, *Laughing*, supra note 20 at 2171

sole organ in negotiating, signing and ratifying treaties, the Parliament has no say and no role. This reason for the separation of powers is quite convincing especially bearing in mind the balance that needs to exist between the executive and legislative power.²⁴ The latter is achieved in the United States through the involvement of the Senate in the whole procedure. Objections to the exclusion of the House from process have legitimate, above all, democratic grounds. Yet, the rationale of some Founders sounds equally convincing. Madison, objecting to Governor Morris's opinion about involving the House in the procedure, simply said that it would be too difficult to enter into treaty if the House would have an actual role.²⁵ Apparently, there was a great deal of concern about how the United States would stand on the international plane. Just imagine how long would it take for these three bodies to coordinate. Seen in today's context and circumstances, this point is even more valid. Applying the latter-in-time rule²⁶, the House can together with the Senate abrogate and overrule treaties by enactment of a new statute that contradicts the treaty. Beside the separation of powers or structural concerns, when the executive and legislative powers are concerned, in the sense they are being used in the United Kingdom²⁷ are not a compelling point for defending a dualist conception in the United States.

Opponents of this interpretation of the constitutional provisions, put the focus on the original intent of the Founders, thus, diluting the textualism. Namely, they claim that the Founders never intended to adopt a monistic stand point and they actually wanted to adhere to the British model. Frankly, the support of these and similar arguments is rather confusing²⁸. According to this view, treaties are presumed to be non-self-executing, and, by it they are not the law in the domestic system until Congress enacts an implementing statute. Through this they insist on the role of the House in this whole process of treaty making.²⁹ Paust and Vazquez provide numerous documents that undoubtedly show the rationale of the Founders to be different from the way it is interpreted by those who claim a presumption of non-self-executing treaties. Framing debates, several state constitutional conventions, the Federalist papers and so on are only some of the sources

²⁴ Shaw, *International Law*, supra note 7 at 139.

²⁵ Vazquez, *Laughing at Treaties*, supra note 20 at 2160

²⁶ More on the development of the last-in-time rule Jules Lobel, *The Limits of Constitutional Power: Conflicts Between Foreign Policy and International Law*, 71 Va. L.Rev. 1071, 1103-1110 (1985).

²⁷ The same conclusion applies for most of other Commonwealth countries see Waters, *Creeping monism*, supra note 3.

²⁸ Yoo, *Globalism* supra note 18

²⁹ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, *Treaties, Human Rights, and Conditional Consent*, 149 U. Pa. L. Rev. 399, 408 (2000).

that they use in support of the idea that the original intent was consistent with the departure from the British model and, that treaties are law of the land without the need for implementing acts and that most of them were to be self-executing unless in rare situations when the language of the treaty or some exclusive congressional power required otherwise.³⁰

Obviously, from this overview there are no strong reasons to argue for dualism in the United States either from the constitutional provision or original intent's perspective. Authors arguing for the dualist position unquestionably fall short in supporting their point as neither textualism nor originalisms prove their thesis. However, the debate is more vigorous and fierce once case law comes at question. The judicial rollercoaster, as I term it, seems to be a lot more ambiguous in this sense. The next part will show why.

III. Self-executing v. Non-self-executing: Law v. Non-law

Within the whole setting of the status and effect of treaties one thing is crystal clear. There are treaties that are defined as self-executing and others that are defined as non-self-executing. I do not see this as unique feature of the United States legal system. Even in the Republic of Macedonia, there is a provision in the Judiciary Act stating that courts will apply international treaties if they could be directly applicable implying that some treaties could not.³¹ The main difference however, is that there is a dominant view in the United States that does not treat non-self-executing treaties as law, in the domestic legal system. Thus, it is upon the answer to this question of the status and effect of non-self-executing treaties that will enable us to determine if we can talk about a hybrid or a monist system that has gone through some sort of modification and deformation based on "tradition".

Under the authority of Article III Section 2 Clause 1 that "the judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this constitution, the laws of the United States, and the treaties made, or which

³⁰ Jordan J. Paust, *Self-Executing Treaties*, 82. *Am. J. In't L.* 760, 761-764; Vazquez, *Laughing at Treaties* supra note 20, 2158-2168.

³¹ Article 18 Judiciary Act Official Gazette nr. 58/06 from 11.05.2006; For other examples of monistic countries applying the same division and rule see Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice* (2005); Franz Cede and Gerhard Hafner, *Austria*, p. 69.; Peirre Michel Eisemann and Raphael Rivier, *France*, p.253, Francisco Orrego Vicuna and Francisco Orrego Bauza, *Chile*, 123, Jan G. Rouwer, *Netherlands*, p.483.

shall be made, under their authority.” Thus, in connection to the Supremacy clause, early case-law suggests that there was no reference to any kind of distinction between treaties as “all treaties” were “law of the land”, and this depicted the intent of the Founders accurately. In a series of cases in the early eighteenth century, Justice Marshall has affirmed the prevailing view at the time that treaty law was directly applicable.³² However, in 1829 in a landmark case, *Foster v. Nelson*, frequently referred to, Chief Justice Marshall wrote:

*Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department; and the legislature must execute the contract before it can become the rule for the court.*³³

This statement reveals several conclusions. First, this is further proof that the United States has a different approach to treaties than in the United Kingdom. The same conclusion could be also derived from another quote from Lord Oliver in the House of Lords’ decision in *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* in which he noted that: as a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the royal prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to altering the law or conferring rights on individuals or depriving individual of rights which they enjoy in domestic law without the intervention of Parliament. Treaties, as it is sometimes expressed, are not self-executing.³⁴

The Court clearly stated that United States treaties are to be directly applicable without the need of enactment of any legislative provision, and this is something that has been held ever since when self-executing treaties are in question. This fact alone without additional discussion of other aspects related to non-self-executing treaties would be enough for one to conclude that this system is monistic where these treaties are concerned. However, the challenge for arguing the same point also in regards to non-self executing treaties is greater and more tempting.

³² See Paust Self-Executing Treaties supra note 30 at 765 referring to *United States v. The Schooner Peggy*, 5 U.S. (1 Cranch) 103, 110 (1801) Chief Justice Marshall stated that “If the law [there, a treaty] be constitutional, . . . I know of no court which can contest its obligation” and in *Owings v. Norwood's Lessee*, 9 U.S. (5 Cranch) 344, 348-49 (1809) “Whenever a right grows out of, or is protected by, a treaty, . . . it is to be protected.”

³³ *Foster v. Nelson* 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829).

³⁴ Shaw, *International Law*, supra note 7 at 149.

Second, Chief Justice Marshall has based the distinction between the two types of treaties on the wording or language of the treaty provisions. In this sense, the search for the intent of the parties as seen through the lenses of domestic contract law was not examined. This is a valid point because treaties are to be interpreted according to international rules for treaty interpretation whether they are either customary or from the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Vienna Convention in this sense represents a codification of international customary rules whose authority has been accepted by the State Department. Articles 31 and 32 of the Convention clearly state that language test is the primary test to be employed.³⁵

What actually is closely related to this issue of interpretation, and perhaps one of crucial points to be made here, is the role of the Senate in defining or declaring what will be a non-self-executing treaty. Namely, Foster is a case where the Court clearly demonstrated that the Senate is the

³⁵ The emphasis in these provisions should put on the intent of the “parties”. Not only is the intent of the treaty makers of the United States relevant in interpreting specific treaty provisions but also of all the other contracting parties. Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

Article 31, General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with

the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32 Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of

the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the

application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

most suitable forum to conduct such an analysis. In the actual case the Court held that the provisions of the treaty were not to be enforceable by the courts and acknowledged that there is an obligation coming out of the treaty provisions that the “legislature must execute”. Thus, affirming the position that indeed the Court made a distinction and categorized the treaties in two groups and set the relevant test thereto, how could the Senate make a declaration taking over the role of the Court in saying what is not to be a directly applicable provision.³⁶ Basically, by this practice, the Senate through its non-self-executing (NSE) declarations, which are of suspicious normative nature within the domestic legal system³⁷, first deprives the citizens of the United States of certain rights coming out of a treaty that obviously is directly applicable³⁸ and second goes counter to constitutional provisions and encroaches on the judicial power of the application of the law. As a matter of fact Article II and the Supremacy clause confer to the Senate and to treaty makers in general to “indirectly” enact domestic law by international legal provisions they adopt through the treaty making procedure. This means that there is no implied power for the Senate to declare a specific treaty not to be “Law of the Land” even though it is in total conformity with the Constitution. The NSE declaration essentially represents a solely domestic act since it does not have any effect in the international realm and, as such, it runs counter to the legislative power stated in the Constitution to be solely in the hands of the Congress and thus not only the Senate’s power. In this way, the Senate can legislate a domestic law only through adoption or by giving its consent to an international treaty. As such, it cannot create a purely domestic duty, which furthermore does not arise from treaty provisions and therefore does not influence in any way international law, for the Congress to enact an implementing legislative act. However, what the Senate can legitimately do is to put the ratification of the treaty on hold until a specific implementing act is enacted that is required as an international obligation coming out of the nature of the treaty provisions.

³⁶Waters, *Creeping monism*, supra note 3,

³⁷ Stefan A. Reisenfeld and Frederick M. Abbot, *The Scope of U.S. Senate Control Over The Conclusion and Operation of Treaties*, 67 *Chi.-Kent L.Rev.* 571, 595-596 (1991), citing Restatement section 303, Reporter’s Note 4: A condition imposed by the Senate that does not seek to modify the treaty and is solely of domestic import, is not part of the treaty and hence does not partake of its character as ‘supreme Law of the Land.’ . . . It was once assumed, therefore, that a Senate proviso that a treaty shall not take effect for the United States until Congress adopts implementing legislation could not have the force of law necessary to prevent the agreement from automatically taking effect as law in the United States. See *Power Authority of New York v. Federal Power Commission*, 247 F.2d 538 (D.C. Cir.1957), vacated and remanded with instructions to dismiss as moot, 355 U.S. 64, 78 S.Ct. 141, 2 L.Ed.2d 107 (1957).

³⁸ Louis Henkin, Michael J. Glennon and William D. Rogers (eds.), *Foreign Affairs and The U.S. Constitution* (1990); Richard B. Lillich, *The Constitution and International Human Rights*, at 154-155; Stefan A. Reisenfeld and Frederick M. Abbott, *The Scope of U.S. Senate Over The Conclusion and Operation of Treaties*, 67 *Chi.-Kent L. Rev.* 571, 599(1991).

By this it would not infringe any international obligations since the treaty has not entered into force in the United States. In contrast, allowing the Senate to adopt NSE declarations “gives the treaty makers the power to enter into binding obligations internationally while simultaneously taking steps to undermine U.S. compliance with those obligations.”³⁹ I definitely do not read the relevant constitutional provision in this manner nor do I believe that this practice was the intention of the Founders.

The Senate, on the other hand, has justified the making of NSE declarations by stating that United States laws do provide the same or even higher standard of human rights protection so there is no need for human rights treaties to have a self-executing character.⁴⁰ This argument is simply false. If this justification was to be true than there would be no reason for declaring these treaties as non-self-executing since they would not be in any conflict with domestic legal norms and acts and there would be no reason to fear them overriding the previous statutes according to the later-in-time rule. The last-in-rule in fact is applicable only to those situations where an evident conflict exists between provisions of a federal statute or legislative act and ratified treaty⁴¹ as any other situation should be resolved according to the Charming Betsy rule⁴².

This argumentation totally opposes Yoo’s view on the separation of power issues between the judiciary and the legislative, which if his point is followed will totally legitimize the role the Senate has taken. Yoo states that, in *Foster* it was the separation of powers that dictated that political branches should have the last word in relation to treaties as it has the preeminent role in foreign affairs also as result of judiciaries “incompetence beyond the adjudication of individual rights” and that political branches have the choice of implementation policy.⁴³ On the contrary, I would argue, that it is precisely this situation that goes against the separation of powers and the Constitution. He claims, supporting his argument by quoting *Foster*, which the judiciary’s role is “to decide upon individual rights, according to those principles which the political departments of the nations have established.” This is exactly why, if the role of the judiciary is to decide upon individual rights, the Senate should not interfere in this way, unless the Congress enacts a statute that explicitly stipulates this intention and overrides a previous treaty. Furthermore, this will certainly not represent any kind of involvement by the judiciary in implementation policy, as Yoo claims, since it will only

³⁹ Sloss, Non-Self-Executing Treaties, supra note 4 at 60.

⁴⁰ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, Treaties, Human Rights, and Conditional Consent, 149 U. Pa. L. Rev. 399, 419-421 (2000).

⁴¹ Ku, Treaties as Laws, at 325.

⁴² *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

⁴³ Yoo, Globalism, supra note 18 at 2088-2089.

rule on whether a treaty is self-executive or not. If, hypothetically, we concur that non-self-executing treaties are not law in the domestic legal order, then this would mean that the Senate has taken the power to declare what is not “Law of the Land”. I believe this particular point is definitely a separation of power issue not permissible under the Constitution. This is even more the case when bearing in mind that, according to Article III of the Constitution, as stated in the previous section, the judicial power is conferred solely to the Supreme Court, and it has the ultimate power to interpret treaties even when President’s interpretation is challenged before it and also decide on the nonjusticiability of issues or interests at stake under specific treaty.⁴⁴

Fourth, in the United States treaties are to be self-executing unless the language or a certain exclusive congressional power does not require otherwise. However, even then a non-self-executing treaty carries an obligation for the legislature and executive, most frequently a positive obligation. On this point, Henkin argues that even if a non-self-executing treaty is not a rule for the Court it still creates obligations and is in that sense binding law for the President or Congress.⁴⁵ Denying any effect to these acts in the domestic legal order leaves a huge space for violations of international law since, regardless of national law, these treaties and international obligations are valid in international law. Even though courts cannot directly apply a non-self-executing treaty, they can acknowledge that there is an obligation coming out of the text of the treaty especially when there is an obligation of further legislation within the national realm. Actually, the latest development in the case law shows that the Supreme Court realized the importance of the previous point. Basically, it has followed what has already been stated by other federal courts that as a matter of fact “treaties to which non-self-executing declarations are attached are the Law of the Land, notwithstanding the declaration.”⁴⁶ Some authors have encouraged this development and claimed this to be a sign of a “creeping monism” as Waters refers to it. Creeping monism is actually the trend of abandoning the strict dualism and attaining a more flexible, monistic approach in the case-law, especially when human rights treaties are concerned as in their case dualism

⁴⁴ Reisenfeld and Abbott, *The Scope of U.S. Senate*, supra note 35 at 583; Paust, *Self-Executing Treaties* at 777.

⁴⁵ Vazquez, *Laughing at Treaties*, supra note 20 at 2184.

⁴⁶ Sloss, *Non-Self-Executing Treaties* supra note 4 at 38; referring to several cases in FN 169 *United States v. Duarte-Acero*, 208 F.3d 1282, 1284 (11th Cir. 2000) (when the United States became a party to the ICCPR, “the treaty became, coexistent with the United States Constitution and federal statutes, the supreme law of the land”); *United States v. Duarte-Acero*, 132 F. Supp. 2d 1036, 1040 (S.D. Fla. 2001) (stating that ICCPR “is the supreme law of the land”); *Maria v. McElroy*, 68 F. Supp. 2d 206, 231-32 (E.D.N.Y. 1999) (“Although the ICCPR is not self-executing, it is an international obligation of the United States and constitutes a law of the land.”); *United States v. Benitez*, 28 F. Supp. 2d 1361, 1363 (S.D. Fla. 1998) (stating that ICCPR “is the supreme law of the land”); *State v. Carpenter*, 69 S.W.3d 568, 578 (Tenn. 2001) (stating that ICCPR “is the supreme law of the land”).

has been present more than for any other group of treaties.⁴⁷ It was in *Roper v. Simmons*⁴⁸ that the Supreme Court used even unratified and unincorporated international human rights treaties in support of the majorities' holding of declaring a state statute providing for juvenile death penalty unconstitutional.⁴⁹ Skeptics would say that this was just because the Court found it convenient to support its argumentation since the holding was solely based on the Constitution. Just as Waters writes, they had no reason to do that if they were so convinced of their rationale⁵⁰. The signal that has been sent, in my view, signifies that these treaties do actually have effect. They can be used to trump a state legislative act in contradiction of treaty provisions, especially bearing in mind the ruling of the Court in *Missouri v. Holland*.⁵¹ It might sound like wishful thinking, but I believe that this view is strengthened by Justice Scalia's dissent where he stated: "Acknowledgment of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court's judgment--which is surely what it parades as today."⁵² Practically, it is to be concluded that non-self-executive treaties, although not conferring rights to individuals, still bare significance and effect within the domestic legal system due to the obligation they carry for the legislature or other national institution. Thus, they cause an indirect effect in this sense, but also through the interpretation of domestic law. If this pattern of thought prevails in future case law then the "dualist days" of the United States are definitely near their end.

Additionally, even some authors arguing for monism are doubtful if non-self-executing treaties represent law. In this regard, Vazquez has classified this type of treaties into four categories: 1) Unconstitutional treaties that "purport to accomplish what is beyond the powers of the treaty makers under our Constitution"; 2) Nonjusticiable treaties that do not regulate or foresee explicitly a certain individual right and usually refer to obligations that are enforceable by the political branch, but are not directly

⁴⁷ Waters, *Creeping Monism* supra note 3 at 643; see also at 644 about the Bangalore Principles adopted on the Interights Colloquia and the dialogue between common law courts. The emphasis is put on human rights treaties because the actual practice of making NSE declaration by the Senate started with human rights treaties during President Carter's administration.

⁴⁸ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁴⁹ Sloss, *Non-Self-Executing Treaties*, supra note 4 "The NSE declaration purports to preclude the defendant from invoking the treaty to invalidate the state law that permits capital punishment. Even so, the court should ignore the NSE declaration because the state law is invalid by virtue of the Supremacy Clause, and the Due Process Clause prevents the state from relying on an invalid law to impose a criminal sentence". This comment was made even before the *Roper* decision which is just another support that his thesis turned out to be true.

⁵⁰ Waters, *Creeping Monism*, supra note 3 at 658

⁵¹ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

⁵² Waters, *Creeping Monism* supra note 3 at 659

addressed to the legislature; 3) Third, treaties addressed to the legislature imposing an obligation to pass domestic legislation; and 4) Treaties that do not create a private right of action for individuals. He reasonably, concludes that unconstitutional and nonjusticiable treaties are actually invalid law as the same argument for their invalidity applies to constitutional and statutory provisions. The fourth category, he states, is law because invocability is not related to whether a treaty is law or not and eventually their enforceability could be achieved by some domestic law provisions giving this right. However, when treaties addressed to the legislature are concerned, regardless of the complexity of the question, ultimately he declares them not to be law.⁵³

Vazquez bases this notion on his understanding of law, as being one that is determined by the sanctions its breach imposes.⁵⁴ However, I do not agree with this concept of law, as many declaratory norms, or ones that do not have the power to sanction to support their application, in Roman law referred to as *leges imperfecta*, will be deprived of the attribute of them being law. Actually, an analogy with federal statutory law at this point would be very helpful to make my point here. Namely, if treaties are declared to be non-self-executing and hence deprived of any attribute of being law within the domestic system because they are ambiguous and vague or because they require enactment of an implementing act in order to be “executed”⁵⁵ then statutes that have all these characteristics would be deprived of being law. The First Circuit in *United Shoe Mach* noted that:

*[T]here is no practical distinction whatever as between a statute and a treaty with regard to its becoming presently effective, without awaiting further legislation. A statute may be so framed as to make it apparent that it does not become practically effective until something further is done The same may be said with regard to a treaty. Both statutes and treaties become presently effective when their purposes are expressed as presently effective.*⁵⁶

⁵³ Vazquez, *Laughing at Treaties*, supra note 20 at 2176- 2184.

⁵⁴ *Id.* at 2176

⁵⁵ Sloss, *Non-Self-Executing Treaties*, supra note 4 at 19 :He makes an interesting distinction of treaty provisions on “executed” and “executory” based on a concept from contract law. Executed treaty provisions are those that promise immediate performance. Executory treaty provisions are those that promise future action.

⁵⁶ *United Shoe Mach. Co. v. Duplessis Shoe Mach. Co.*, 155 F. 842, 845 (1st Cir. 1907) cited in Sloss, *Non-Self-Executing Treaties* supra note 4 at 26-27.

If there “is no practical distinction whatever” then, just as federal statutes that are not judicially enforceable, non-self-executing treaties should be treated as domestic law.⁵⁷

CONCLUSION

In sum, I believe that there are several points that this article aimed to prove by presenting the reasoning elaborated on the previous pages. First, the United States under its constitutional provisions is definitely not a dualist country regardless on the insistence of several scholars and reference in the case law to traditionally the dualist concept present in this country. From this article, it becomes completely obvious that the tradition, ironically enough, completely departs from the British doctrine and, thus, dualism. Not only, does a constitutional provision clearly refer to the monism, but also the case-law is deeply rooted in the conclusion that self-executing treaties are to be directly applicable without the need of any transformation, which in its essence is monistic as well.

However, whether one will refer to the status and effect of treaties in the United States to depict either monism or a hybrid system still remains ambiguous and will be determined by the outcome of the debate involving the status and effect of non-self-executing treaties. This article has tried to present a different viewpoint and perspective in resolving this inherent ambiguity.

⁵⁷ Louis Henkin, *Lexical Priority or ‘Political Question’: A Response*, 101 *Harv. L. Rev.* 524, 531(1987) He stated “[T]reaties are the law of the land. Cases arising under treaties are justiciable.”

Denis Preshova

ZAŠTO TAKO DUALISTIČKI?: KRITIČKI OSVRT NA STATUS I EFEKAT SPORAZUMA U PRAVNOM SISTEMU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

*Ovaj članak razmatra pitanje odgovarajuće „kategorizacije” Sjedinjenih Američkih Država u nacionalnom pravnom poretku shodno statusu i efektu međunarodnih sporazuma. To je pitanje koje nema nikakvu teorijsku vrednost i svrhu, ali može imati praktični značaj, naročito posle slučaja *Roper v. Simmons*, koji neki stručnjaci nazivaju „puzajući monizam”. Međutim, u radu se razmatra da li je rezonovanje suda u pomenutom slučaju samo prihvatanje shvatanja Vrhovnog suda o odredbama Ustava i međunarodnih ugovora. Analiza teorijskog okvira odnosa između nacionalnih i međunarodnih izvora prava je suština ovog pitanja i kroz nju autor pokušava da prikaže da su Sjedinjena Američke Države više monistička nego dualistička država.*

Rad se sastoji iz tri dela. Prvi deo predstavlja monističke i dualističke teorije kroz uporedne analize. Drugi deo svoju pažnju usmerava na tekst pojedinih ustavnih odredbi, dok je treći deo posvećen sudskom tumačenju tih odredbi i fenomenu tzv. „puzajućeg monizma”.

Ključne reči: *monizam, Ustav, Sjedinjene Američke Države, pravni poredak.*

Проф. др Милан Милошевић,
Факултет за образовање
руководећих кадрова,
Нови Сад

Прегледни научни рад
УДК: 351.78 (437.3)(437.6)

НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ОБАВЕШТАЈНО- БЕЗБЕДНОСНИХ СИСТЕМА РЕПУБЛИКА ЧЕШКЕ И СЛОВАЧКЕ

Актуелни обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике резултат је радикалног дисконтинуитета и разрачунавања са затеченим обавештајно-безбедносним структурама након "баршунасте револуције", рушења комунистичког режима и уклањања совјетског утицаја крајем 1989. године. Служба државне безбедности (StB) је као симбол претходне власти одмах била распуштена, њена досијеа учињена су јавним, а знатан број њених руководилаца и припадника лустриран и процесуиран. Ове су процесе пратили и бројни проблеми, али се они у јавности често глорификују као метод кога је требало користити и у осталим бившим социјалистичким државама (тзв. чешки модел). Иначе, садашњи обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике проиходи из Акта са законском снагом бр. 153 из 1994. године.

По стицању независности и Словачка је приступила редефинисању, нормативном регулисању и конституисању обавештајно-безбедносних органа и тела, али је реформама система безбедности приступила знатно опрезније, задржавајући део наслеђених институционалних решења, уз замену компромитованих кадрова из претходног режима. Есенцијални правни акт за процес реформи, али и за конституисање актуелног система безбедности има Закон о Словачкој обавештајној служби из 1993. године, као један од најбољих европских закона у тој области, који је својевремено послужио као узор и законодавцу Републике Србије (тзв. словачки модел).

Кључне речи: национална безбедност, обавештајно-безбедносне службе, полиција, нормативно уређење, парламентарна и судска контрола, Чешка Република, Словачка Република.

УВОД

Након пораза и распада Аустро-Угарске монархије у Првом светском рату, историјске чешке земље су се осамосталиле и заједно са суседним Словацима у 28. октобра 1918. године формирале нову државу - Чехословачку (тзв. "прву републику"), која је обухватала и територију закарпатске Русије. Та држава је била етнички веома разнолика, са великим немачким, украјинским и мађарским националним мањинама. Већ 1938. године, Чехословачка је била принуђена да област Судета преда Трећем рајху. У марту 1939. године, Словачка је прогласила независност, а одмах потом су немачке трупе окупирале остатак земље. После Другог светског рата, Чехословачка је припала сфери утицаја Совјетског Савеза. Инвазијом трупа Варшавског уговора 1968. године, окончани су покушаји тадашњег чехословачког вођства да либерализује дотадашњи ригидни комунистички режим и изгради "социјализам са људским лицем". Антисовјетске демонстрације до којих је тада дошло, биле су повод за увођење оштрих и дуготрајних репресивних мера.

Након распада СССР, у Чехословачкој је 1989. године изведена "баршунаста револуција". Споразумом, који је ступио на снагу 01. јануара 1993. године, спроведено је мирно раздруживање Чехословачке стварањем двеју нових држава - Чешке Републике и Словачке Републике. У протеклим годинама Чешка је спровела успешну транзицију, остварила економску експанзију и достигла политичку стабилност, што је резултирало чланством у НАТО-у и приступањем Европској Унији 2004. године.

С друге стране, историјске, политичке и геостратешке околности су утицале да су прве године независности Словачке Републике протекле у спровођењу половичних, углавном неуспешних реформи од стране владајућих структура, које се нису у потпуности одрицале ауторитарних метода владавине, наслеђених од ранијег режима. Међутим, убрзање реформи у Словачкој резултирало је укључењем у НАТО, 2002. године, пријемом у пуноправно чланство Европске уније од маја 2004. године и уласком у зону евра, 01. јануара 2009. године.

ОБАВЕШТАЈНО-БЕЗБЕДНОСНИ СИСТЕМ ЧЕШКЕ РЕПУБЛИКЕ

Чешка Република је држава у централној Европи, која се граничи са СР Немачком, Пољском, Словачком и Аустријом. На 78.866 км² површине живи око 10.180.000 становника (Чеха 90,4%, Мораваца

3,7%, Словака 1,9%, Пољака 0,6%, Немаца 0,5%, Рома 0,3%, осталих 2,6%). Према верском опредељењу житеља, римокатолика је 26,8%, протестаната 2,1%, осталих 3,3%, атеиста и неодређених 59%. Држава је административно подељена на 13 региона (крајева) и један главни град.

Према Уставу из 1993. године, Чешка Република је унитарна држава са парламентарним демократским уређењем. Шеф државе је председник Републике (од 2003. године Vaclav Klaus) кога бира парламент на пет година, с могућношћу да на тој функцији проведе два мандата. У надлежности председника Републике је именовање мандатара за састав владе, а на предлог премијера и осталих чланова Кабинета. Извршну власт, односно вођење унутрашње и спољне политике земље, спроводи Влада на челу са премијером (од јуна 2010. године Petr Necas).

Законодавна власт је у надлежности дводомног Parlamenta, који сачињавају Senat и Представнички дом (Poslanecka Snemovna). Чланови Сената (81) се бирају на општим изборима сваке четврте године, али се део посланика ротира на две године. Избори за 200 седишта Представничког дома се врше по пропорционалном моделу, а мандат посланика је четири године.

Актуелни обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике је током 90-их година прошлог века пролазио кроз више фаза трансформације и прилагођавања демократском поретку и новим државним оквирима. Победа "баршунасте револуције", рушење комунистичког режима у Чехословачкој и уклањање совјетског утицаја, били су крајем 1989. године праћени и радикалним дисконтинуитетом и разрачунавањем са затеченим обавештајно-безбедносним структурама, а посебно са симболом претходне власти и истуреним одељењем бившег совјетског КГБ - **Службом државне безбедности** (Statni tajna bezpecnost – StB).

Уз перманентне лустрације које су трајале неколико година, чињени су покушаји стварања нове обавештајно-безбедносне службе. Тај процес су пратили бројни проблеми, због мањка некомпромитованих кадрова из бивших служби и недостатка искуства и професионалних знања бивших дисидената, који су добили задатак успостављања новог система безбедности. Године 1990. био је формиран **Биро за заштиту Устава и демократије** (Urad pro ochranu ustavy a demokracie) - UOUD, који је 1991. године преименован у **Федералну информациону службу** (Federalni informacni sluzba) - FIS. Обе службе су биле у саставу **Министарства унутрашњих послова**. Ти послови су издвојени из састава МУП-а 1992. године, када је

успостављена аутономно-ресорна **Федерална информационо-безбедносна служба** (Federalni bezpecnostni informacni sluzba) - FBIS.

Садашњи обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике происходи из Акта са законском снагом бр. 153 из 1994. године, којим су регулисани статус, делокруг и овлашћења служби, модалитети међусобне сарадње и механизми координације и надзора над њиховим радом. Према том пропису, чешке службе су за свој рад преко директора, односно надлежних министара, непосредно одговорне Влади и премијеру. Установе обавештајно-безбедносног система су такође у обавези да релевантне информације и извештаје из делокруга свог рада достављају и председнику Републике.

Сарадња обавештајно-безбедносних служби Чешке Републике се спроводи преко специјализованих тела на нивоу Владе, чији се рад координира преко **Савета за националну безбедност**. У раду Савета, чијим седницама председава председник Владе, учествују и заменици премијера, министри одбране, унутрашњих и иностраних послова, индустрије, трговине и здравља, гувернер Народне банке, директор Државних робних резерви и генерални секретар Владе. Уколико то оцени целисходним, на седницу Савета за националну безбедност може доћи и председник Републике.

Као специјализовано тело у оквиру Савета за националну безбедност функционише **Комитет за обавештајне активности**, надлежан за питања офанзивног обавештајног рада и координацију цивилних и војних обавештајних служби Чешке Републике. Комитетом такође председава премијер, а чланови тог тела су министри одбране, унутрашњих и иностраних послова, директори обавештајних служби и генерални секретар Владе. За обављање стручно-аналитичких послова, сачињавање обавештајних процена и израду других финалних докумената, у оквиру Комитета за обавештајне активности је успостављен *Секретаријат*. Такође, у оквиру Комитета функционишу и радна тела, као што су *Одбор директора обавештајних служби*, *Заједничка обавештајна група* (задужена за питања контратероризма) и *Радна група за организациона питања*.

Парламентарни надзор над законитошћу рада служби у Чешкој Републици спроводи седмочлани **Стални комитет за надзор обавештајно-безбедносних установа** Представничког дома Парламента. Тај комитет има посебна радна тела за појединачне службе, која чине по седам посланика, обавезаних на чување државне тајне. Парламентарни надзор укључује увид у интерне прописе, обиласке објеката и установа, прибављање информација и годишњих извештаја.

У ужем смислу, систем безбедности Чешке Републике чине *цивилне и војне обавештајне и контраобавештајне службе и полицијске снаге.*

Биро за националну безбедност (Národní bezpečnostní úřad) основан је Законом из 1998. године, као тело задужено за координацију рада чешких обавештајних и безбедносних установа, у складу са важећим законима и другим прописима који се односе на област националне безбедности Чешке. Поред тога, Уред је задужен и за заштиту тајности података који се односе на сва питања од значаја за националну безбедност Републике Чешке.

У саставу Бироа за националну безбедност су Управа за безбедност, Служба интерног ревизора, Одељење за безбедносне процедуре, Техничко одељење, Одељење за правне и администартивне послове, Одељење за решавање притужби и Одељење за међународну сарадњу. На челу Бироа је **директор** (Dušan Navrátil).

Безбедносно-обавештајна служба (Bezpečnosti Informační Služba - BIS), успостављена је законским актом из 1994. године као цивилна, централно-аутономна контраобавештајна служба и служба безбедности уместо дотадашње службе FBIS. Задаци те службе су везани за превентивни рад на заштити националних интереса, демократских институција и грађанских слобода и одбрани државе и грађана од претњи тероризма и организованог криминала. Такође, BIS прикупља, обрађује и доставља податке о деловању страних обавештајних служби на подручју Чешке Републике, те о активностима којима се подрива национална економија. Служба нема полицијска овлашћења, али је надлежна за примену посебних оперативних и оперативно-техничких средстава и метода.

На челу Безбедносно-обавештајне службе је **директор** (Jiri Lang), који је непосредно одговоран премијеру. BIS има око две хиљаде припадника, распоређених у следеће организационе јединице у седишту Службе: *Дирекција за људске ресурсе и обуку; Дирекција за оперативне послове; Дирекција за аналитику и обавештајни рад; Служба безбедности* (управљање кризама, контраобавештајна заштита, провере, поверљива документација), и *Служба за подршку* (веза, информатика, финансије, опремање).

Војну компоненту обавештајно-безбедносног система Чешке Републике до реорганизације 2001. године, представљала је *Војна обавештајна служба* (Vojenské zpravodajství) - VZ, чије су управе за контраобавештајни и обавештајни рад биле непосредно потчињене Генералштабу оружаних снага. Сада су то две одвојене службе: **Војна**

контраобавештајна служба (Vojenske obrane zpravodajstvi) - VOZ, и **Војна обавештајна служба** (Vojenska zpravodajska sluzba) - VSZ, са асиметричним одговорностима, будући да **директор** VOZ (генерал-мајор Ondrej Palenik) координира и рад VSZ и има директну комуникацију са министром одбране (Alexandr Vondra).

У надлежности Војне контраобавештајне службе су послови безбедносне заштите јединица, команди и установа чешке армије, док VSZ преко обавештајних пунктова у земљи и иностранству прикупља податке о оружаним снагама других земаља и о изворима спољног угрожавања независности, територијалног интегритета и безбедности Чешке Републике.

Послове цивилне офанзивне обавештајне службе у Чешкој обавља **Биро за спољне односе и информације** (Urad pro zahranični styky a informace) - UZSI. На челу те службе је **директор** (од јуна 2007. Ivo Schwarz), кога именује и опозива министар унутрашњих послова, уз претходну сагласност владе. UZSI има око 500 запослених, укључујући оперативни и аналитички састав и јединице за подршку. Делокруг рада ове службе је загранични обавештајни рад, односно прикупљање, анализирање и достављање података од значаја за државне интересе и безбедност Чешке Републике.

Актуелни статус UZSI је предмет и одређених критика унутар земље, по којима је непримерено да служба, која се искључиво бави офанзивним обавештајним радом, буде одговорна министру унутрашњих, а не спољних послова. Притом се истиче да је постојеће законско решење из 1994. године реликт из праксе бившег комунистичког режима, уз прављење паралела са некадашњом Службом државне безбедности (StB). У Чешкој Републици се, иначе, годинама ради на потврђивању дисконтинуитета са прошлошћу, о чему сведочи податак да је Министарство унутрашњих послова у марту 2003. године објавило јавни списак око 75.000 Чеха, за које је установљено да су били агенти и сарадници бивше StB.

Министарство унутрашњих послова Чешке Републике је надлежно за спровођење смерница Владе у области јавне безбедности. Од од јуна 2010. године, **министар** унутрашњих послова је Jan Kubice, коме у раду помажу заменик министра Jaroslav Hruška и три помоћника министра (Radek Šmerda, Ondřej Veselský и Miroslava Oliveriusová), који су задужени за одређене ресоре и за координирање рада Одбора за безбедносну политику, Одбора за превенцију криминала, Одбора за стратегијско планирање, Одбора за питања азила и миграција и Сектора за међународну сарадњу.

Полицијске снаге Чешке Републике су централизовано устројене и потчињене **Policejnom prezidiumu**. У односу на МУП имају оперативну самосталност у деловању на заштити личне и имовинске сигурности, те откривању и гоњењу починилаца кривичних дела. У свом саставу имају око 47.100 полицајаца, којима логистичку подршку пружа око 11.200 цивилних службеника.

На челу чешке полиције је **Policejni prezident** (пуковник Petr Lessy), који има три заменика (пуковник Tomáš Václavík, пуковник Martin Červíček и пуковник Pavel Osvald). Њему су непосредно потчињене *Криминалистичко-истражна полиција, Јединица за борбу против корупције и финансијског криминала, Биро за документовање комунистичких злочина, Одред за сузбијање наркотика, Јединица за специјалне операције, Јединица за брзо реаговање, Јединица за примену технике.*

По истом принципу функционише и *Јединица за борбу против организованог криминала*. Њен састав чини око 450 припадника смештених у центри у Прагу и шест територијалних организационих јединица, који своје задатке обављају у сарадњи са осталим установама обавештајно-безбедносног система. Јединицу чине: Одсек за криминалне организације, Одсек за стратешку анализу, Одсек за насилне злочине, Одсек за ватрено оружје, експлозиве и нуклеарне материјале, Одсек за трговину људима и илегално пребацивање избеглица, Одсек за фалсификате, Организациони одсек, Централна државна јединица за дроге и Секција за тероризам.

У **седишту** чешке полиције делују и Превентивно-обавештајни одбор, Одбор за унутрашњу контролу, Служба за пограничне послове и странце, Управа за јавну безбедност, Управа саобраћајне полиције, Служба за управне послове, Управа железничке полиције, Управа за обезбеђење, Оперативно одељење и Авиослужба.

Територијална организациона структура чешке полиције прати административну поделу земље, тако да је чини 14 регионалних Управа (Krajské ředitelství policie), са ужим организационим јединицама (одељења, детаשמани).

Обавештајно-безбедносни систем Словачке Републике

Словачка је земља у централној Европи, која се граничи са Аустријом, Чешком Републиком, Пољском, Украјином и Мађарском. На 48.845 км² живи око 5.480.000 становника (85,8% Словака, 9,7% Мађара, 1,7% Рома, 1,1% Украјинаца, 1,1% Чеха, Мораваца и Шлеза, 0,6% осталих). Процењује се да је број Рома знатно већи од званичних

података – око 500.000. Према верском опредељењу житеља, римокатолика је 68,9%, протестаната 10,8%, гркокатолика 4,1%, атеиста 13%, осталих 3,2%. Службени језик је словачки, поред кога се користи и мађарски (претходне владе су оптуживане за дискриминацију мађарске мањине, као и за полицијско насиље над Ромима). Земља је административно подељена на осам региона (крајева).

Словачка Република је унитарна држава са парламентарним демократским уређењем. На челу земље је председник Републике (од 2004. године Ivan Gasparovic) који се бира на непосредним општим изборима сваких пет година. Поред репрезентативних функција, у његовој надлежности је именовање Владе, на предлог мандатара за њен састав, а уз потврђивање у парламенту. Извршна власт, односно вођење унутрашње и спољне политике земље, у надлежности је Владе Словачке Републике (од априла 2012. године премијер је Robert Fico, Социјалдемократска партија - SMER).

Законодавну власт врши једнодомна Народна скупштина (Narodna Rada), чијих се 150 посланика бира сваке четврте године на општим изборима по пропорционалном моделу.

По стицању независности, Словачка Република је приступила редефинисању, нормативном регулисању и конституисању органа и тела, који сачињавају **обавештајно-безбедносни систем** земље. За разлику од Чешке Републике, која је у овој области направила радикалан рез институција, Словачка је реформама система безбедности приступила знатно опрезније, задржавајући део наслеђених институционалних решења, уз замену компромитованих кадрова обавештајно-безбедносних служби претходног режима. Укупно функционисање система безбедности су током 90-их година прошлог века пратиле афере, које су биле одраз политичке нестабилности земље.

Према закону од 21. јануара 1993. године, са изменама од 1995, 1998 и 1999. године, за **координацију и контролу рада** установа обавештајно-безбедносног система Словачке Републике надлежан је **Савет одбране државе**, који чине председник Републике, премијер, министри одбране, спољних и унутрашњих послова и начелник Генералштаба. У ингеренцији Владе је утврђивање програмске оријентације и одобравање интерних аката о организацији и систематизацији радних места у службама.

Законом је успостављен и **парламентарни надзор** над радом установа обавештајно-безбедносног система, који се спроводи кроз разматрање годишњих извештаја и информација добијених на захтев

председника Народне скупштине. За спровођење тог надзора установљена су три посебна скупштинска тела: *Специјални контролни комитет за надзор активности служби националне безбедности*, *Специјални контролни комитет за надзор активности Словачке информативне службе* и *Специјални контролни комитет за надзор активности Војне обавештајне службе*. Чланови тих тела - посланици, имају право на увид у интерне прописе, трошење буџетских средстава, законитост примене посебних средстава и метода, те извештаје о резултатима рада наведених служби.

У ужем смислу, *обавештајно-безбедносни систем* Словачке Републике чине цивилне и војне обавештајне и контраобавештајне службе, безбедносне службе и полицијске снаге Министрства унутрашњих послова.

Словачка информативна служба (Slovenska Informacni Sluzba – SIS), је *централна аутономна спољна обавештајна служба, контраобавештајна служба и служба националне безбедности* Словачке Републике, успостављена законом од 21. јануара 1993. године. У њеној надлежности је прикупљање, обрада, процењивање и достављање информација о: делатностима којима се угрожавају уставно уређење, територијална целовитост, суверенитет и безбедност Словачке; активностима страних обавештајних служби; организованом криминалу и тероризму; изворима угрожавања привредних интереса земље; активностима у иностранству упереним против уставног уређења и безбедности Словачке Републике.

У седишту Slovenske Informacni Sluzbe су успостављене следеће организационе јединице: *Сектор за обавештајне послове; Сектор за контраобавештајни рад; Биро за националну безбедност; Сектор за SIGINT и TECHINT; Биро за координацију; Служба централне аналитике; Сектор за људске ресурсе и обуку и Сектор за подршку.*

На челу Словачке информативне службе је **директор** (од маја 2012. године Jan Valko), кога именује и опозива председник Републике на предлог Владе. На предлог директора, Влада одобрава статут службе којим се уређују питања програмске оријентације, организације и руковођења SIS-ом. Директор службе је у обавези да најмање једном годишње подноси извештај о раду Народној скупштини. Припадници SIS имају полицијска овлашћења, а служба може, у законом предвиђеном поступку, да примењује посебна оперативна и оперативно-техничка средства и методе.

Послови из делокруга јавне и државне безбедности – контрола и обезбеђење државне границе, одржавање јавног реда и мира, заштита личне и имовинске сигурности, спречавање криминала, откривање

починилаца кривичних дела, деловање у ванредним ситуацијама и контрола безбедности саобраћаја, врше се у *организационим јединицама словачке полиције* које су потчињене **Министарству унутрашњих послова**. МУП Словачке Републике је, уз наведене законске надлежности, задужен и за полицијско школство, међународну сарадњу, надзор над законитошћу рада и комуникацију са другим државним институцијама. **Министар унутрашњих послова** је Robert Kaliňák. У руковођењу Министарством, министру помажу државни секретари (Jozef Vuček и Marián Saloň).

Службе непосредно **одговорне министру** унутрашњих послова су Кабинет министра (шеф Dušana Višňovská) са пет секретаријата, Сектор за контролу и инспекцијске службе (генерални директор пуковник Ivan Ševčík), Служба за заштиту ВИП личности и дипломатских мисија (директор пуковник Radovan Horváth), Сектор за цивилну одбрану (генерални директор Lenka Hmírová), Сектор заједничких служби (генерални директор Monika Šimová), Канцеларија за миграције (директор Bernard Priezel) и Сектор за информатику и телекомуникације (генерални директор Jozef Čaruška).

Полицијске снаге и пратеће службе у седишту Министарства унутрашњих послова су организоване у два Сектора: Општи сектор (генерални директор Marek Vladár), који чине Управа за финансије, Управа за унапређење методологије рада и праћење развоја кадрова, Управа за материјалне послове и Управа за документацију, и Сектор за организацију (генерални директор Ondrej Varačka), у чијем су саставу Управа за локалну администрацију и самоуправу, Управа за општу унутрашњу администрацију и Правна управа.

Президијум полицијских снага (*полицијски президент* од маја 2012. године Tibor Gašpar) чине Управа за унутрашњу организацију, Дирекција за кривичне истраге и криминалистичка вештачења (директор пуковник Ondrej Laciak), Служба за пограничне послове и странце (директор пуковник Alexander Nejedlý), Служба саобраћајне полиције, НЦБ ИНТЕРПОЛ-а, Служба за надзор агенција за обезбеђење, Одељење финансијске полиције, Антитерористичка јединица, Тренинг центар и Јединица за обуку паса.

Територијална организација полицијских снага Словачке Републике почива на седам Регионалних полицијских управа (Братислава, Трнава, Нитра, Жилина, Банска Бистрица, Прешов, Кошице) којима су потчињене полицијске станице у мањим урбаним срединама (41).

Послове **војне обавештајне и контраобавештајне службе** Словачке Републике врши **Војна обавештајна служба** (Vojenska

Zpravodajska Sluzba – VSS), која је за свој рад одговорна *министру одбране* (Martin Glváč), а преко њега Савету одбране. У надлежности ове ресорске службе (**директор** Roman Mikulec) је прикупљање података о страним оружаним снагама, изворима спољњег угрожавања независности, територијалног интегритета и суверености Словачке, контраобавештајна заштита оружаних снага, те послови безбедности у јединицама и установама словачке армије. Обавештајни пунктови Војне обавештајне службе су уграђени у словачка дипломатско-конзуларна и друга представништва у иностранству, а послови контраобавештајне заштите и безбедности су организационо успостављени при командама јединица и установа сва три рода оружаних снага.

Начелнику Генералштаба оружаних снага Словачке Републике (генерал-мајор Peter Vojtek) потчињен је **Пети пук специјалних снага**. У питању је елитна војна формација, чији се припадници ангажују у случајевима решавања талачких ситуација и приликом спровођења других видова антитерористичких дејстава и операција.

ЗАКЉУЧАК

Актуелни обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике је током последње две деценије пролазио кроз више фаза трансформација и прилагођавања демократском поретку и новим државним оквирима. Победа "баршунасте револуције", рушење комунистичког режима у Чехословачкој и уклањање совјетског утицаја, били су крајем 1989. године праћени и радикалним дисконтинуитетом и разрачунавањем са затеченим обавештајно-безбедносним структурама. Служба државне безбедности (StB) је као симбол претходне власти одмах распуштена, њена досијеа учињена су јавним, а знатан број њених руководилаца и припадника процесуиран.

Уз перманентне лустрације које су трајале неколико година, чињени су покушаји стварања нове обавештајно-безбедносне службе. Тај процес су пратили бројни проблеми, због мањка некомпромитованих кадрова из бивших служби и недостатка искуства и професионалних знања бивших дисидената, који су добили задатак успостављања новог система безбедности. Упркос томе, овакав модел транзиције обавештајно-безбедносног система често је глорификован и апострофиран као модел кога би требало користити и у осталим бившим социјалистичким државама.

Најзад, садашњи обавештајно-безбедносни систем Чешке Републике происходи из Акта са законском снагом бр. 153 из 1994. године, којим су регулисани статус, делокруг и овлашћења службе,

модалитети међусобне сарадње и механизми координације и надзора над њиховим радом. Према том пропису, чешке обавештајно-безбедносне службе су за свој рад преко директора, односно надлежних министара, непосредно одговорне Влади и премијеру, али су такође у обавези да релевантне информације и извештаје из делокруга свог рада достављају и председнику Републике.

Словачка Република је, по стицању независности, такође приступила редефинисању, нормативном регулисању и конституисању органа и тела, који сачињавају обавештајно-безбедносни систем земље. За разлику од Чешке Републике, која је у овој области направила радикалан рез институција, Словачка је реформама система безбедности приступила знатно опрезније, задржавајући део наслеђених институционалних решења, уз замену компромитованих кадрова обавештајно-безбедносних служби претходног режима.

Укупно функционисање система безбедности су током 90-их година прошлог века пратиле афере, које су биле одраз политичке нестабилности земље. Успостављање истински демократских институција и одлучнији процеси транзиције с циљем укључивања у европске интеграције, присутни су од избора 1998. године, када је на власт дошла коалиција странака грађанске оријентације. За ову земљу карактеристично је да има један од најбољих закона о обавештајно-безбедносним службама, који је својевремено послужио као узор и законодавцу Републике Србије (тзв. словачки модел).

Према том закону од 21. јануара 1993. године, који је у међувремену у више наврата новелиран, за координацију и контролу рада установа обавештајно-безбедносног система Словачке Републике надлежан је Савет одбране државе, који чине председник Републике, премијер, министри одбране, спољних и унутрашњих послова и начелник Генералштаба. У ингеренцији Владе је утврђивање програмске оријентације и одобравање интерних аката о организацији и систематизацији радних места у службама.

ЛИТЕРАТУРА

Born H.; Tuler M., *Parliamentary Democracy and Intelligence Comparing Legal Frameworks of United Kingdom, Canada, Ukraine, Czech Republic, Turkey and South Africa*, DCAF, Geneva 2002.

Gill P., „Review of Security Intelligence Services in New Democracies: The Czech Republic, Slovakia, and Romania“, *Slavic Review*, Vol. 61, No. 2, University of Illinois, Chicago 2002., pp. 375-376.

Zeman P., *Intelligence Services of the Czech Republic: Current Legal Status and its Development*, DCAF, Geneva 2007.

Scherpereel J.A., *Governing the Czech Republic and Slovakia*, Barnes&Noble, New York 2008.

Simon J., *NATO and the Czech and Slovak Republics*, Rowman&Littlefield, Lanham MD 2003.

Hollá K.; Ristvej J.; Moricova V., „Slovak Republic Security Risks in 21st Century“, *International Scientific Conference „Management 2010“*, Krusevac, 17-18 March 2010.

Williams K.; Deletant D., *Security Intelligence Services in New Democracies: The Czech Republic, Slovakia and Romania*, Palgrave, London 2001.

Milan Milošević; PhD

NORMATIVE REGULATION OF INTELLIGENCE AND SECURITY SYSTEMS OF THE CZECH REPUBLIC AND THE SLOVAKIA REPUBLIC

Current intelligence and security system of the Czech Republic is the result of a radical discontinuity and reckoning with the inherited intelligence and security structures after “velvet revolution”, demolition and removal of the communist regime of Soviet influence in late 1989. year. The State Security Service (StB) as a symbol of the previous government was dissolved immediately, her records have been made public, and a number of its leaders and members lustrated and prosecuted. These processes are accompanied by numerous problems, but they often glorify in the public as a method that should be used in other former socialist countries (so-called The Czech Model). Otherwise, the current intelligence and security system of the Czech Republic stems from the act with the force no. 153 of 1994 year.

Upon gaining independence Slovakia acceded to the redefinition, normative regulation and constitution of intelligence and security organs and the body, but to the reform of the security system acceded much more cautiously, keeping part of the inherited institutional arrangements, with the replacement of compromised personnel from the previous regime. The Law on Slovak Intelligence Service from 1993 is essential legal act for the reform process, but also for the constitution of the current security system, as one of the best European law in this field, who once served as a model for legislature of the Republic of Serbia (so-called The Slovak Model).

Key words: *national security, intelligence, security, police, legal regulation, parliamentary and judicial control, Czech Republic, Slovak Republic.*

NORMATIVNI I ORGANIZACIONI ASPEKTI BORBE PROTIV TERORIZMA U FRANCUSKOJ

Sve do osamdesetih godina prošlog veka francuskog krivično zakonodavstvo ni na koji način nije upućivalo na pojam terorizma. Ovakvo stanje je u potpunosti prevaziđeno Donošenjem Krivičnog zakonika 1994. Godine, koji čitavo jedno poglavlje posvećuje terorizmu, a sam terorizam definiše kao krivično delo. Šta više uz osnovno krivično delo terorizma (klasični terorizam), normirano je i nekoliko međusobno komplementarnih inkriminacija koje u svojoj sveukupnosti gotovo bez ostatka "pokrivaju" teroristički kriminalitet: ekološki terorizam, zločinačko udruživanje u terorističke svrhe, finansiranje terorističkih poduhvata, I neprijavlivanja terorističkog dela ili napada na temeljne interese nacije. Antiterorističko krivično pravo otada se dopunjavalo različitim procesnim odredbama, među kojima je najvažnija novella Zakonika o krivičnom postupku od 2001. godine. Paralelno sa tim, u poslednjih četvrt veka izvršene su I ključne reforme na planu organizacije antiterorističke borbe u Francuskoj. Rezultat tih reformi predstavljaju više institucija, organa i službi nadležnih za sprečavanje isuzbijanje terorizma, i to kako na političko-administrativnom, tako i na operativnom nivou.

Ključne reči: *Krivično pravo, nacionalna bezbednost, terorizam, obaveštajno-bezbednosne službe, policija, Republika Francuska*

UVOD

Antiteroristički sistem u Francuskoj je izuzetno složen i razuđen, kako sa legislativnog, tako i sa organizacionog aspekta. Takvo stanje je rezultat različitih faktora, a pre svega činjenice da se u poslednjih pola veka ta zemlja premanentno suočavala sa izazovima unutrašnjeg i transnacionalnog terorizma u svim njihovim varijantama (desničarski i levičarski ideološki terorizam, separatistički terorizam na Korzici, u baskijskim provincijama i nekim prekomorskim teritorijama, bliskoistočni „revolucionarni“ terorizam, islamistički terorizam u zemlji i inostranstvu, itd.). S druge strane, prisutno je i shvatanje po kome su načini antiterorističke borbe u Francuskoj više

plod istorijskih slučajnosti i niza kompromisa, nego rezultat stalozene analize koja se bavi savremenim pretnjama.¹

U svakom slučaju, francusko krivično pravo nudi dva legislativna modela u borbi protiv fenomena terorizma. S jedne strane to je specifično, derogativno zakonodavstvo, dok je s druge strane to klasično, opšte zakonodavstvo pravila koje indirektno ali korisno doprinosi suzbijanju terorizma. Pri tome treba imati u vidu da je francusko antiterorističko zakonodavstvo *sensu stricto* novijeg datuma. Šta više, sve do osamdesetih godina prošlog veka francusko krivično zakonodavstvo ni na koji način nije upućivalo na pojam terorizma. Ovakvo stanje je u potpunosti prevaziđeno donošenjem novog Krivičnog zakonika 1994. godine, koji čitavo jedno poglavlje posvećuje terorizmu, a sam terorizam definiše kao krivično delo. Antiterorističko krivično pravo otada se dopunjavalo različitim procesnim odredbama, među kojima je najvažnija novella Zakonika o krivičnom postupku od 2001. godine.

Analogno tome, u poslednje tri decenije izvršene su i ključne reforme na planu organizacije antiterorističke borbe u Francuskoj. Rezultat tih reformi predstavljaju dva specifična nivoa institucija, organa i službi nadležnih za sprečavanje i suzbijanje terorizma. Reč je o političko-administrativnom i operativnom nivou. Na političko-administrativnom nivou izdiferencirali su se organi i tela posebno u političkoj i posebno u upravnoj (administrativnoj) ravni. Takođe se u okviru operativnog nivoa antiterorističke borbe može jasno razgraničiti kriminalistički (prikupljanje obaveštajnih saznanja) od egzekutivnog aspekta te borbe (suzbijanje terorizma).

ORGANIZACIONI ASPEKTI BORBE PROTIV TERORIZMA U FRANCUSKOJ

Na *političko-administrativnom nivou* antiterorističke borbe u Francuskoj osnovni činilac predstavlja *Savet za unutrašnju bezbednost* (Conseil de securite interieuri - CSI), koje faktički postoji još od 1986. godine, a zvanično je uspostavljeno posebnim dekretom iz 1997. godine. Kao organ pretežno političke prirode, Savet je zadužio jednu radnu grupu, pod rukovodstvom ministra unutrašnjih poslova, za stalni interresorni (međuministarski) proces vrednovanja terorističkih pretnji i načina na koji se može na njih odgovoriti.

Osim toga, od 1982. godine egzistira specijalizovani organ interresorne koordinacije pod nazivom *Međuministarski komitet za*

¹ Gayraud J. F.; Senat D., *Terorizam (Što znam?)*, Zagreb : Naklada Jesenski i Turk, 2008, str. 57.

antiterorističke veze (Comite interministeriel de liaison antiterrorist – CILAT). Njime takođe predsestava ministar unutrašnjih poslova, a čine ga ministri odbrane, pravosuđa, spoljnih i unutrašnjih poslova i, po potrebi, čelnici drugih ministarstava. Pomenuti organ međuministarske koordinacije bavi se razradom načelnih mera za sprečavanje i suzbijanje terorističkih napada.

U *administrativnoj ravni* ovog vida borbe protiv terorizma, najpre se uoštava da se u novije vreme takva koordinacija po pravilu poverava posebnim organima državne uprave na nacionalnom nivou. Nasuprot tome, antiteroristička koordinacija na lokalnom planu ranije se poveravala i specijalizovanim pokrajinskim vlastima, tj. rukovodećem kadru teritorijalno nadležne policije. Takav je, na primer, bio slučaj osamdesetih godina prošlog veka na Korzici i u baskijskim pokrajinama.

S tim u vezi treba naglasiti da su specifične institucije interresorne koordinacije postojale su i ranije. Tako je u vreme Alžirskog rata postojala Služba za koordinaciju informacija iz Severne Afrike (Service de coordination des informations nordafricaines - SCINA). Kasnije je, zajedno sa sudskom policijom, Ured za vezu (Bureau de liaison - BDL) osnovao Informativnu agenciju i Upravu za nadgledanje teritorija. BDL se sastajao svakog dana, a jedini mu je zadatak bio borba protiv Organizacije tajne armije (Organisation de l'arme secrete - OAS). Tokom 1976. godine nastao je Stalni komitet za koordinaciju, dok je 1982. godine osnovan Ured za antiterorističku vezu (Bureau de liaison antiterrorist - BLAT).²

Inače, jednu od najpozantijih francuskih institucija za stručnu koordinaciju antiterorističkih organa i službi, koja aktivno deluje na državnom nivou, predstavlja *Jedinica za koordinaciju borbe protiv terorizma* (Unite de coordination de la lutte antiterrorist - UCLAT). Delujući kao interresorni (međuministarski) entitet počev od 1984. godine, a pod neposrednim rukovodstvom generalnog direktora nacionalne policije, UCLAT objedinjava sve državne službe koje doprinose antiterorističkoj borbi. Ova institucija se s pravom smatra i "organom protoka informacija". Naime, u Francuskoj UCLAT prihvata predstavnike stranih organa i službi zaduženih za boru protiv terorizma, a u inostranstvu raspolaže punktovima koje su postavili francuski policajci u onim zemljama koje se pozivaju na bilateralne sporazume o saradnji na području terorizma (Španija, Velika Britanija, Nemačka, Italija, i dr.).

S druge strane, u Ministarstvu pravde postoji *Ured za borbu protiv organizovanog kriminala, terorizma i pranja novca* pod vodstvom Odeljenja

² O razvoju francuske policije i organa bezbednosti do formiranja UCLAT-a vidi na primer: Stead J.Ph., *The Police of France*, MacMillan Pbs., New York; London, 1983, pp. 95-143.

za zločine i pomilovanja. Taj ured je nadležan za razradu pismenih projekata koji se odnose na antiterorističku borbu, ali i za praćenje javnog delovanja i za razvijanja saradnje s UCLAT-om i Generalnim sekretarijatom Narodne odbrane (SGDN). Osim toga, Ministarstvo privrede i finansija osnovalo je 2001. godine jedinicu zaduženu za borbu protiv finansijskog terorizma (FINTER), kojom predsedava predsednik Narodne banke. Najzad, u okviru analize terorističke pretnje, posebno treba naglasiti da bitnu ulogu imaju još dve interesorne institucijame - SGDN i CIR.

Međuresorski komitet za obaveštajne poslove (Comité Interministériel du renseignement - CIR), koji se nalazi na čelu bezbednosno-obaveštajnog sistema Republike Francuske, sa nadležnostima utvrđivanja opštih smernica za ukupno delovanje tog sistema. Komitetom predsedava premijer, a njegovi članovi su ministri inostranih i unutrašnjih poslova, odbrane i finansija, generalni direktor Nacionalne policije, te direktor Generalne direkcije za spoljnu bezbednost (DGSE). CIR je odgovoran Vrhovnom savetu odbrane kojim rukovodi Predsednik Republike,

Generalni sekretarijat za poslove nacionalne odbrane (Secretariat general de la Defense nationale – SGDN), na čijem je čelu generalni sekretar, potčinjen je Međuministarskom komitetu za obaveštajne poslove. U nadležnosti SGDN su koordinacija i rukovođenje radom obaveštajnih i bezbednosnih službi. Saglasno tome, ovo telo funkcioniše preko unutrašnjih linijskih jedinica za *obaveštajne poslove, odbranu, unutrašnju bezbednost i ekonomsku bezbednost.*

Na *operativnom nivou* borbe protiv terorizma u Francuskoj, a sa aspekta prikupljanja obaveštajnih saznanja, donedavno su vodeći akteri te delatnosti bile bezbednosne instiuucije organizaciono vezane za Ministarstvo unutrašnjih poslova, i to: *Direkcija za nadzor teritorije* (Direction de la surveillance du territoire - DST) i *Direkcija za opšta obaveštenja* (Direction des renseignements generaux - DRG). Pri tome je DST bio zadužen za međunarodni terorizam, odnosno za onaj koji potiče od stranih država ili stranih organizacija, dok je DRG bio nadležan za tzv. nacionalni terorizam - onaj koji dolazi iznutra.³ Ovakva podela delokruga rada bila je nekonzistentna i često je predstavljala izvor sukoba nadležnosti i rivaliteta. Osim toga, ekspanzija islamističkog terorizma je vremenom dodatno produbila rivalitet između ove dve službe.

³ U stvarnosti podela nadležnosti između DST i DRG više je bila geografska (unutrašnja i spoljna), nego tematska. Naime, DRG se bavla li terorističkim pretnjama stranog porekla kad su povezane sa separatizmom (ETA, itd) ili ekstremnom desnicom ili levicom (Crvene brigade, itd.) S druge strane, do početka 1980-ih DST se takođe bavio separatizmom u Francuskoj (FLNC, itd.)

Navedeni problemi direktno su uticali na objedinjavanje DST i DRG u jedinstvenu službu pod nazivom *Centralna direkcija za unutrašnji obaveštajni rad* (Direction Centrale du Renseignement Intérieur - DCRI).⁴ Smatra se da razlozi za uspostavljanje DCRI tokom 2008. godine leže u čestim preplitanjama u radu DST i DRG, ali i u povećanoj opasnosti po nacionalnu bezbednost od međunarodnog terorizma i transnacionalnog kriminala. Po svojoj prirodi, DCRI je *kontraobaveštajna služba i služba državne bezbednosti*, prioritetno usmerena na zaštitu ustavnog poretka, suprotstavljanje terorizmu i organizovanom kriminalu. Pored toga, u nadležnosti DCRI je i nadzor ekstremističkih organizacija i grupa, te za borbuprotiv visokotehnološkog kriminala.

Službu DCRI čini oko 7.000 pripadnika, na čelu sa direktorom, organizovanih u okviru šest centralnih uprava, i to u okviru:

- Uprave za zaštitu ekonomije,
- Uprave za borbu protiv terorizma,
- Uprave za zaštitu komunikacija,
- Uprave za zaštitu ustavnog poretka,
- Uprave za kontraobaveštajni rad i
- Uprave za opštu administraciju .

Dok je DCRI nadležna za prikupljanje obaveštajnih saznanja o terorizmu u Francuskoj, bez obzira na to odakle pretnje potiču, za prikupljanje obaveštajnih saznanja o terorizmu u inostranstvu nadležna je *Generalna direkcija za spoljnu bezbednost* (Direction Generale de la Securite Exterieur - DGSE).⁵ Osnovni pravci interesovanja DGSE, koja je formalno u sastavu Ministarstva odbrane, su: zagranično prikupljanje obaveštajnih podataka od značaja za vojne, političke, privredne i druge interese Francuske; prikupljanje obaveštajnih podataka iz oblasti nauke, tehnologije i informatike; ofanzivno praćenje rada stranih obaveštajnih službi, i drugo.

DGSE je po svom sastavu mešovita vojno-civilna služba, u kojoj je udeo civilnih službenika oko 60%. Ima oko 2.800 službenika, na čelu sa generalnim direktorom. Pomenuta služba je u svom sedištu u Parizu organizovana u četiri osnovne linijske organizacione jedinice:

⁴ U sastavu Ministarstva unutrašnjih poslova pored DCRI, treba spomenuti i *Informativnu službu policijske prefekture Pariza*, koje se takođe bavi prikupljanjem obaveštajnih saznanja o terorizmu, a kao razlog njenog daljeg egzistiranja navodi se istorijska autonomija policijske prefekture.

⁵ U pitanju je centralna spoljna obaveštajna služba Republike Francuske uspostavljena 1982. godine, putem preimenovanja i preuzimanja ljudstva i dokumentacije dotadašnje *Službe za spoljnu dokumentaciju i kontrašpijunažu* (Service de Documentation Extérieur et de Contre-Espionage - SDECE).

- *Direkcija za strategijska pitanja;*
- *Direkcija za obaveštajne poslove;*
- *Direkcija za dokumentaciju;*
- *Direkcija za administraciju.*

Posmatrano sa *egzekutivnog aspekta*, suzbijanje terorizma je prvenstveno u nadležnosti *Centralne direkcije sudske policije* (Direction centrale police judiciaire – DCPJ), koja raspolaže *Nacionalnom antiterorističkom divizijom* (Division nationale antiterrorist - DNAT), osnovanom tokom 1998. godine. DNAT deluje u saradnji sa lokalnim službama sudske policije, a ne kao njihova konkurencija. Naime, DNAT se u zemlji oslanja na kriminalistička odeljenja Pokrajinskih službi sudske policije (*Services regionaux de police judiciaire – SRPJ*), uključujući Antiterorističko odeljenje kriminalističke brigade Pariza, kao i na *Interventne istražne brigade* (Brigades de recherches et d intervention - BRI), inače specijalizovane za tajni nadzor i praćenje. Osim toga, i *Centralni ured za suzbijanje banditizma* (Office central de repression du banditisme - OCRB) se povremeno uključuje kao ispomoć u poslovima nadzora i drugim stručnim zadacima.

Najzad, i Uprava za *borbu protiv terorizma* DCRI raspolaže sudskim ovlašćenjima u suzbijanju međunarodnog terorizma. Takođe, DCPJ i DCRI deluju u tesnoj vezi sa magistratima u Parizu, koji su okupljeni pod okriljem istražnih sudova i *Centralne službe za borbu protiv terorizma* (Service central de lutte antiterrorist – SCLAT), što je oficijelni naziv za bivšu XIV sekciju državnog tužilaštva Pariza. Po neki ocenama, reč je o dve specijalizovane sudske strukture vrlo skromnih razmera u odnosu na težinu zadatka - pet magistrata u državnom sudstvu i četiri u istražnom.⁶

Hapšenja osumnjičenih za terorizam, po pravilu, obavljaju same specijalizovane službe (*DCRI, DCPJ*). Međutim, ako intervencija zahteva posebnu opremljenost i obučenost, hapšenja vrše pripadnici *Interventna grupa Nacionalne žandarmerije* (Grupe d'Intervention de la Gendarmerie Nationale – GIGN), osnovane 1976. godine ili jedinice poznate pod nazivom *Istrage, asistencije, intervencije i odbrana* (Recherch, assistance, intervention et disuasion – RAID) osnovane 1985. godine. Posebno treba naglasiti da RAID nije samo interventna jedinica, već je i specijalizovana za nadzor i tajno praćenje. Šta više, RAID je subspecijalizovana za infiltriranje prikrivenih islednika u terorističkom sredine, zbog čega ta jedinica deluje pod ovlašćenjima UCLAT i stoji na raspolaganju svim policijskim službama.

⁶ Gayraud J. F.; Senat D., *op.cit.*, str. 57.

LEGISLATIVNI SPEKTI BORBE PROTIV TERORIZMA U FRANCUSKOJ

Već je istaknuto da se u francuskom pravu za dela terorističkog kriminaliteta predviđaju znatna odstupanja na planu prekrivičnog i krivičnog postupka (tzv. derogativni propisi), s ciljem što efikasnijeg suzbijanja terorizma. U period od 1986. do 1994. godine čak je i osnovni delikt terorizma bio zakonski definisan implicitno, tačnije odredbom člana 706-16 francuskog Zakonika o krivičnom postupku. Naime, krivična dela su se smatrala terorističkim ako su u vezi sa "individualnim ili kolektivnim poduhvatom kome je cilj teško narušavanje javnog reda zastrašivanjem ili terorom". Iz toga proizlazi da je svojevremeno francuski zakonodavac "teško remećenje javnog reda" odredio kao cilj izvršenja, a da je neposrednu radnju učinioa (npr. podmetanje eksploziva) definisao kao sredstvo za izvršenje tog cilja. Takvim rešenjem terorizam je bio izdvojen iz opšteg kriminaliteta, budući da je tamo teško remećenje javnog reda posledica, a ne cilj izvršenja.

Kvalifikacija nekog krivičnog dela terorističkim deliktom u konkretnom slučaju, u francuskom pravu je povlačila niz odstupanja od redovne krivične procedure (cetralizacija krivičnog gonjenja, dodatno produženje trajanja pritvora, isključenje sudija-porotnika i dr.), kao i "pojačanje i drugačije uređenje sankcija" (zabrana boravka, podsticanje na pokajanje i dr.), te čitav niz drugih mera (proširenje polja inkriminacije, obeštećenje žrtava iz garantnih fondova protiv terorističkih dela i sl.).⁷ Krajem 2001. godine doneti su i novi propisi o borbi protiv terorizma u Francuskoj kojima su dalje proširena prava organa bezbednosti na operativnom nivou (posebno u sferi prikupljanja obaveštajnih saznanja), a u odnosu na prisluškivanje telefonskih razgovora, kontrolu elektronske pošte i pretresanje automobila osumnjičenih.

Krivični zakonik koji je u Francuskoj na snazi od 1994. godine uklopio se u bitno drugačiju i odvažniju perspektivu, predviđajući jedno poglavlje posvećeno terorizmu (teroristički akti: knjiga IV, glava II, poglavlje I, čl.421 – 1, 421 – 2, 421 – 3, 421 – 4), ali i eksplicitno određujući terorizam kao posebno krivično delo. S druge strane, i sam zakonski opis osnovnog krivičnog dela terorizma ukazuje na originalnost francuskog zakonodavca iako se, kao i kod svih drugih krivičnih dela, terorističke radnje sastoje se od objektivnih elementa (radnje sa posledicom, protivpravnosti i određenosti u zakonu) i vinsti (umišljaja i namere). Naime, francuski zakonodavac je ovde postupio na originalan način

⁷O tim rešenjima detaljnije videti: Bolle P., "Le droit et la repression du terrorisme", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, no.2/1977, pp. 121-128; Barbot I. et al., "Borba protiv terorizma u Francuskoj nove orijentacije", *Bezbednost*, br. 4/1988, str. 416-420; etc.

stvarajući četiri serije autonomnih krivičnih dela, pri čemu se služio dvema tehnikama: ili upućivanjem na krivična dela opšteg prava ili stvaranjem tzv. rodnih krivičnih dela.

U svakom slučaju, francuski zakonodavac je eksplicitno normirao sledeća dela terorističkog kriminaliteta: osnovno krivično delo terorizma (klasični terorizam), ekološki terorizam, zločinačko udruživanje u terorističke svrhe i finansiranje terorističkih poduhvata.⁸ Ova dela predstavljaju pojavne oblike materijalnog elementa teroristog kriminaliteta, ali ih treba posmatrati i u sa aspekta specifične vinosti, te u kontekstu već pomenutog člana 706-16 Zakonika o krivičnom postupku (“okvir terorističkih krivičnih dela”)

U pogledu zakonskog određenja obeležja pojedinih terorističkih krivičnih dela, uočava se da je osnovni delikt (*klasični terorizam*) određen upućivanjem na rodna krivična dela. Konkretnije posmatrano, odredba člana 421-1 francuskog Krivičnog zakonika određuje, da “terorističke radnje čine sledeća krivična dela” :

1. Umišljajni napadi na život, umišljajni napadi na telesni integritet, otmica i protivpravno lišenje slobode, kao i otmica aviona, broda ili bilo kog drugog prevoznog sredstva, navedenog u knjizi II Krivičnog zakonika.

2. Krađe, iznude, uništenja, oštećenja i umanjenja vrednosti, kao i kompjuterska krivična dela navedena u knjizi III Krivičnog zakonika.

3. Krivična dela borbenih grupa i raspuštenih pokreta, navedena u članovima 431-13 do 431-17 Krivičnog zakonika i krivična dela navedena u članovima 434-6 i 441-2 do 441-5 Krivičnog zakonika.

4. Proizvodnja i posedovanje mašina, ubilačkih naprava ili eksploziva, navedenih u članu 3 zakonika od 1871. godine, kojim se ukida odredba od 1870. godine O proizvodnji ratnog oružja, i to:

- ✓ proizvodnja, prodaja, uvoz ili izvoz eksplozivnih materija navedenih u članu 6 zakona od 1970. godine kojim se menjaju propisi o barutnim i eksplozivnim materijama;
- ✓ Nabavljanje, držanje, prevoz ili nezakonito nošenje eksplozivnih materija ili naprava proizvedenih od tih materija, navedenih u članu 38 Uredbe sa zakonskom snagom od 1939. godine koja propisuje postupanje sa ratnom opremom, oružjem i municijom.

⁸ Postoji i posebno krivično delo neprijavlivanja terorističkog dela ili napada na temeljne interese nacije (čl. 434-2 KZ Francuske) koje, u suštini, predstavlja kvalifikovani oblik opšteg krivičnog dela neprijavlivanja zločina iz člana 434-1 KZ Francuske.

- ✓ držanje, nošenje i prevoz oružja i municije prve i četvrte kategorije, nabrojanih u članovima 24, 28, 31 i 32 navedene Uredbe sa zakonskom snagom;
- ✓ krivična dela navedena u članovima 1 i 4 Zakonika od 1972. godine koji zabranjuje unapređivanje, proizvodnju, držanje, usklađivanje, nabavljanje i ustupanje biološkog oružja ili oružja na bazi otrova,
- ✓ krivična dela navedena u članovima 58 do 63 zakona od 1998. godine o primeni Konvencije od 1993. godine O zabrani unapređivanja, proizvodnje, uskladištenja i upotrebe hemijskog oružja i njihovom uništavanju.

5. Prikrivanje neke od posledica krivičnih dela sadržanih u gore navedenim tačkama 1 do 4.

6. Krivična dela pranja novca predviđena u poglavlju IV odseku II knjige III Krivičnog zakonika. (sa važnošću do kraja 2003. godine).

7. Krivična dela lica koja raspolažu povlašćenim informacijama predviđena u članu L 465-1 Monetarnog i finansijskog zakonika (sa važnošću do kraja 2003. godine).

Ekološki terorizam po svom predmetu i zakonskom opisu vrlo originalno krivično delo.⁹ Njega je francuski zakonodavac propisao 1992. godine, u nemogućnosti da se pozove na radnje sadržane u klasičnim krivičnim delima. Delo se sastoji u unošenju u atmosferu, u tlo, u podzemlje ili u vode, uključujući i vode teritorijalnog mora, materija koje bi zbog svoje prirode mogle ugroziti zdravlje čoveka ili životinja ili prirodne okoline, kad je takva radnja preduzeta namerno i u vezi sa nekom individualnom ili kolektivnom akcijom koja ima za cilj težak poremećaj javnog poretka zastrašivanjem ili terorom (čl. 421-2 KZ Francuske).

Očigledno je da se ovde radi o tipičnom ekološkom krivičnom delu, koje je francuski zakonodavac svesno oblikovao ekstenzivno da bi sprečio njegovu zloupotrebu u terorističke svrhe. Zbog toga je da način propisao da se radnja izvršenja sastoji u samom unošenju materije koje određuju njihovi učinioci a ne njihov sastav. Isto tako, zakonsko biće ukazuje da je ovde reč o formalnom krivičnom delu, koje je svršeno samim činom preduzimanja radnje, a nazavisno od posledica koja iz njega proizilaze. Na taj način se ovim deliktom obuhvataju aktivnosti vezane za savremene oblike nekonvencionalnog terorizma - nuklearni, bakteriološki, hemijski i biološki terorizam (posebno teroristički napadi antraksom).

⁹ O krivičnom delu ekološkog terorizma detaljnije vidi: Mayaud Z., *Le terrorisme*, Daloz, Prais, 1997, pp. 23-27.

Zločinačko udruživanje u terorističke svrhe je posebno krivično delo terorizma koje se u odrebi člana 422-1 KZ Francuske definiše kao “učestvovanje u grupi ustanovljenoj ili u dogovoru uspostavljenoj radi pripremanja, vidljivog iz jedne ili više činjenica, jednog od terorističkih dela opisanih u predhodnim članovima Krivičnog zakonika”. Inače je inkriminisanje zločinačkog udruživanja kao terorističkih krivičnih dela novina uvedena zakonskom novelom od 1996. godine. Sve do tada zločinačko se udruživanje nije eksplicitno ubrajalo među teroristička krivična dela, iako je bilo obuhvaćeno predviđenim derogirajućim uslovima propisanim u već pomenutom članu 706-16 francuskog ZKP.

Finansiranje terorističkih je posebno krivično delo terorizma koje se u odrebi člana 421-2-2 KZ Francuske definiše na sledeći način: “Ko finansira teroristički poduhvat tako što nabavlja ili prikuplja sredstva, vrednosti ili bilo kakva druga dobra ili upravlja njima ili daje savete u tu svrhu, sa namerom da se ta sredstva, vrednosti ili dobra upotrebe, znajući da su namenjena, u celosti ili delimično, da budu upotrebljena radi počinjenja terorističkih dela predviđenih u predhodnom poglavlju Krivičnog zakonika, nezavisno od eventualnog počinjenja takvog dela”. I ovde je reč je o formalnom krivičom delu, čiji je pokušaj takođe kažnjiv, ustanovljenom zakonskom novelom od 2001. godine u smislu čl. 689-10 ZKP.¹⁰

U pogledu *subjektivnog elementa* zajedničkog za sva teroristička krivična dela, očigledno je da u tom smislu najmanji zajednički saržalac predstavljaju ciljevi sa kojima učinilac nastupa, odnosno condition sine qua non predstavljaju pobuda i ideološki kontekst izvršenja. Francuski zakonodavac je, prema tome, tradicionalnom zahtevu za direktnim umišljajem pojačanim namerom dodao i zahtev da u konkretnom slučaju mora postojati veza s kontekstom krivičog dela. Drugim rečima, svaka radnja koja je u suštini sredstvo za izvršenje terorizma (ubistvo, otmica, krađa, i sl.) mora biti izvršena sa direktnim umišljajem koji obuhvata i svest o individualnom ili kolektivnom poduhvatu čiji je cilj teška povreda javnog reda zastrašivanjem ili terorom (čl. 421-1 i 421-2 KZ Francuske). Sud će stoga kod učinioca utvrđivati dve vrste umišljaja, odnosno namere: namera da se poćini neko od nasilnih ili drugih odgovarajućih krivičnih dela (dolus generalis), ali i namera da se data kriminalna radnja uklopi u okvir i kontekst terorizma, tj. teroristička pobuda (dolus specialis).

Ukoliko se određena kriminalna radnja kvalifikuje kao teroristička aktivnost, francuski zakonodavac omogućava policiji i pravosudnim organima da po potrebi primene derogativne propise, kojima predstavljaju

¹⁰ U pitanju je Zakon o svakodnevnoj sigurnosti koji u interno pravo integriše odredbe međunarodne Konvencije za suzbijanje finansiranja terorizma, otvorene za potpisivanje u Njujorku 2000. godine.

*odstupanja od redovnog krivičnog postupka.*¹¹ U propisivanju ovakvih odrebi, zakonodavac je morao imati u vidu demokratske zahteve i civilizacijske tekovine koje su nalagale da se sve faze u posebnom postupku za teroristička krivična dela, od prekrivičnog postupka do glavnog pretresa I postupka po pravnim lekovima, urede tako da su opšta, klasična procedura prilagodi efikasnosti postupka a da se istovremeno ne dovode u pitanje opšta ravnoteža sa garancijama prava na odbranu (tzv. jednakost oružja). Najznačajnija odstupanja su u sferi prikupljanja dokaza, na planu centralizacije krivičnog gonjenja i istrage, kao i u pogledu sastava i nadležnosti krivičnog suda koji treba da rasvetli i reši datu krivičnu stvar.

Centralizacija krivičnog progona i istrage je rezultat primene načela konkurencije nadležnosti, koje faktički predstavlja odstupanje od tradicionalnih pravila za određivanje mesne nadležnosti krivičnog suda. Ta pravila su uvedena zakonom od 1986. godine, s tim što su u međuvremenu potvrđena i u važećem Zakoniku. Reč je o odredbama čl. 74-76 Zakona od 1992. godine čiji je oficijelni naziv “O kaznenom progonu, istrazi i suđenju terorističkih dela”, ali koji je poznatiji kao “zakon prilagođavanja”. Naime, ovaj propis sadrži derogirajuće norme koje se imaju primeniti na teroristička dela počinjena u inostranstvu za koja se može suditi po francuskom Krivičnom zakoniku, a pod uslovima predviđenim u članovima 113-6 do 113-12 KZ.

Pravila o nadležnosti rukovode se načelom konkurencije nadležnosti i između pariskih sudova koji su normalno nadležni primenom pravila o mesnoj nadležnosti. Član 706-17 ZKP naime određuje da u pogledu krivičnog progona, istrage i suđenja za krivična dela obuhvaćena članom 706-16 ZKP državni sudija, istražni sudija, kazneni sud za prestupe i porotni sud u Parizu imaju konkurentnu nadležnost s onim za koje to proizlayi iz pravila o redovnoj mesnoj nadležnosti. Načelo konkurencije nadležnosti važi i u postupku za maloletnike.

Načelo konkurencije nadležnosti omogućava specijalizaciju i centralizaciju krivičnog progona, istrage i suđenja u Parizu (služba SCLAT u okviru državnog tužilaštva, specijalizovane istražne sudije, posebni porotni sud). Isto tako, teroristička dela finansijskog karaktera (pranje novca, krivična dela osoba koje raspolažu povlašćenim informacijama, finansiranje terorističkih poduhvata) se nakon 2001. godine mogu se poveriti pravosudnim službenicima upućenim na rad u službe specijalizovane za istrage u predmetima privrednog i finansijskog kriminala (službe poznate pod nazivom „Privredni i finansijski centar”) pri Okružnom sudu u Parizu, a u smislu odredbe člana 706-17 ZKP.

¹¹ O derogativnim krivičnoprocesnim institutima u funkciji borbe protiv terorizma detaljnije vidi: Mayaud Z., *op.cit.*, pp. 89-119.

Najzad, koncentrovana *nadležnost specijalnog porotnog suda za terorističke zločine* u praksi predstavlja odustajanje od laičke porote. Ne dovodeći u pitanje karakter porotnih sudova kao redovnih sudova za teža krivična dela (zločine), francuski zakonodavac je 1986 godine iz pragmatičnih razloga ipak predvideo izuzetak u pogledu njihovog sastava i delovanja kada je u pitanju suđenje za terorističke zločine i koneksne prestupe. Reč je o izostanku laičke porote u smislu člana 706-25 ZKP, što je slučaj i kod suđenja za pojedine delikte organizovanog kriminala (npr. za trgovinu drogom) i još neka teška krivična dela.

“Porotni” sud u takvom slučaju čine, pored predsednika veća, još šest članova veća, koji su pozivne sudije. Takvim sastavom sudskog veća zakonodavac je želeo da spreči svaki pokušaj zastrašivanja ili pretnje odmazdom neprofesionalnim sudijama – pravim porotnicima. Presude specijalnog porotnog suda mogu se, u skladu sa opštim propisima, pobijati žalbom pred sudom pravnog leka, koji se takođe sastoji od profesionalnih sudija, i to pred predsednikom i osam članova žalbenog veća (čl. 696-6 ZKP).

Porotni sud za maloletnike ostraže u istom sastavu kad sudi za teroristička kaznena dela, u skladu sa odredbama uredbe od 1945. godine. Zbog toga je propisano da se u slučajevima kada su u istom predmetu optužene punoletne i maloletne osobe, postupak mora razdvojiti tako da se punoletnim optuženicima odvojeno sudi pred specijalno sastavljenim porotnim sudom.

ZAKLJUČAK

Sve do osamdesetih godina prošlog veka francusko krivično zakonodavstvo ni na koji način nije upućivalo na pojam terorizma. Ovakvo stanje je u potpunosti prevaziđeno donošenjem novog Krivičnog zakonika 1994. godine, koji čitavo jedno poglavlje posvećuje terorizmu, a sam terorizam definiše kao krivično delo. Šta više uz osnovno krivično delo terorizma (klasični terorizam), normirano je i nekoliko međusobno komplementarnih inkriminacija koje u svojoj sveukupnosti gotovo bez ostatka “pokrivaju” teroristički kriminalitet: ekološki terorizam, zločinačko udruživanje u terorističke svrhe, finansiranje terorističkih poduhvata, i neprijavljanja terorističkog dela ili napada na temeljne interese nacije.

Antiterorističko krivično pravo otada se dopunjavalo različitim procesnim odredbama, među kojima je najvažnija novella Zakonika o krivičnom postupku od 2001. godine. Danas francusko krivično pravo nudi dva legislativna modela u borbi protiv fenomena terorizma, pri čemu poseban značaj ima u međuvremenu razvijeno tzv. derogativno zakonodavstvo (antiterorističko zakonodavstvo *sensu stricto*). Ono u

francuskom pravu povlači niz odstupanja od redovne krivične procedure i uobičajenog uređenja sankcija (cetralizacija krivičnog gonjenja, dodatno produženje trajanja pritvora, isključenje sudija-porotnika, zabrana boravka, podsticanje na pokajanje i dr.), ali i čitav niz drugih kriminalni-političkih mera (proširenje polja inkriminacije, obeštećenje žrtava iz garantnih fondova protiv terorističkih dela i sl.).

Paralelno sa tim, u poslednjih četvrt veka izvršene su i ključne reforme na planu organizacije antiterorističke borbe u Francuskoj. Rezultat tih reformi predstavljaju više institucija, organa i službi nadležnih za sprečavanje i suzbijanje terorizma, i to kako na političko-administrativnom, tako i operativnom nivou. Najznačajnija među njima su: Međuministarski komitet za antiterorističke veze (CILAT), Jedinica za koordinaciju borbe protiv terorizma (UCLAT), Generalnim sekretarijatom Narodne odbrane (SGDN), Međuresorski komitet za obaveštajne poslove (CIR), Ured za borbu protiv organizovanog kriminala, terorizma i pranja novca u okviru Ministarstva pravde, jedinica za borbu protiv finansijskog terorizma pri Ministarstvu privrede i finansija (FINTER), Centralna direkcija za unutrašnji obaveštajni rad (DCRI), Generalna direkcija za spoljnu bezbednost (DGSE), Nacionalna antiteroristička divizija sudske policije (DNAT) i Centralna policijska služba za borbu protiv terorizma (SCLAT).

Ovakvo uređenje institucija, organa i službi nadležnih za borbu protiv terorizma ima svoju pozitivnu stranu, naročito kada je reč o specijalizaciji službi i interesornih tela, ali u velikoj meri i kompromituje francuski policijski sistem koji u teoriji godinama smatran naizrazitijim predstavnikom evopskog, centralizovanog modela policijskog sistema. Nema sumnje da su sprovedene reforme diktirane kako objektivnim potrebama (savremeni rizici i pretnje bezbednosti i sl.), tako i razvojem pojedinih organa državne uprave. S druge strane, ne treba minimizirati ni već pomenuto shvatanje teorije po kome su načini antiterorističke borbe u Francuskoj više plod istorijskih slučajnosti i niza kompromisa, nego rezultat staložene analize koja se bavi savremenim pretnjama.

Momčilo Sekulić, Podgorica

NORMATIVE AND ORGANIZATIONAL ASPECTS OF THE FIGHT AGAINST TERRORISM IN FRANCE

Until the eighties years of the last century, the French criminal law in any way suggested on the concept of terrorism. This situation is completely overcome 1994. by the adoption of the Criminal Code, which devotes an entire chapter to terrorism, and terrorism itself define as a criminal offense. What more, with the criminal act of terrorism (Terrorism classic), a standardized and several mutually complementary incrimination, which in their totality virtually no residue "covering" terrorist crime: ecological terrorism, criminal conspiracy for terrorist purposes, the financing of terrorist enterprise, and failing to report terrorist acts or attack on the fundamental interests of the nation. Anti-terrorist criminal law since it complemented the different procedural provisions, among which the most important is the novella of the Code of Criminal Procedure since 2001. year. In parallel, in the last quarter-century have been carried out and the key reforms in the field of anti-terrorist organization fighting in France. The result of these reforms are a number of institutions, bodies and agencies responsible for preventing and combating terrorism, both at the political and administrative, and operational levels.

Key words: *Criminal law; national security; terrorism; policy; France*

Prof.dr Nataša Tanjević
Visoka škola za poslovnu ekonomiju
i preduzetništvo,
Beograd

Pregledni naučni rad
UDK:343.37(497.11)

PROBLEMI SISTEMATIKE KRIVIČNIH DELA PROTIV PRIVREDE U REPUBLIKAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE SA POSEBNIM OSVRTOM NA SRBIJU

U radu će biti prikazan način na koji su republike bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije rešile pitanje sistematizacije krivičnih dela protiv privrede u svojim nacionalnim zakonodavstvima. Za iskustva republika bivše Jugoslavije opredelili smo se iz razloga što su u pitanju zemlje koje su u zajedničkoj prošlosti počivale na samoupravnom socijalizmu, sa delegatskim sistemom predstavljanja, planskoj privredi i specifičnom sistemu radničkog samoupravljanja. Stoga je nesporna celishodnost uporednog pristupa u analizi prilagođavanja ovih zemalja na novi društveno ekonomski sistem. U tom pogledu videćemo da u njihovim nacionalnim zakonodavstvima postoje određene razlike u broju i vrsti krivičnih dela koja su svrstana u grupu krivičnih dela protiv privrede, i uporediti ova rešenja sa onima koja postoje u našem krivičnom zakonodavstvu.

Ključne reči: *krivično delo, privredni kriminalitet, sistematika, zakonodavstvo, republike bivše Jugoslavije, Srbija*

UVOD

Sa lomom socijalizma, u uslovima uspostavljanja novog ekonomskog uređenja, društva u tranziciji suočavaju se sa porastom kriminaliteta i novim oblicima društveno štetnih ponašanja u privredi za koje ne postoje adekvatni mehanizmi suprostavljanja. Inkriminacije svojstvene ranijem ekonomskom uređenju, kojima se prioriteto nastojala štititi državna ili društvena svojina nad sredstvima za proizvodnju, ne mogu da pruže zaštitu promenjenim privrednim odnosima. U promenjenim društveno-ekonomskim uslovima u kojima se tržišna privreda još uvek nije ustabilila, javljaju se mnogobrojni

vidovi društveno štetnih ponašanja koji su «negde između» - u «sivoj» zoni između pravom dozvoljenih i nedozvoljenih. Ali, i pored toga što pojedini oblici privrednog kriminaliteta postoje oduvek (naročito u monetarnoj sferi), što je posledica identičnosti osnovnog faktora – produkcionog odnosa svojstvenog klasnim društvima, ipak se u oblasti privrednog kriminaliteta najčešće javljaju mala prohibita, tj. takva krivična dela koja se smatraju «veštačkim», jer su stvorena pozitivnim pravom, a da nisu posebno prekorljiva kao što su to univerzalno poznata «prirodna» krivična dela (mala in se), poput imovinskih dela ili krivičnih dela protiv života i tela¹. Zakonodavac interveniše propisivanjem krivičnih normi, kako bi zaštitio važeće ekonomsko-privredne odnose i društveno ekonomsko uređenje. U takvim uslovima problematičnim se javlja kako propisivanje ovih krivičnih dela tako i primena krivičnih pravni normi, jer su usmerene na održanje postojećih klasnih odnosa.

S obzirom da je pravno regulisanje privrednih odnosa veoma različito (imajući u vidu razlike u društveno-ekonomskom uređenju, privrednom sistemu i sl.) i oblici napada na privredne interese zemlje, koji dobijaju prema pozitivnom zakonodavstvu karakter radnji krivičnih dela, takođe su raznovrsni. Otuda upravo u ovoj materiji krivičnog prava postoje najveće razlike između krivičnih zakonodavstava različitih država i to, kako formalno, sa gledišta zakonskih inkriminacija, tako i sadržinski sa gledišta objekta krivičnopravne zaštite.

ZAJEDNIČKE KARAKTERISTIKE KRIVIČNIH DELA PROTIV PRIVREDE

U grupu krivičnih dela protiv privrede su svrstana heterogena krivična dela od kojih se neka odnose na privredu i privredno poslovanje (opšta privredna krivična dela), dok su druga vezana za određene oblasti privrede i privrednog života kao što su finansije, trgovina, proizvodnja i dr. Zbog njihove brojnosti i sadržajnih razlika, malobrojna su njihova zajednička obeležja, tako da je veoma teško istaći njihove zajedničke karakteristike. Krivična dela protiv privrede predstavljaju one delatnosti koje znače napad ili ugrožavanje privrede kao osnove društvenih odnosa i dalje izgradnje društva. Kao i kod drugih krivičnih dela, polazna pretpostavka za razumevanje ove grupe krivičnih dela jesu ustavni principi na kojima se zasnivaju privredni odnosi. Tako Ustav Republike Hrvatske² u članu 49 predviđa da su preduzetnička i tržišna sloboda temelj privrednog ustrojstva Hrvatske, te da država osigurava svim preduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu i zabranjuje zloupotrebu monopolskog položaja određenog

¹F. Bačić, *Krivično pravo*, Informator, Zagreb, 1980, str. 37

² „Narodne novine“ br. 56/90, 135/97, 8/98 –pročišćeni tekst, 113/2000,124/2000, 28/01

zakonom. Ustav Republike Srpske³ članom 50 predviđa da se ekonomsko i socijalno uređenje zasniva na ravnopravnosti svih oblika vlasništva i slobodnom zarađivanju, samostalnosti preduzeća i drugih oblika zarađivanja u sticanju i raspodeli dobiti i slobodnom kretanju robe, rada i kapitala u Republici kao jedinstvenom privrednom prostoru. Ustavom Crne Gore⁴ članom 47 jamči se sloboda privređivanja i sloboda preduzetništva i zabranjuje svaki akt i radnja kojima se stvara ili podstiče monopolski položaj i sprečava tržišno privređivanje. I Ustav Republike Slovenije⁵ u članu 74 propisuje da se ekonomska aktivnost ne može ostvariti suprotno javnom interesu, te da su nelojalna konkurencija i akti u suprotnosti sa zakonom ograničavanja konkurencije zabranjeni.

Ustav Republike Srbije⁶ u delu koji se odnosi na ekonomsko uređenje propisuje da ono počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i svih drugih oblika svojine (član 82). Pored toga Ustav predviđa da je Republika Srbija jedinstveno privredno područje sa jedinstvenim tržištem roba, rada, kapitala i usluga, i da svi imaju jednak pravni položaj na tržištu, te da se zabranjuju svi akti kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopoloskog ili dominantnog položaja (član 82).

Zaštitni objekat krivičnih dela protiv privrede nije jedinstven, jer se štite poslovanje u privredi i postojeći monetarni sistem, jedinstvo tržišta, proizvodnja i razmena, dakle one osnovice i komponente privrednog sistema koje uzete u svojoj sveukupnosti čine privredu zemlje. Zbog toga je, kada se govori o ovim krivičnim delima potrebno da je reč o krivičnom delu koje ima za cilj zaštitu privrednog sistema i njegovog funkcionisanja. Ovde se može postaviti pitanje i kakav model privrede štititi? Ako pođemo od toga da je reč o tržišnoj privredi kao grupnom zaštitnom objektu, to bi značilo da u prvi plan treba staviti slobodu i ravnopravnost privređivanja, a ne i zaštitu privrednih odnosa samih po sebi. Međutim, ako se imaju u vidu pojedina krivična dela protiv privrede, možemo primetiti da se štite i neki posebni privredni interesi, a prvenstveno interesi države u određenim privrednim oblastima, na primer, u oblasti deviznog, monetarnog, carinskog, poreskog sistema i slično. U najširem smislu zaštitni objekt bi bile privredne delatnosti koje se odvijaju na teritoriji Republike. Posebni zaštitni objekti, karakteristični za podgrupe ovih krivičnih dela, bili bi: poslovanje u privredi, monetarni sistem, proizvodnja i promet i jedinstveno tržište.

³ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 3/92,6/92, 8/92, 15/92 i 19/92.

⁴ „Službeni list RCG“, br. 48/92

⁵ „Uradni list Republike Slovenije“, br. 33/91

⁶ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 83/06.

Posledice ovih krivičnih dela su različite i ostvaruju se na različitim napadnim objektima. One se sastoje u povredi ili ugrožavanju zaštićenih dobara, a ispoljavaju se u vidu: neizvršenja pojedinih privrednih zadataka, izazivanja poremećaja u proizvodnji i raspodeli, ometanja normalnog funkcinisanja privrednih delatnosti, izazivanja poremećaja u finansijskom sistemu i slično. Ostvarenjem ovih pojedinačnih posledica ostvaruje se i opšta posledica, svojstvena krivičnim delima iz ove grupe, a to je ugrožavanje postojećih privrednih odnosa u državi. Takođe, kod većine krivičnih dela protiv privrede kvalifikatorne okolnosti vezane su za visinu ostvarene protivprane imovinske koristi.

KRIVIČNA DELA PROTIV PRIVREDE U ZAKONODAVSTVIMA REPUBLIKA BIVŠE SFRJ

Republika Hrvatska

Kazneni zakon Republike Hrvatske⁷ u glavi XXI propisuje „Kaznena dela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja“ i u njih ubraja trinaest krivičnih dela. Ovo je ujedno zakon koji sadrži najmanji broj krivičnih dela predviđenih kao krivična dela protiv privrede. Ono što je specifičnost krivičnih dela svrstanih u ovu glavu Krivičnog zakona je da se u njoj nalazi krivično delo „neloyalne konkurencije u spoljnotrgovinskom poslovanju“ (član 289), koje ni u jednom zakonu ostalih republika bivše SRJ nije inkriminisano u grupi krivičnih dela protiv privrede.

Takođe, krivično delo pranja novca u ovom zakonu nalazi se pod nazivom koji ne postoji u ostalim zakonodavstvima „pokrivanje protivzakonito dobijenog novca,“ (član 279). Interesantno rešenje predviđeno je u ovoj zakonskoj odredbi prema kojoj krivično delo pranja novca postoji i u slučaju kada su novac, predmeti i prava pribavljeni krivičnim delom koje je izvršeno prema stranoj državi. Takođe, zakonodavac je predvideo i mogućnost oslobađanja od kazne za učinioca ovog krivičnog dela pod uslovom da dobrovoljno doprinese otkrivanju izvršenog krivičnog dela pokrivanja protivzakonito dobijenog novca i to otkrivanjem nadležnim državnim organima učinioca ovog krivičnog dela ili nekog od oblika izvršenja dela ili pak načina, mesta i okolnosti pod kojima je delo izvršeno.

Krivičnim zakonikom Republike Hrvatske inkriminisane su i poslovne prevare, pa je članom 293. propisano krivično delo „prevara u privrednom poslovanju“. Ono što je takođe interesantno kada je u pitanju ovaj krivični zakon je da se krivično delo zloupotrebe čeka i kreditne kartice (član 226) ne

⁷ „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 110/97.

nalazi u grupi krivičnih dela protiv privrede već je svrstano u grupu krivičnih dela protiv imovine.

Izmenama i dopunama ovog krivičnog zakona koje su izvršene 2006 godine⁸ došlo je do pooštavanja kaznene politike kada su u pitanju pojedina krivična dela iz ove grupe. Tako je za krivično delo nezavesnog privrednog poslovanja iz člana 291. ranije propisana novčana kazna ukinuta i zamenjena kaznom zatvora. Promene su izvršene i kada je u pitanju krivično delo sklapanja štetnog ugovora (član 294), pa je za izvršenje ovog krivičnog dela sada predviđena strožija kazna zatvora (od jedne do osam godina), umesto ranijeg rešenja koje je predviđalo kaznu zatvora od šest meseci do pet godina. Pooštrena kaznena politika izvršena je i kod krivičnog dela izbegavanja carinskog nadzora (član 298) i to zamenjivanjem novčane kazne kaznom zatvora kod osnovnog dela, kao i povećavanjem minimuma i maksimuma zatvorske kazne kod ostalih oblika ovog krivičnog dela. Takođe, promene su izvršene i kada je u pitanju krivično delo pranja novca iz člana 279. i to u nazivu samog dela, budući da je raniji naziv „prikriivanje protivzakonito dobivenog novca“, zamenjen nazivom „pranje novca“. Inriminisana su i dva nova krivična dela u ovoj grupi i to krivično delo primanja mita u privrednom ili drugom poslovanju (član 294b), odnosno krivično delo davanja mita u privrednom ili drugom poslovanju (član 294c).

Izmenama i dopunama ovog krivičnog zakona iz 2007 godine uvedeno je još jedno krivično delo u grupu krivičnih dela protiv privrede, koje ne poznaju ostala krivična zakonodavstva republika bivše Jugoslavije. U pitanju je krivično delo „zloupotrebe ovlašćenja u vezi sredstava Evropske unije“ (član 292a).

Federacija BiH

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁹ krivična dela protiv privrede propisuje u glavi koja nosi drugačiji naziv. On u glavi XVIII predviđa „Krivična dela protiv privrede i jedinstva tržišta, te krivična dela iz oblasti carina“. U vezi sa tim, zakon u ovoj grupi krivičnih dela posebno predviđa krivično delo carinske prevare (član 216) i krivično delo organizovanja grupe ljudi ili udruženja za rasturanje i krijumčarenje neocarinjene robe (član 215). Takođe, veoma je neobično da u ovoj grupi krivičnih dela nisu inkriminisana krivična dela koja se nalaze u drugim zakonodavstvima u grupi krivičnih dela protiv privrede. U pitanju su krivično delo prouzrokovanja stečaja, zloupotrebe platnih kartica, izdavanje čeka i korišćenje platne kartice bez pokrića, zloupotreba monopolističkog položaja,

⁸ „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 71/06

⁹ „Službeni glasnik Federacije BiH“, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 53/06 и 55/06

nesavestan rad u privrednom poslovanju, zloupotreba ovlašćenja u privredi, oštećenje poverilaca i narušavanje poslovnog ugleda.

Poslednjim izmenama i dopunama ovog zakona¹⁰ izvršene su znatne izmene u grupi krivičnih dela protiv privrede pa su tako inskriminalisana nova krivična dela i to: krivično delo poreske utaje ili prevare, nedozvoljen promet akciznih proizvoda, nedozvoljeno skladištenje robe i krivično delo neplaćanje poreza. Pre pomenutih izmenama ova dela nalazila su u posebnoj glavi Krivičnog zakona pod nazivom „Krivična dela iz oblasti poreza“.

Promene su izvršene i kod krivičnog dela pranja novca (član 209) i to tako što je povećan zakonskim minimum, odnosno maksimum kazne zatvora za izvršenje osnovnog i težeg oblika ovog krivičnog dela (od jedne do osam, odnosno od jedne do deset godina zatvora). Krivično delo sastoji se u primanju, zameni, držanju, raspolaganju, upotrebi u privrednom ili drugom poslovanju ili na drugi način prikrivanju ili pokušaju prikrivanja novca ili imovine u većoj vrednosti za koje se zna da su pribavljeni učinjenjem krivičnog dela ili ako je time ugrožen zajednički ekonomski prostor Bosne i Hercegovine ili ako to ima štetne posledice za delatnosti ili finansiranje institucija Bosne i Hercegovine. Teži oblik postoji ako je radnja izvršenja osnovnog oblika dela preduzeta u odnosu na novac ili imovinsku korist koja prelazi iznos od 200.000 KM (konvertabilnih maraka). Ranije rešenje je u ovom slučaju predviđalo vrednost od 50.000 KM.

Kod ostalih krivičnih dela iz ove grupe primećuje se da je kaznena politika blaža u odnosu na ostala zakonodavstva a prvenstveno u odnosu na Krivični zakonik Republike Srbije. Na primer, za krivično delo nedopuštene proizvodnje zakonom je propisana ili novčana kazna ili zatvor do jedne godine, dok je u našem zakonodavstvu predviđena kazna zatvora do dve godine. Isto je i sa krivičnim delom falsifikovanja novca u okviru kojeg je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina, dok naš zakonodavac predviđa za isto delo kaznu zatvora od dve do dvanaest godina. Sa druge strane značajna razlika je i kada je u pitanju krivično delo nedopuštene trgovine za koje je predviđen samo osnovni oblik dela i kazna zatvora od jedne do deset godina, dok je u našem zakonodavstvu za isto delo za osnovni oblik propisana novčana kazna odnosno kazna zatvora do dve godine, a za teže oblike dela kazna zatvora od tri meseca do tri godine, odnosno od šest meseci do pet godina. Najzad, još jedna specifičnost krivičnog zakonodavstva BiH ogleda se u činjenici da su poslovne prevare prvobitno imale svoje mesto u grupi krivičnih dela protiv privrede te je članom 251 Krivičnog zakona bilo propisano krivično delo „prevara u privrednom poslovanju“. Međutim, poslednjim izmenama i dopunama ovog zakona, ovo delo nije inkriminalisano u grupi krivičnih dela protiv privrede.

¹⁰ „Službeni glasnik BiH“, br. 8/10.

Republika Srpska

Krivični zakon Republike Srpske¹¹ u glavi XXIV propisuje „Krivična dela protiv privrede i platnog prometa“, i u ista ubraja čak trideset šest krivičnih dela. Među njima se nalaze i krivična dela koja druga zakonodavstva ne poznaju, odnosno ne predviđaju u ovoj grupi krivičnih dela. U pitanju su sledeća krivična dela: lažna poreska isprava (član 288); podnošenje lažne poreske isprave (član 289); sprečavanje poreskog službenika u obavljanju službene dužnosti (član 290) i napad na poreskog službenika u obavljanju službene dužnosti (član 291). Sa druge strane, primećuje se da u grupi krivičnih dela protiv privrede nisu inkriminisana dva krivična dela, koja ostala zakonodavstva uglavnom predviđaju. U pitanju su krivično delo falsifikovanja novca i krivično delo nedopuštene proizvodnje. Takođe, u ovom krivičnom zakonu krivična dela vezana za neovlašćeno primanje ili davanje poklona (član 267 i član 268), su svrstana u grupu krivičnih dela protiv privrede, dok se u ostalim zakonima ona uglavnom nalaze u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti, odnosno krivičnim delima korupcije. Ovo je takođe zakon u kojem se u grupi krivičnih dela protiv privrede nalazi i krivično delo upada u kompjuterski sistem, koji se u svim drugim zakonima, osim u Krivičnom zakoniku Republike Slovenije nalazi u grupi krivičnih dela vezanih za računarski, odnosno kompjuterski kriminal.

Zakonom je predviđeno i krivično delo „nepravilno izdvajanje sredstava pravnog lica“, koje ne poznaju ostala zakonodavstva. Delo čini odgovorno lice u pravnom licu koje je po poreskom zakonodavstvu u Republici Srpskoj lično odgovorno, a koje je odobrilo izdvajanje sredstava pravnog lica u druge svrhe, a ne za plaćanje poreske obaveze pravnog lica, usled čega je prouzrokovana nesposobnost pravnog lica za pravovremeno plaćanje poreske obaveze (član 292).

Još jedna važna odlika Krivičnog zakona Republike Srpske ogleda se u činjenici da je u ovoj grupi krivičnih dela inkriminisano i krivično delo poslovne prevare (član 265).

Republika Crna Gora

Krivični zakonik Republike Crne Gore¹², u glavi XXIII predviđa „Krivična dela protiv platnog prometa i privrednog poslovanja“ i u ovu grupu ubraja veliki broj krivičnih dela (dvadesetdevet). U pitanju su uglavnom ista dela koja predviđa i naš Krivični zakonik u glavi „krivična dela protiv privrede“. Međutim, ovaj Zakon propisuje i nešto drugačije

¹¹ „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/2003.

¹² „Službeni list Republike Crne Gore“, br. 70/04, 13/04.

inkriminacije u odnosu na naš krivični zakonik. Jedna od njih je krivično delo zloupotrebe procene (član 279), krivično dela lažnog bilansa (član 278), odavanja i korišćenja berzanske tajne (član 281), i nedozvoljeno bavljenje bankarskom, berzanskom i delatnošću osiguranja (član 266).

Ovo je ujedno zakonik u kojem nisu inkriminisane poslovne prevare, odnosno prevare u privrednom poslovanju u grupi krivičnih dela protiv privrede.

Republika Slovenija

Krivični zakonik Republike Slovenije je jedini zakon koji krivična dela protiv privrede svrstava u glavu XIII pod istoimenim nazivom, koji je predviđen i u Krivičnom zakoniku Republike Srbije¹³. Ujedno u ovoj glavi inkriminisano je 27 krivičnih dela, čija su rešenja veoma slična rešenjima koja predviđa i naš zakonodavac, stim da ipak postoje i određene razlike. Najpre, poput Krivičnog zakona Republike Srpske i ovde je krivično delo upada u računarski sistem predviđeno u grupi krivičnih dela protiv privrede (član 242). Takođe i ovo je jedan od zakona koji je inkriminisao poslovne prevare i to članom 234a zakona. Poput zakona Republike Srpske i u ovom zakonu krivična dela koja se odnose na neovlašćeno primanje i davanje poklona nalaze se u grupi krivičnih dela protiv privrede (član 247 i 248). Najzad, ovo je jedini zakon koji u ovoj grupi krivičnih dela predviđa i krivično delo pronevere (član 245).

Specifičnost inkriminacija svrstanih u grupu krivičnih dela protiv privrede primećuje se i kada je u pitanju krivično delo pranja novca. Ono što predstavlja novinu u odnosu na ostala zakonodavstva jeste da je ovo delo predviđeno samo u odnosu na novac a ne i na drugu imovinu koja je nezakonito pribavljena. Tako osnovni oblik dela postoji kada lice prima, menja, drži, raspolaze ili upotrebi u privrednim aktivnostima ili na drugi način stavi u promet novac za koji zna da je pribavljen izvršenjem nekog krivičnog dela. Razlika u odnosu na ostala rešenja postoji i kada je u pitanju teži oblik ovog krivičnog dela, koji će postojati kada je radnja izvršenja preduzeta u odnosu na novac velike vrednosti i to u pogledu što nije precizirano zakonom koja je to vrednost, već je to faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju, kao i u činjenici da je zakon propisao za ovaj oblik dela kaznu zatvora do osam godina i kumulativno novčanu kaznu. Najteži oblik ovog krivičnog dela postojaće u slučaju da se više lica udružilo radi vršenja jedne ili više delatnosti usmerenih na pranje novca, u kom slučaju je takođe predviđena kazna zatvora od jedne do deset godina i kumulativno novčana kazna.

¹³ „Uradni list Republike Slovenije“, br. 95/04

Problemi sistematike krivičnih dela protiv privrede u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije

Promene u razvoju privrede nužno dovode i do promena u oblasti inkriminacije tako da se vremenom neke od njih ukidaju a druge propisuju. Dinamika inkriminacija nigde nije bila tako živa kao ovde, a i upravo sadržinski najviše promena je bilo kod ovih krivičnih dela. U ovom pravcu značajno je nekoliko perioda u razvoju našeg krivičnog zakonodavstva: U prvom periodu, koji je trajao do donošenja Krivičnog zakonika 1951. godine¹⁴ preovlađivala su krivična dela špekulacije, sabotaze i neizvršenja isporuka poljoprivrednih proizvoda. Drugi period, koji je trajao do noveliranja zakonika 1959. godine¹⁵ odlikuje dominacija dela u vezi sa kolektivizacijom poljoprivrede i dela zloupotrebe u vezi sa administrativnim upravljanjem privredom. U trećoj fazi do donošenja ustavnih amandmana 1971. godine, pojavila su se nova društveno opasna ponašanja koja su ugrožavala jedinstvo jugoslovenskog tržišta, što je dovelo do izmena krivičnog zakonika 1973. godine¹⁶ kada su uvedene nove inkriminacije koje su imale zadatak da onemoguće stvaranje monopopolističkog poremećaja za izazivanje poremećaja na tržištu. Od 1997. godine postojala je podeljena zakonodavna nadležnost u oblasti krivičnog zakonodavstva, odnosno podeljena nadležnost i kod krivičnih dela protiv privrede, koja se nastavila u bivšoj SRJ, a posle ukidanja savezne države i prenošenja zakonodavne nadležnosti na države članice, u Srbiji su jedno vreme važila, odnosno primenjivala se dva zakona i to bivši Krivični zakon SRJ, koji je preimenovan u Osnovni krivični zakon¹⁷ i Krivični zakon Srbije¹⁸. Saveznim zakonom krivična dela protiv privrede bila su propisana u glavi XVIII pod nazivom „Krivična dela protiv privrede i jedinstva jugoslovenskog tržišta“, a Krivični zakon Republike Srbije, ova dela predviđao je u glavi XV pod nazivom „Krivična dela protiv privrede“.

U međuvremenu su stavljene van snage brojne krivičnopravne odredbe različitih zakona kojima su bila propisana određena krivična dela, da bi ta dela sada bila propisana Krivičnim zakonikom, a jedan broj njih je i dalje ostao u sporednom krivičnom zakonodavstvu.

Krivična dela protiv privrede je moguće različito sistematizovati. Tako, polazeći od zaštitnog objekta koji se najčešće uzima kao osnov za unutrašnju klasifikaciju ovih dela mogu se svrstati u nekoliko osnovnih

¹⁴ „Službeni list FNRJ“, br. 13/51.

¹⁵ „Službeni list FNRJ“, br. 30/59.

¹⁶ „Službeni list FNRJ“, br. 6/73.

¹⁷ „Službeni glasnik RS“, br. 39/03

¹⁸ „Službeni glasnik RS“, br. 10/02.

grupa, zavisno od toga u kojim oblastima privrednih odnosa se vrše. Neka od njih se mogu vršiti u svim oblastima, odnosno u bilo kojoj grani privrede i ona se nazivaju opšta krivična dela protiv privrede. Drugu grupu čine posebna krivična dela protiv privrede, koja poseduju izvesne specifičnosti s obzirom na granu privrede u kojoj se vrše, odnosno koja mogu da se izvrše samo u određenim granama privrede. Po ovom kriterijumu, ona se dalje mogu podeliti na sledeće podgrupe:

1. krivična dela u vezi sa proizvodnjom i trgovinom: nedozvoljena proizvodnja (član 242), nedozvoljena trgovina (član 243), obmanjivanje kupaca (član 244), neovlašćena upotreba tuđe firme (član 233), krijumčarenje (član 230).

2. krivična dela protiv državnih finansija: falsifikovanje novca (član 223), falsifikovanje hartija od vrednosti (član 224), falsifikovanje i zloupotreba platih kartica (član 225), falsifikovanje znakova za vrednost (član 226), falsifikovanje znakova za obeležavanje robe, mere i tegova (član 245), pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za falsifikovanje (član 227), izdavanje čeka i korišćenje platnih kartica bez pokrića (član 228), poreska utaja (član 229), onemogućavanje vršenja kontrole (član 241).

Interesantnu klasifikaciju krivičnih dela iz ove glave daje i Mrvić-Petrović¹⁹:

- krivična dela kojima se narušava stabilnost monetarnog sistema (falsifikovanje novca, hartija od vrednosti, znakova za vrednost, falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica),
- krivična dela kojima se krše zakonska pravila poslovanja u privredi (npr. prouzrokovanje stečaja, prouzrokovanje lažnog stečaja, nesavestan rad u privrednom poslovanju, oštećenje poverilaca, zloupotreba ovlašćenja u privredi),
- krivična dela u vezi sa proizvodnjom i prometom roba i usluga (obmanjivanje kupaca, nedozvoljena trgovina, nedozvoljena proizvodnja i slično),
- ostala krivična dela kojima se ugrožavaju državne finansije i prikriva nezakonito poreklo imovine (poreska utaja, pranje novca).

Izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije²⁰ izvršene su određene izmene kada su u pitanju krivična dela protiv privrede. Najpre, inkriminisano je novo krivično delo u ovoj grupi i to krivično delo neuplaćivanja poreza po odbitku . Osnovni oblik dela čini odgovorno lice u

¹⁹ N. Mrvić-Petrović, Krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 320

²⁰ „Službeni glasnik RS“, br. 72/09 i 111/09.

pravnom licu - poreskom platcu, kao i preduzetnik – poreski platac koji, u nameri da ne plati porez, ne uplati na propisani uplatni račun javnih prihoda iznos koji je obračunat na ime poreza po odbitku, u kom slučaju će se kazniti kazniće se zatvorom do tri godine i novčanom kaznom. Teži oblik dela postojace ako iznos obračunatog, a neuplaćenog poreza prelazi milion i petsto hiljada dinara, odnosno ako iznos obračunatog, a neuplaćenog poreza prelazi sedam miliona i petsto hiljada dinara, u kom slučaju će se učinilac kazniti zatvorom od jedne do deset godina i novčanom kaznom.

Promene su izvršene i kod ostalih krivičnih dela. Naime, kod krivičnih dela falsifikovanja u svim slučajevima pored propisane kazne zatvora predviđena je i novčana kazna. Isti je slučaj i sa krivičnim delom pranja novca. Za krivično delo poreske utaje, za teži oblik krivičnog dela povećana je predviđena kazna zatvora sa pet na osam godina, odnosno za najteži oblik povećan je zakonski minimum i maksimum sa jedne na dve, odnosno sa osam na deset godina zatvora. U članu 232 koji se odnosi na krivično delo zloupotrebe monopolističkog položaja, promene su izvršene u propisanoj kazni za izvršenje ovog dela na način da je umesto ranije predviđene kazne zatvora do tri godine sada propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina i novčana kazna. Kod krivičnog dela zloupotrebe ovlašćenja u privredi, uvedena je mogućnost da i preduzetnik može biti izvršilac ovog krivičnog dela i dodat je novi teži oblik dela koji postoji ako pribavljena imovinska korist prelazi iznos od petnaest miliona dinara. U tom slučaju, učinilac će se kazniti zatvorom od dve do dvanaest godina. Zakonom propisan minimum kazne zatvora povećan je i kada je u pitanju krivično delo narušavanja poslovnog ugleda (umesto tri meseca- šest meseci), dok je za teži oblik dela propisana i novčana kazna.

Najzad, Predlog zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, između ostalog, predviđa i nova krivična dela u ovoj grupi, poput krivičnog dela Neuplaćivanje doprinosa ili drugih propisanih dažbina (član 229b), krivičnog dela Subvencijska prevara (član 238b), i krivičnog dela Zloupotreba u postupku javne nabavke (član 238v). Posebno značajnim smatramo i predloženo krivično delo prevare u poslovanju (član 238a). U prilog uvođenja ovog krivičnog dela govori rasprostranjenost krivičnih dela prevare koja se vrše u oblasti privrednog poslovanja, a i sam način izvršenja ovih krivičnih dela koji se bitno razlikuje od klasičnih imovinskih prevara. Sa druge strane, izvršioci krivičnih dela prevare u privrednom poslovanju su najčešće odgovorna i službena lica u privrednim subjektima, a oštećenici su uglavnom pravna lica²¹. Takođe, pri izvršenju ovih dela često se koriste lažna – falsifikovana sredstva obezbeđenja plaćanja (u novije vreme lažne menice, a ranije lažni akceptini nalazi – bez pokrića i sl.). Visina pričinjene

²¹ N. Tanjević, Privredni kriminal u Srbiji – predlozi za unapređenje krivičnog zakonodavstva, Revija za bezbednost, br. 4, 2010, str. 358

imovinske štete i ostvarene imovinske koristi, kao najčešće posledice ovih krivičnih dela, su u velikom broju slučajeva izuzetno velike.

KRIVIČNA DELA U VEZI SA PRIVREDOM

Pored krivičnih dela koja se nalaze u grupi krivičnih dela protiv privrede postoje i druga krivična dela koja nisu svrstana u ovu grupu, ali su u vezi sa privredom. To su pre svega krivična dela protiv službene dužnosti i krivična dela protiv imovine. Iako ova krivična dela nisu uperena protiv privrede činjenica je da se ona najviše vrše u privredi, odnosno u privrednom poslovanju. U vezi sa navedenim postoje argumenti da i jedna i druga krivična dela treba uvrstiti u pojam privrednog kriminaliteta, pri čemu se ističu dva argumenta.²² Prvo, ta krivična dela samim tim što predstavljaju napad na imovinu i službenu dužnost, posredno napadaju i privredne odnose, a pogotovo ako se vrše u okviru ili povodom privrednog poslovanja. Drugo, ova krivična dela po svom značaju ni malo ne zaostaju za krivičnim delima predviđenim u grupi krivičnih dela protiv privrede. Najzad, još jedan argument je sama struktura krivičnih dela koja su propisana u glavi protiv službene dužnosti. Samo tri krivična dela iz ove glave predstavljaju *delicta propria*, koja isključivo mogu učiniti izvršiocima sa svojstvom službenog lica, dok pretežni broj krivičnih dela mogu učiniti kako lica sa svojstvom službenog lica tako i lica sa svojstvom odgovornog lica. Četiri krivična dela iz ove grupe: davanje mita, pronevera, posluga, protivzakonito posredovanje su *delicta communia*. Navedena podela ukazuje na to da se primenom inkriminacija iz glave krivičnih dela protiv službene dužnosti postiže i zaštita zakonitog postupanja odgovornih lica u privrednim preduzećima. Proširenjem kruga subjekata ovih krivičnih dela, uprkos tome što je formalno kao prioritetni zaštitni objekt istakao službenu dužnost, zakonodavac je stao na stanovište da nije moguće dosledno razgraničiti vršenje službene dužnosti od obavljanja rukovodećih funkcija u privrednoj delatnosti. Naime, u slučajevima u kojima država interveniše u privrednim odnosima a predstavnici vlasti imenuju direktore javnih službi i najvažnijih državnih preduzeća, obično se „mešaju“ domeni privrednog i javnog (političkog) delovanja. Zbog toga bismo mogli reći da sadašnje rešenje u našem zakonodavstvu nije podesno jer ukoliko su nekada odgovorna lica u pravnim licima bila eksponenti države, vremenom bi trebalo sve manje sa njom da imaju veze. Stoga je potrebno pronaći drugačije rešenje a jedno od mogućih načina je da ova dela budu predviđena kao zasebna krivična dela sa

²² Atanacković, Krivično pravo – Posebni deo, Privredna štampa OOUR „Finansijski studio“, Beograd, 1978, str. 287.

subjektom koji je odgovorno lice (slično kao u zakonodavstvu Republike Srpske).²³

Kada je reč o krivičnim delima protiv imovine, u ovoj grupi krivičnih dela postoje i takva dela koja su štetna za privredu, odnosno koja mogu da pogode privredno poslovanje i privredne subekte kao što je krivično delo prevare iz člana 208 KZ ili krivično delo neosnovanog dobijanja i korišćenja kredita i drugih pogodnosti iz člana 209 KZ-a, koje je u ranijem zakonodavstvu i bilo svrstano u u krivična dela protiv privrede. Slična je situacija i sa krivičnim delom iz člana 218 (protivpravno zauzimanje zemljišta) i krivičnim delom iz člana 219 (protivpravno useljenje) koja takođe mogu biti sistematizovana u krivična dela protiv privrede, ako bi bila učinjena na štetu pravnog lica.

Nekadašnji krivični zakoni su u sistematici krivičnih dela pravili jasnu razliku između krivičnih dela protiv imovine (fizičkih lica) i protiv društvene svojine, koja su predstavljala krivična dela protiv privrede. U promenjenim društveno-ekonomskim odnosima, kada je njihova osnova kapital, postavlja se pitanje da li imovinske i privredne odnose možemo jasno razgraničiti kao zaštitne objekte, odnosno da kroz krivična dela protiv imovine štitimo privatnu svojinu a kroz krivična dela protiv privrede štitimo ekonomiju i državne finansije?

Na kraju, moramo napomenuti da je novi Krivični zakonik uveo i neke nove grupe krivičnih dela, poput krivičnih dela protiv intelektualne svojine, koja se svakako tiču jednog značajnog segmenta privrednog poslovanja a slično je i sa krivičnim delima protiv računarskih podataka koja takođe mogu predstavljati deo privrednog kriminaliteta.

ZAKLJUČAK

Navedena uporednopravna analiza pokazuje da postoje određene razlike u broju i vrsti krivičnih dela koja su svrstana u grupu krivičnih dela protiv privrede u republikama bivše Jugoslavije. Ako uporedimo krivična dela koja se u našem zakonodavstvu svrstavaju u krivična dela protiv privrede sa prikazanim rešenjima, možemo primetiti da postoji veliki broj istih dela, s tim što u Krivičnom zakoniku RS u ovoj grupi krivičnih dela nema na primer pojedinih krivičnih dela vezanih za carinu ili poreze, jer se ta krivična dela nalaze u sporednom krivičnom zakonodavstvu. Pored toga, uočava se da u našem zakoniku u grupi krivičnih dela protiv privrede nisu inkriminisana određena ponašanja u privrednom poslovanju koja po svojoj

²³ N. Tanjević, Privredni kriminal u uslovima ekonomske tranzicije, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, str. 216.

suštini predstavljaju poslovne prevare, a koja su u većini prikazanih zakonodavstava našla svoje mesto u grupi krivičnih dela protiv privrede.

Krivična dela protiv privrede predviđena u glavi XXII Krivičnog zakonika Republike Srbije su brojna. Zakonodavac je, umesto da preispita potrebu za njihovim postojanjem u novim društveno-ekonomskim uslovima, posebno imajući u vidu da se neke inkriminacije više ne susreću u praksi, pribegao drugom pristupu – da ranije postojećim krivičnim delima, među koja su uvršćena i krivična dela iz nekadašnjeg Osnovnog krivičnog zakona, doda neka nova. Istovremeno jedan broj krivičnih dela (poput poreske utaje) premešten je iz tzv. sporednog zakonodavstva u krivično zakonodavstvo. Međutim, to nije učinjeno dosledno, tako da u drugim zakonima još uvek postoje odredbe kojima se propisuju krivična dela usmerena na pojedine oblasti privrede. Takođe, pojedina dela usmerena protiv privrede nalaze se u nekim drugim glavama Krivičnog zakonika. Na taj način Krivični zakonik iz 2005. godine nije odgovorio potrebi da se stvori koherentan sistem krivičnopravnih normi koje bi svojom efikasnom primenom mogle da spreče privredni kriminal. Tako, uprkos brojnosti krivičnih dela protiv privrede, u mreži krivičnopravne kontrole države ostaju „sitne“ ribe za relativno lakša krivična dela, dok se najteže privredne malverzacije još uvek ili teško otkrivaju ili ostaju u zoni „sive ekonomije“, kao aktivnosti koje nisu sasvim u saglasnosti sa pravom, ali nisu ni zakonom zabranjene.²⁴ Moguće je da tome doprinose i manjkavosti postojećeg krivičnog zakonodavstva. Zbog toga se nadamo da će se usvajanjem Predloga zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, otkloniti određeni nedostaci i da će nova rešenja doprineti efikasnijoj borbi protiv privrednog kriminala.

Na kraju, zbog velike dinamike privrednog kriminaliteta i različitih vrsta privrednih odnosa koji bi trebalo da budu pravom regulisani, postavlja se pitanje celishodnosti da ovi odnosi budu regulisani krivičnopravnim odredbama. Jer, krivičnopravna zaštita privrede trebalo bi da bude poseriorna i da se primenjuje tek kada je učinjeno krivično delo, tj, onda kada norme građanskog, trgovinskog i upravnog prava ne mogu da budu delotvorni načini zaštite privrednih odnosa. Drugo, krivičnopravna zaštita može da bude predviđena kroz osnovno ili sporedno krivično zakonodavstvo. Zakonodavac se mora opredeliti za odgovarajući pristup. Dinamičnost i raznovrsnost privrednog kriminaliteta upravo zahteva da ova oblast bude regulisana sporednim krivičnim zakonodavstvom koje se može brže prilagođavati promenama u privredi²⁵. Oblast privrednog kriminala se u uporednom zakonodavstvu uglavnom i reguliše sporednim krivičnim zakonodavstvom. Na primer u krivičnom zakonodavstvu Švajcarske ono što se smatra jezgrom krivičnih dela protiv privrede predviđa se u okviru

²⁴ N. Tanjević, Privredni kriminal u uslovima ekonomske tranzicije, op. cit., str. 218.

²⁵ Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 219.

krivičnih dela protiv imovine, dok su ostala dela sadržana u sporednom zakonodavstvu. Naime, regulisanje ovih dela u sporednom zakonodavstvu objašnjava se potrebama češćih izmena odredaba o privrednim krivičnim delima s obzirom na dinamiku privrednog života u savremenim uslovima, budući da je navedene izmene lakše i praktičnije vršiti u sporednom zakonodavstvu. Zbog specifičnosti ove materije u pojedinim zemljama se donose i posebni privredni krivični zakoni, na primer u Holandiji, Zakon o privrednim deliktima iz 1950. godine ili u Nemačkoj, Privredni krivični zakon iz 1949 godine²⁶.

LITERATURA

1. ATANACKOVIĆ, D. (1978) *Krivično pravo – Posebni deo*, Privredna štampa OOUR „Finansijski studio“, Beograd.
2. BAČIĆ, F. (1980) *Krivično pravo*, Informator, Zagreb.
3. MRVIĆ-PETROVIĆ, N. (2008) *Krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd.
4. STOJANOVIĆ, Z. (2006) *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
5. TANJEVIĆ, N. (2010) *Privredni kriminalitet u Srbiji – predlozi za unapređenje krivičnog zakonodavstva*, Revija za bezbednost, br. 4.
6. TANJEVIĆ, N. (2012) *Privredni kriminal u uslovima ekonomske tranzicije*, Institut za uporedno pravo, Beograd.
7. Ustav Republike Hrvatske „Narodne novine“ br. 56/90, 135/97, 8/98 –prečišćeni tekst, 113/2000,124/2000, 28/01
8. Ustav Republike Srpske,„Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 3/92,6/92, 8/92, 15/92 i 19/92.
9. Ustav Republike Crne Gore,„Službeni list RCG“, br. 48/92
10. Ustav Republike Slovenije,„Uradni list Republike Slovenije“, br. 33/91
11. Ustav Republike Srbije“Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 83/06.
12. Krivičnik zakonik Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 85/05.
13. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika RS „Službeni glasnik RS“, br. 72/09 i 111/09.
15. Krivični zakon Republike Hrvatske „Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 110/97.
16. Krivični zakon Republike Srpske,„Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 49/2003.
17. Krivični zakon Republike Crne Gore „Službeni list Republike Crne Gore“, br. 70/04, 13/04.

²⁶ Z. Stojanović, op. cit., str. 220.

18. Krivični zakon Republike Slovenije, „Uradni list Republike Slovenije“, br. 95/04
19. Krivični zakon Federacije BiH, „Službeni glasnik Federacije BiH“, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 53/06 и 55/06
20. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Federacije BiH, „Službeni glasnik BiH“, br. 8/10.

Prof.dr Nataša Tanjević,

**SYSTEMATICS PROBLEMS OF CRIMINAL ACTS
AGAINST THE ECONOMY
IN FORMER YUGOSLAVIA REPUBLICS WITH
SPECIAL REFERENCE TO SERBIA**

The paper will be shown how the former Yugoslav republics resolved the question of systematization of crimes against the economy in their national legislation. To experience the republics of former Yugoslavia are undecided is primarily because it comes to countries that are in the past rested on a common self-governing socialism, with the delegate system of representation, a planned economy and the specific system of worker self-management. Therefore, it is undisputed expediency comparative approach to the analysis of these countries to adapt to the new socio-economic system. In this respect, it was determined that there are some differences in the number and type of crimes that are classified in a group of crimes against the economy, and these solutions were combined with those that exist in our criminal legislation.

KEY WORDS: *crime, economy, economic crime, systematics, legislation, former Yugoslav republics, Serbia.*

Mr. Vlajko B. Đurić
student doktorskih studija
ECPD Beograd

Pregledni naučni rad
UDK: 342.738:351.78

KORIŠĆENJE LISTINGA TELEFONSKOG PRETPLATNIČKOG BROJA GRAĐANINA “METERING” U PREVENTIVNOM RADU SLUŽBI BEZBEDENOSTI

Potreba da se izvede ovo istraživanje javila se nakon više neuspelih pokušaja da se operativna mera preventivnog karaktera pod nazivom, izrada i korišćenje listinga telefonskog pretplatničkog broja, koju sprovode bezbednosni državni organi i službe bezbednosti pojasnilo i u budućem vremenu izvodilo na ustavan i zakonit način, što će odbaciti sumnje javnosti o zloupotrebama prilikom vršenja ove preventivne aktivnosti. Takođe potrebno je ovu aktivnost usmeriti zakonski taksativno na krivična dela iz domena organizovanog kriminala, kao i na lex specialis slučajeve, prilikom traženju nestalih lica. Zloupotrebe ove operativne radnje su evidentirane u više navrata od strane Poverenika za informacije od javnog značaja i Ombudsmana, što su isti u sredstvima javnih informisanja i iznosili, na šta su se do sada oglušili svi državni organi koji su zaduženi za ustavno i zakonito sprovođenje prava i pravde. Takvo ponašanje je rezultiralo sudskom presudom protiv jedne od vojnih bezbednosnih službi, ali su javnost uopšte kao i stručna javnost i tom prilikom ostale uskraćene za širu društvenu polemiku, koja bi profesionalno i na bazi naučnih istraživanja, kao i iskustava evropskih bezbednosnih službi ponudili rešenje ovog problema.

Ključne reči: *listing pretplatničkog broja građanina, sveopšta bezbednost, proaktivna i preventivna kriminalistička istraživanja, telefonski listing stacionarne i mobilne telefonije, bezbednosno iterasantno lice, bezbednosno indikativno lice, operativna mera preventivnog karaktera*

UVOD

Operativna istraživanja bazirana na saznanjima Europolu došla su do interesantnih, a korisnih modaliteta koji se mogu primeniti prilikom

određivanja pojedinih mera prevencije u radu službi bezbednosti na planu strateškog suprotstavljanja organizovanom kriminalu. Tako se u ovim istraživanjima saznalo da: organizovane kriminalne grupe pokazuju oportune karakteristike u smislu hijerhije, da se tradicionalne hijerarhijske strukture smenjuju mrežom grupa kriminalaca koja se zadovoljava brzim i „prljavim” profitom; mreža je jaka u socijalnom i takođe ekonomskom pogledu, a takođe ima „upliv” i u političke krugove putem legitimnih odnosa; cilj je brza zarada sa malim rizikom stvaranjem okolnosti u kojima im pomaže sam državni aparat; upotreba savremenih tehničkih dostignuća radi ostvarivanja kriminalnih aktivnosti (što je lokalno postaje globalno); veća institucionalna kontrola i mehanizmi teško mogu da izdrže utakmicu sa socijalno motivisanim i tehnološko razvijenim obicima međunarodnog organizovanog kriminala; organizovani kriminal je globalni fenomen, i zajednica mora biti dobro obavestena o snazi, kapacitetima i prodoru organizovanog kriminala u društvo u periodičnim vremenskim izveštajima; efekti organizovanog kriminala u društvu rastu ukoliko su limitirani resursi društva i kooperacija između bezbednosnih agencija (policija) i sudskih organa, tzv. prve linije odbrane od organizovanog kriminala¹.

U toku je radikalna promena globalnog bezbednosnog ambijenta-sveopšta bezbednost², u evropskoj uniji pa i u R Srbiji koja je, između ostalog, izazvana ali je i rezultirala promenjenom listom izazova, rizika i pretnji za individualnu, regionalnu, grupnu, nacionalnu i globalnu bezbednost. Na izmenjenoj listi dominiraju nevojne pretnje bezbednosti kao što su terorizam, organizovani kriminal i sa njim povezana nedozvoljena trgovina narkoticima, oružjem i oružjem za masovno uništavanje, ljudima i ljudskim organima, kao i korupcija koja je surogat prethodno pomenutog.

U tranzicionim društvima, neprilagođene demokratske svesti, sa socijalnom netolerancijom i korupcijom na zavidnom nivou, pojam bezbednosti možemo tumačiti u širem značenju, što dodatno otežava drfinisanje strategije prevencije suprotstavljanju pomenutim oblicima kriminala. Sada su uzroci kriminogenosti više socijalnog karaktera: glad, siromaštvo, uništavanje životne sredine, razni oblici nasilja. S obzirom na

¹Comission staff working paper, Joint report from Commission services and Europol; „Towards a European strategy to prevent organised crime“, Brussels 13.03.2001. SEC (2001) 433.

²*Sveopšta bezbednost*, Komisija EU navodi kao strateške ciljeve u savremenom globalnom okruženju: napredak, solidarnost i **bezbednost**; pojam sveopšta, pojašnjava Vaclav Havel u smislu harmonizacije svih vrsta društvenih parametara (nacionalno i ekonomski povoljno), liberalizacija a ne samo harmonizacija. Na osnovu novonastalog pojma sveopšta bezbednost u EU teži se pored bezbednog društva i ekonomskom razvoju društva koje uslovljava bezbednost tog istog društva. Časopis Evropski Forum br.5. maj 2006. godine Beograd.

ove uzroke, značajna sa aspekta bezbednosti, ako ne i presudna u smislu neracionalnog i nedostupnog za korišćenje većini ljudi, postaju pitanja energije, ekologije, očuvanja hrane, pijaće vode. Pomenute prirodne resurse posmatramo kao robu koja je izložena svim oscilacijama na tržištu kako unutrašnjem, tako i spoljašnjem, što određene interesne ili kriminalne grupe koje su sastavni deo tog društva, žele da monopolizuju, kako bi za kratko vreme došli do enormnih zarada, a ostatak društva doveli u podređeni položaj. Shodno tome i novi pristup bezbednosti se mora izvući iz uske definicije nacionalne bezbednosti. Tu pojam *sveopšta bezbednost* pronalazi svoje značenje u punom smislu te reči i tada predstavlja permanentno praćenje i evidentiranje nastanka delatnosti, sfere intreresovanja, svih detalja lica koja su sklona ili se bave nedozvoljenim aktivnostima, a ista imaju dodira sa domaći organizovanim kriminalnim grupama ili transnacionalnim kriminalom.

Prevenција više nije odvrćanje od vršenja krivičnih dela, jer je usled zakasnelih tranzicionih aktivnosti sa štetnim, privatizacionim, procesima, korupcijom na svim nivoima, nagomilavanja socijalnog naboja kao i bavljenjem organizovanim kriminalnim aktivnostima kriminal postao stil života pojedinaca. Sada je kriminal veoma organizovana profitabilna aktivnost koja preta da uguši sve dobre karakteristike društva i pretvori pojedinca-građanina u žrtvu kriminalne zavisnosti koja se svojim radom ne može finansijski održati.

BEZBEDNOSNI OBJEKTI PREMA KOJIMA SE PRIMENJUJE PREVENTIVNA ANALIZA LISTINGA PRETPLATNIČKOG BROJA GRAĐANINA-METERING SA ASPEKTA USTAVA R SRBIJE

Sa aspekta ovog rada navedene ustavne odredbe Ustava R Srbije³, su osnova za razmatranje mogućnosti primene mere „meteringa“ u kriminalističkim preventivnim istraživanjima (pre nego što je krivično delo izvršeno, npr., istraživanje struktura kriminalnih organizacija i njihovih članova) i u kriminalističkim preventivno-represivnim istraživanjima (s ciljem rasvetljavanja i dokazivanja izvršenja konkretnog krivičnog dela za koje se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti).

Ukoliko se mera preduzima u preventivne svrhe (tzv. *proaktivna i preventivna kriminalistička istraživanja*), neophodno je izložiti činjenice koje ukazuju na to da neposredno predstoji izvršenje krivičnog dela ili da je

³Član 41. Ustava Republike Srbije, koji glasi: „Tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja je nepovrediva. Odstupanja su dozvoljena samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako su neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom.“

njegovo izvršenje neposredno započeto. Istraživanje je pokazalo i to da u najvećem broju zemalja zahtev za odobrenje primene mere „meteringa“, kada je odobrava sud, obrazložen zahtevom koji podnosi Javni tužilac, a kada je na preduzimanje mere zakonom izričito ovlašćen tužilac, obrazloženi predlog podnosi službenik policije. Njihova je obaveza pri obrazlaganju neophodnosti primene ove mere da upoznaju sud, odnosno tužioca, o tome da li su preduzimate neke druge mere, rezultate do kojih se tom prilikom došlo i zašto se smatra da bi primena drugih mera bila manje uspešna, neuspešna ili rizična.

Operativna mera preventivnog karaktera koja se bazira na legalnom uvidu u telefonski listing stacionarne i mobilne telefonije određenog bezbednosno interesantnog ili indikativnog lica sa aspekta organizovanog kriminala,⁴ kod nas se najčešće preduzima kao zakonska mera koju odobrava ovlašćeni tužilac na predlog ovlašćenog službenog lica službe bezbednosti-policije. Takođe veoma je bitno naglasiti da se u praksi zbog „hitnosti u operativnom radu“ često dešava da se zahtevi za odbobranje ove operativne radnje dostavljaju sa zakašnjenjem ili retroaktivno odnosno kada se pristupilo izradi listinga što u svakom slučaju nije profesionalno. Do takvih saznanja se došlo istraživanjima koja je sproveo poverenik za zaštitu podataka o ličnosti u saradnji sa telefonskim provajderima, pošto su ovakve aktivnosti učestale, o čemu će biti više reči u sledećem poglavlju.⁵

Razlika u pojmovima bezbednosno interesantni odnosno indikativno lice je veoma bitna prilikom izrade meteringa. Pod pojmom *bezbednosno iterasantno lice* podrazumevamo pojedimce ili više lica-domaće ili strane državljanje-građane, čiji se pretplatnički telefonski brojevi u meteringu

⁴Da bi lice steklo status bezbednosno interesantno sa aspekta organizovanog kriminala, prethodno se na osnovu operativnog rada na terenu-došlo do saznanja, da se bavi nelegalnim ili polulegalnim aktivnostima Tada dobija status bezbednosno indikativno lice (u pravnom smislu to su osnovi sumnje da se određeni pojedinac u svom okruženju bavi nedozvoljenim aktivnostima). Nakon potvrde bezbednosne indikativnosti, pomoću analize telefonskog listinga-spoznaje se okruženje tog pojedinca u smislu potvrde kontakata sa kriminogenom sredinom. Otpočinje se sa operativnim radom višeg stepena intenziteta. Podizanjem stepen operativnog rada i metoda dolazimo do toga da se nelegalne ili polulegalne aktivnost-osnovi sumnje potvrđuju ili opovrgavaju. Ukoliko su nedozvoljene aktivnosti pomoću saznanja sa terena potvrđene, a analiza telefonskog listinga upućuje na moguću komunikaciju sa kriminogenom sredinom, to lice postaje bezbednosno interesantno sa aspekta organizovanog kriminala. Ova mera treba da pomogne u fokusiranju bezbednosnih kontakata sa višim stepenom-bezbednosno indikativnih lica sa stanovišta organizovanog kriminala, kako bi se operativni rad proširio i zhavatio celu organizovanu grupu ili potvrdio aktivnosti jednog od lica iz grupe.

⁵Alarmantno stanje u pristupu i korišćenju podataka o telefonskim pozivima. Najveći problem je što policija i službe, pa čak i agencije, imaju pristup podacima i bez naloga suda, intervju Poverenika za informacije od javnog značaja Rodoljuba Šabića dat dnevnom listu “Politika” 2010. godine.

pojavljaju prvi put u odnosu na preventivni bezbednosni objekat interesivanja ili se njihova uloga u operativnom smislu može rangirati niskim kvalitetom ustanovljenih veza, saznanja i verodostojnosti kontakata sa objektom-mosiocem bezbednosne aktivnost, ali se ne mogu marginalizovati čak i ukoliko bi se učestalost kontakata tih telefonskih brojeva sa bezbednosnim objektom interesivanja prilikom izrade kasnijih meteringa smanjila ili u potpunosti prestala. Dok pod pojmom *bezbednosno indikativno lice* podrazumevamo pojedince ili više lica-domaće ili strane državljanje-građane, čiji se pretplatnički telefonski brojevi u meteringu često pojavljaju u odnosu na preventivno bezbednosno interesantno lice, odnosno na preventivni bezbednosni objekat interesivanja a njihova se uloga nikako ne može shvatati kao slučajnost pošto ta lica zavređuju operativni bezbednosni tretman ili su već u prethodnom periodu pokazivala iste afinitete i sklonosti ka vršenju određenih inkriminasijskih radnji i aktivnosti, koje su u vezi sa inkriminasijskim aktivnostima pomenutih lica bez obzira na učestalost komunikacija.

Ova mera se primenjuje za kraći vremenski period u zavisnosti od operativnih saznanja i pretpostavki o bezbednosno interesantnim kontaktima. Operativnog je karaktera i ima preventivni smisao (usmerava operativni rad tako što nam potvrđuje ili opovrgava kontakte izabranog lica sa kriminogenim sredinom), i kao takva u javnosti je izazvala dosta polemike i bure oko pitanja da li je potrebno obavestavati i tražiti saglasnost Javnog tužioca⁶, pošto se ne radi o intercepciji telefonskih razgovora, odnosno ugrožavanju ljudskih prava i povrede prava na tajnost komuniciranja lica. Takođe u procesnom smislu nema verodostojnost, ali je u operativnom smislu veoma bitna, pošto se na osnovu nje može nastaviti ili prekinuti operativni rad prema bezbednosno-interesantnim licima (ukoliko su kontakti kriminogenom sredinom, ili unutar same kriminalne grupe intenzivni uz saglasnost nadređenih u pismenoj formi se uz obrazloženje od javnog tužoca zahteva saglasnost za dobijanje naloga za intercepciju telefonskog saobraćaja). Isto tako, treba naglasiti da operativni rad ne prestaje iako nismo potvrdili navedenu komunikaciju, stvara se izveštaj o istom sa napomenom da ćemo se dodatno angažovati operativno na trenu kako bi se potvrdili ili negirali kontakti lica za koje smo posedovali indicije o njihovom uzajamnom komuniciranju. Iz razloga operativne primene u ovom slučaju u operativne svrhe mišljenja sam da bi trebalo tražiti saglasnost Suda i za ovu aktivnost, takođe materijal koji je nastao prilikom izrade meteringa, a ne potvrđuje naše indicije treba uništavati komisijski i uz obaveštavanje postupajućeg

⁶Ukoliko se nakon ove operativne aktivnosti potvrdi komunikacija unutar kriminogene sredine, a postoji opravdana potreba za nastavkom operativnog rada u smislu primene drugih mera i radnji iz domena represivnog policijskog rada prema licu ili grupi, obavestava se Javni tužilac i traži se dalja njegova saglasnost za policijske aktivnosti.

sudije i Suda, kao i lica koja su obuhvaćena meteringom, ukoliko so ona zainteresovano za taj podatak, a njegovo „obelodanjivanje” ne šteti daljem operativno preventivnom radu po toj bezbednosnoj problematici. Svi podaci i formulari za proveru lica se nakon pisanja izveštaja uništavaju, a sam izveštaj se arhivira za dalju operativnu upotrebu, ili se unosi u operativni dnevnik koji vodi sam operativac uz saznanje neposrednog starešine.

Ova aktinost je pored navedenog bitna je i radi toga, pošto se na osnovu analize baznih stanica mobilne telefonije mogu locirati konatki pojedinih lica i potvrditi ili negirati njihova saradnja u datom vremenskom periodu i prostoru. Takođe bitan je i broj SMS poruka (ne njihov sadržaj) pošto je i to indikativan podatak koji nam govori o komunikaciji lica (vreme, dani u nedelji, država iz koje je poruka upućena).

Preventini karakter ove operativne mere se ogleda u potvrđivanju ili opovrgavanju indicije o potencijalnim bezbednosno-interesantnim kontaktima indikativnih lica sa aspekta organizovanog kriminala ili lica za koja se predpostavlja da se bave nedozvoljenim aktivnostima na prostoru za koji postoje indicije bezbednone ugroženosti. Ustanovljeni bezbednosno-interesantni kontakti sa krimionogenim okruženjem, se evidentiraju na posebnim formularima i za svako lice se ustanovljava da li poseduje dosije u nekoj od policijskih uprava R Srbije kao izvršilac krivičnih dela, ili je po ma kom osnovu evidentiran od strane domaćih ili stranih bezbednosnih agencija⁷.

Takođe ova aktivnost poseduje oblik prevencije i zbog nedostatka procesnog karaktera, usled nemogućnosti tvrdnje da je lice za koje se vrši analiza telefonskog listinga, stvarno i kontaktiralo sa određenim pojedincem (iako je lice faktički vlasnik telefonskog broja moguće je da pozajmi telefon drugom licu sa ili bez njegovog znanja i ostvari evidentiranu komunikaciju). U nekim slučajevima nije moguće utvrditi stvarnog vlasnika telefonskog broja kod provajdera mobilne telefonije, usled čestih promena brojeva i loše tehničke opremljenosti samog provajdera, ali i taj podatak predstavlja osnov

⁷ Mera prikupljanja podataka putem kriminalističko-analitičkog tumačenja i istraživanja listinga odlazno-dolaznih poziva sa određenog telefonskog-pretplatničkog broja u velikom broju zemalja u svetu poznatija je kao „metering“ (*eng. metering, meter chek printer – evidentiranje telefonskih brojeva sa kojih se poziva i brojeva koji se pozivaju, vreme pozivanja i trajanja poziva, ali ne i evidentiranje sadržaja razgovora*). Reč je o radnji koja se u svetu najčešće primenjuje na osnovu konkretnih, jasnih i nedvosmislenih zakonskih ovlašćenja, od strane državnih organa (suda, tužilaštva i/ili službi bezbednosti), s ciljem sprečavanja i/ili suzbijanja najopasnijih oblika kriminala. *Doc. dr Saša Mijalković; dr Dragan Manojlović:*

za polazno interesovanje operativca. Česti kontakti ili SMS poruke iako ih ne ostvaruje vlasnik telefonskog broja već korisnik sa kriminogenom sredinom ukazuju na okruženje i lica koja zaslužuju pažnju bezbednosne zajednice.

ODOBRENJE ZA PRIBAVLJANJE PREVENTIVNOG LISTINGA TELEFONSKIH RAZGOVORA PREMA DOMAĆEM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU

Neki od autora stoje na stanovištu da nije potrebno pribavljanje odobrenja za izradu listinga odlazno-dolaznih poziva pretplatničkog broja pošto ne predstavlja nadzor i snimanje razgovora (kao posebnu dokaznu radnju), te da se može preduzimati i bez naredbe istražnog sudije. Ovo stoga što preventivni metering sam po sebi nema dokazni značaj, već može da ukažu u kom pravcu treba tragati za novim dokazima i da li eventualno, treba preduzeti i posebne dokazne mere iz novog Zakonika o krivičnom postupku. Ovi autori su delimično u pravu kada to kažu pošto se izradom listinga odlazno-dolaznih poziva sa pretplatničkog broja ne može doći do upoznavanja sa sadržinom razgovora između građana, jer predstavljaju prostu evidenciju biranih brojeva i to nije sporno, ali propuštaju da primete da se na taj način duboko zadire u privatnost komunikacije-prava građana i na tajnost komunikacije. Nadalje zastupnici ovog stanovišta nas upućuju na to da listinzi odlazno-dolaznih poziva „samo mogu da ukažu na to u kom pravcu treba tragati za novim dokazima i da li, eventualno, treba preduzeti i dokaznu radnju“. Upravo ovo stanovište nije održivo iz razloga što „nisu nezakoniti samo dokazi u čijem su pribavljanju učinjene određene proceduralne greške, nego i oni za koje se nezakonitim putem pre preduzimanja procesnih radnji saznalo“. Dakle, ovakva stanovišta promovišu ideju da se odlazno-dolazni pozivi telefonskog pretplatnika-građanina mogu pribavljati bez zakonom propisane odredbe kao formalnog uslova za preduzimanje ove radnje. Zatim prilikom izrade meteringa operativac vrši operativne radnje, bez obzira što one nisu a mogu biti represivnog karaktera prema građaninu, javlja se potreba informisanja i davanja saglasnosti od strane Suda, ne samo zbog dubokog zadiranja u privatnost komunikacije-prava građana na tajnost komunikacije, već i zbog jačanja zakonitosti rada operativca kao i zakonitog opravdanja čitave aktivnosti, odnosno društvenog prihvatanja i poverenja u zakonitog načina prevencije u suprotstavljanju organizovanom kriminalu.

Da bi smo razumeli suštinu povrede ljudskih prava upotrebom „meteringa“ *de lege lata* i *de lege ferenda*⁸, bez zakonom propisane odredbe,

⁸Na zakonit i zakonom usvojen način

kao neophodnog formalnog uslova za izdavanje naredbe ili odobrenja od strane zakonom ovlašćenog/nadležnog organa (istražnog sudije ili javnog tužioca) pri pribavljanju, prikupljanju, obradi, disimenaciji, upotrebi i rukovanju saznanjima koja se mogu pribaviti iz sadržaja odlazno-dolaznih poziva pretplatničkog broja građanina, sledeći odredbe Ustava, neophodno je da bliže damo određenja koja su propisana Zakonikom o krivičnom postupku. Naročito je značajno određenje koje zakonodavac donosi u „Opštim odredbama – osnovna načela“ u članu 18 stav 2: „Sudske odluke se ne mogu zasnivati na dokazima koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa odredbama ovog zakonika, drugog zakona, ustava ili međunarodnog prava.“⁹ Međunarodni pravni akti kojima se propisuje oblast „meteringa“ su nedvosmisleni u određenju da „metering – izveštaj odlazno-dolaznih poziva pretplatničkog broja koji nastaju u komunikaciji između građana“ imaju status tajnih prepiski i komuniciranja, te ustavnu zaštitu, a mogu se pribavljati samo odlukom nadležnog organa na osnovu ovlašćenja propisanih zakonom i međunarodnim pravom Zakonik o krivičnom postupku, sprovodeći u delo odredbe Ustava, ne dopušta mogućnost da javni tužilac na osnovu odredbi člana 225 ZKP-a, ili bilo koji drugi organ izda naredbu ili odobrenje za pribavljanje, prikupljanje, obradu, disimenaciju, upotrebu i/ili rukovanje izveštajima odlazno-dolaznih poziva pretplatničkog broja koji nastaju u komunikaciji između građana. Ovo napominjeno stoga što se to, iako zakonom nije dozvoljeno, ipak događa(lo) u pravosudnoj praksi¹⁰.

Pravo na privatnost, koje je predmet zaštite nacionalnih pravnih akata, mnogih međunarodnih propisa i standarda, u bezbednosno-kriminalističkoj i pravosudnoj praksi često je objekt grubog povređivanja i kršenja od pojedinaca i grupa iz struktura državnih organa. Kako izazovi ili pretnje koje sa sobom nosi kriminal mogu potkopati osnovne demokratske vrednosti društva, tako i na zakonu nezasnovana upotreba ovlašćenja za pribavljanje odlazno-dolaznih poziva telefonskih pretplatničkih brojeva građana može zadirati u osnovna prava čoveka.

Ideja poštovanja privatnosti građana zahteva da razgovori drugih lica koji nemaju veze sa nezakinitim aktivnostima osumnjičenih lica, budu efikasno zaštićeni od povrede. Takođe, neophodno je da se obim zadiranja u privatnost i ljudska prava smanji na „nužno i dopustivo“, uz propisivanje striktno zakonske odredbe koja će podrazumevati primenu ove mere uz

⁹Doc. dr Saša Mijalković; dr Dragan Manojlović: PRIBAVLJANJE LISTINGA TELEFONSKOG PRETPLATNIČKOG BROJA GRAĐANINA – KONTROVERZE U RADU NACIONALNIH SISTEMA BEZBEDNOSTI *Strani pravni život* 2/2008

¹⁰ Javnosti poznat slučaj je komunikacija beogradskog advokata sa zaštićenim svedokom i sugerisanje iskaza pred Specijalnim sudom

naredbu suda ili odobrenje tužilaštva, i uz njihovu kontrolu. Najbolje je da tome budu posvećene posebne odredbe krivičnog procesnog prava.

Rezultati sprovedenog istraživanja ukazuju na to da izveštaji odlazno-dolaznih poziva telefonskih pretplatničkih brojeva građana mogu biti pribavljeni od strane nadležnog državnog organa koji je za to ovlašćen zakonom (sud i/ili tužilac), i samo kada je to propisano odredbama procesnih zakona i kada za to postoje opravdani razlozi koji su takođe predviđeni zakonom¹¹.

Izmenama Zakonika o krivičnom postupku neophodno je obavezati državne organe koji pribavljaju listing odlazno-dolaznih poziva sa pretplatničkog broja građanina da o tome u roku od jedne godine od dana pribavljanja listinga telefona moraju da obaveste građanina, ukoliko protiv njega nije pokrenut krivični postupak (institut notifikacije).

Najzad, ovakvo rešenje nužno zahteva i promenu odredbe 41 Ustava Republike Srbije po kojoj se odstupanje od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja dozvoljava isključivo na osnovu odluke suda. Ovo bi ovlašćenje trebalo poveriti javnom tužiocu. Osim toga, važno je i da se javnom tužiocu da ovlašćenje po kojem bi mogao da na pisan i obrazložen zahtev policije odredi pribavljanje listinga odlazno-dolaznih poziva sa telefonskog pretplatničkog broja lica koje nije osumnjičeno, i to u situacijama kada:

- 1) okolnosti slučaja ukazuju na to da bi njegovo razjašnjavanje na drugi način bilo nemoguće ili bi bilo povezano sa znatnim teškoćama i opasnošću po službena lica i građane;
- 2) lice prima ili prenosi poruke koje potiču od osumnjičenog ili su namenjene osumnjičenom ili učestvuje u obezbeđenju komunikacija osumnjičenom sa drugim licima, a ne zna da je to u vezi sa izvršenim ili planiranim krivičnim delom i
- 3) kada osumnjičeni koristi telefon tog lica.

Nadzor nad tim ko i kako koristi detaljne telefonske listinge, koji je sproveo poverenik za zaštitu podataka o ličnosti, pokazao je da je ozbiljno ugrožena privatnost građana. Alarm je "uključio" podatak da je samo jednom od četiri operatera, za godinu dana, podneto 4.400 zahteva za pristup "zadržanim podacima" (ko je, sa kim, koliko često i koliko dugo, i odakle

¹¹Istraživanje sproveo autor teksta putem intervjuisanja učesnika međunarodnog seminara na temu borbe i suprotstavljanju organizovanom kriminalu u organizaciji Centra za bezb. Studije iz Beograda pod pokroviteljstvom Švedske ambasade u Beogradu 2009.godine.

razgovarao), a za više od polovine njih nije postojao nikakav pravni osnov¹². Naročito zabrinjava onlajn pristup bazama podataka¹³. Od četiri operatera telefonije samo jedan je beležio direktne pristupe, i za godinu dana izbrojao je čak 272.000¹⁴. Ostali, iako su po zakonu morali, nisu vodili ovakvu evidenciju.

Najviše pisanih zahteva za uvid u listing-metering podneli su MUP, sudovi, tužilaštva, a daleko manje bezbednosne službe, dok su onlajn pristup imale bezbednosne službe. U ovom period i na ovakav način bile su moguće i u sistem su upadale i zloupotrebljavale podatke čak i privatne agencije.¹⁵ Ovakvim postupanjem ugroženo je pravo građana na privatnost. Standard je da samo sud može da da ovlašćenje za pristup i korišćenje ove vrste podataka, i to je jedini instrument za kontrolu rada službi. Put ka poštovanju ustavnih prava građana vodi preko izmene zakona i stavljanju van snage odredbi koje ne sprečavaju "mešetarenje" ovim podacima.¹⁶

Treba učiniti sve kako bi se primenili standardi koji važe u demokratskom svetu, mada se međunarodna iskustva razlikuju. Pitanje proširenih listinga aktuelno je već nekoliko godina, i trebalo bi da se njime pozabavi i najviše telo za bezbednost.¹⁷

Kada je reč o krivičnim delima za koje se gonjenje preduzima po privatnoj tužbi, pribavljanje listinga datog telefonskog broja se odvija na zahtev građanina koji, podnošenjem zahteva nadležnoj telekomunikacionoj agenciji, pribavlja listing poziva (npr., kada je korisnik datog pretplatničkog broja uznemiravan od anonimnog zlonamernog lica). Dakle, ovde nije sporno pitanje pribavljanja listinga. Kada je izvršeno krivično delo za koje se preduzima gonjenje po službenoj dužnosti, prema Zakoniku o krivičnom postupku, nakon podnošenja krivične prijave od strane građanina ili nakon

¹²Ovim je grubo prekršen zakon, jer uvid "sleđuje" policiji i bezbednosnim službama samo na osnovu odluke suda. A i oni podatke mogu da traže samo za potrebe krivičnog postupka ili ako se sumnja da je ugrožena bezbednost Srbije! Operateri su odobrili gotovo sve zahteve Poverenik za zaštitu podataka o ličnosti, Rodoljub Šabić.

¹³Posebnim vezama su uvezani provajderi i bezbednosne strukture i bez vidljivih tragova operativac vrši pretragu vlasnika telefonskih brojeva, na taj način vrši upoređenje i razotkriva potencijalne vlasnike telefonskih brojeva iz listinga.

¹⁴Srbiji se sigurno ne vodi toliko krivičnih postupaka koliko je listinga traženo. A naloge za uvid u podatke o komunikacijama su davali čak i niži rukovodioci bezbednosnih službi. To se dešavalo dok Ustavni sud nije proglasio neustavnim Zakon o VBA, po kom je, osim suda, i direktor službi mogao da daje ovlašćenja. Zajedno sa BIA, koja ima direktan dnevni pristup kompletnom telefonskom saobraćaju u zemlji, brojke "dobacuju" i do nekoliko miliona.

¹⁵Ombudsman Saša Janković Izvor: V. Novosti, R. Dr. - V. C. S. Objavljeno 07.07.2012

¹⁶Sa ocenom da je stanje alarmantno slaže se i docent FPN Dejan Milenković:

¹⁷Profesor Akademije za diplomatiju i bezbednost Andrija Savić, inače bivši direktor BIA, kaže da je raspolaganje listinzima tema i za Savet za nacionalnu bezbednost.

saznanja državnog organa da se priprema izvršenje krivičnog dela za koje se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, javni tužilac može na osnovu ovlašćenja podneti obrazložen zahtev istražnom sudiji sa zahtevom da se omogućiti pribavljanje listinga datog telefonskog broja, u svrhu razjašnjenja okolnosti izvršenja krivičnog dela (kataloški pobrojanih – *nomenklaturni princip*) i identifikacije izvršilaca krivičnih dela (samo za tačno određena krivična dela – npr., za *organizovani kriminal*).

ZAKLJUČAK

Po Ustavu, uvid u listing s kim smo, kada i gde pričali preko telefona može da naloži samo sud. Zaštitnik prava građana *Saša Janković* kaže da je u praksi sasvim drugačije: *Zakon ne definiše ko u MUP-u i BIA izdaje naloge za provere, pa su ovlašćenja preneti na niže rukovodioce. U Vojno-bezbednosnoj agenciji naredbu izdaje direktor. S druge strane, privatni detektivi za par stotina evra mogu da dođu do bilo čijeg telefonskog listinga u Beogradu! - Ustav kaže jedno, a uporno se usvajaju zakoni kojima se omogućava nešto drugo.*¹⁸

Poverenik smatra da bi hitno trebalo usvojiti zakone koji definišu koji sudovi treba da izdaju naloge i da to rade dovoljno brzo. On, takođe, kaže da bi valjalo ukinuti zakone koji dozvoljavaju direktorima ili tužiocima da naredi uvid u podatke o ličnosti-¹⁹

Ministarstvo pravde se oglušilo na apele da se zakoni humanizuju, "Mogućnost da neograničeno, po sopstvenoj proceni, koja ne podleže oceni suda, službe bezbednosti pristupaju podacima o tome ko s kim, kada, kojom vrstom veze, sa koje lokacije komunicira, predstavlja ozbiljno odstupanje od ustavom zagarantovane nepovredivosti pisama i drugih sredstava opštenja", objašnjava poverenik za informacije o javnom značaju.

Pravilnik uvodi neke nove termine, kao što su "tajni nadzor lokacije korisnika" i "posebno zaštićeni korisnici", a za to ne postoji pravni osnov u Zakonu o elektronskim komunikacijama, Odredba o tajnom nadzoru lokacije korisnika, bez obzira na to da li on učestvuje u komunikaciji, kako kaže Šabić, veoma je sporna. "Reč je o obradi podataka o ličnosti, koja je materija zakona, a ne podzakonskih akata. Utvrđivanje lokacije korisnika u pojedinim situacijama, naravno, može biti korisno, ne samo iz razloga istrage, vođenja

¹⁸ *Saša Janković*, ombudsman za zaštitu ljudskih prava

¹⁹ *Ovo je praksa sa kojom treba prestati! Neka službe rade svoj posao, ali u skladu sa Ustavom. Nalog za uvid može da daje samo sud! Alarmanтно stanje u pristupu i korišćenju podataka o telefonskim pozivima. Najveći problem je što policija i službe, pa čak i agencije, imaju pristup podacima i bez naloga suda*

krivičnog postupka ili zbog zaštite interesa nacionalne bezbednosti, već i iz razloga zaštite života, kao što je to u slučaju nestanka lica usled elementarnih nepogoda, ali to ne može da se uredi ovim pravilnikom".²⁰ Takođe, iz teksta pravilnika nije jasno ko su "posebno zaštićeni korisnici". "Reč je o osobama čiju listu utvrđuje BIA u saradnji sa ministarstvima unutrašnjih poslova i odbrane, ali u Zakonu o elektronskim komunikacijama ne spominje se ova kategorija građana",²¹ U borbi protiv terorizma i organizovanog kriminala država mora da poštuje određene granice koje se odnose na privatnost građana, a koje su ustavom određene.²²

Za nedavnu odluku Ustavnog suda Srbije o neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji, može se bez imalo preterivanja reći da predstavlja jedan od vrednijih presedana u našoj ustavno-sudskoj praksi. Ustavni sud je utvrdio neustavnost odredbi člana 13. i 16. Zakona VBA i VOA, dakle onih odredbi koje se odnose na pristup tzv. „zadržanim podacima“ iz elektronske komunikacije u postupku koji su još 30.9.2010. podnošenjem formalnog zahteva za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti pokrenuli Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti i Zaštitnik građana pozivajući su se na član 41. Ustava Republike Srbije, koji glasi: „Tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja je nepovrediva. Odstupanja su dozvoljena samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako su neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom.“

Reč je o tome da je dosad bilo moguće bez sudskog ovlašćenja da se uđe u takozvani listing poziva, bez uvida u sadržaj telefonskih razgovora, odnosno da se od operatora telefonije dobije spisak ko je koga, kada i koliko puta zvao. I BIA i MUP pak, moraju da imaju sudski nalog za dobijanje listinga. ovlašćena službena lica brzo, efikasno i ekonomično vrsiti

²⁰ Izjavio je Rodoljub Šabić u razgovoru za "Politiku".2010.

²¹ To su samo neki od momenata zbog kojih su reforme sistema bezbednosti označene kao jedno od prioritarnih pitanja u programskim dokumentima akuelne savezne i republičke vlade. Istom pitanju dat je visok rang i na listama zahteva za prijem SRJ u evropske integracije (Savet Evrope, OEBS, Evropska Unija), kao i u bilateralnoj saradnji SRJ sa nizom susednih i drugih zemalja. U osnovi, traži se uspostavljanje novog balansa između interesa bezbednosti i interesa pojedinca, odnosno viši stepen zaštite čoveka i njegove privatne sfere od mešanja države i njenih bezbednosnih struktura. Potpunije zakonsko uređivanje položaja, funkcija i ovlašćenja vojske, policije i mreže obaveštajno-bezbednosnih službi države, a naročito stavljanje tih institucija pod civilnu i demokratsku kontrolu, treba da obezbede taj željeni cilj.

²² izvor: B92"Ovaj pravilnik prelazi te granice. Zbog sumnji da su otišle predaleko mnoge evropske države preispituju svoje odluke koje su podrazumevale intenzivnije zadiranje u privatnost građana zbog realne opasnosti od terorizma", kaže on i dodaje da je, iz tog razloga, otvoreno preispitivanje određenih direktiva Evropske unije.

intercepciju informacija u telekomunikacijama i radio-komunikacijama radi zaštite bezbednosti zemlje, ako je je intercepcija sadržaja takvih komunikacija dozvoljena samo na odedjeno vreme i na osnovu odluke suda (član 41. stav 2. Ustava). Valja ponovo napomenuti da ovakva ustavna ograničenja nisu predviđena ni po potvrđenom Ustavu Međunarodnog saveza za telekomunikacije (član 37. stav 2), niti po potvrđenoj Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (član 37. stav 2). Za ocenu ovih tvrdnji od odlučujućeg značaja je bio odgovor na sledeće pitanje – da li se ustavna garancija o tajnosti komuniciranja odnosi samo na sadržinu komunikacije ili i na podatke o tome sa kim, u kom vremenskom periodu, kojom vrstom veze i aparata i sa koje lokacije se komunicira? Da li pribavljanje i korišćenje ovih podataka predstavlja odstupanje od načela nepovredivosti pisma i drugih sredstava komuniciranja?

Putokaz u traganju za odgovorom na ovo pitanje olakšao je član 18. stav 3. našeg Ustava prema kome se „*odredbe o ljudskim pravima tumače saglasno važećim međunarodnim standardima ... i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.*“ A možda najjeminentnija od takvih institucija, Evropski sud za ljudska prava, već četvrt veka stoji na stanovištu da prikupljanje informacija o nazvanim telefonskim brojevima, vremenu i dužini poziva potpada pod pojam komunikacija (*Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 2. avgusta 1984*). Takav svojstav sud je potvrdio i precizirao shvatanjem da pojam privatnosti i prepiske obuhvata ne samo telefonske komunikacije nego i elektronsku poštu i upotrebu Interneta (*Kopland protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 3. aprila 2007*).²³

U zakonima koji regulišu rad policije i BIA²⁴, uopšte nije moguće identifikovati odredbu suprotnu Ustavu koja bi mogla biti osporena. Praksa

²³ Ako se dokaže da postoje elementi odgovornosti za neovlašćeno snimanje i prisluškivanje iz člana 143. Krivičnog zakonika, zaprećena kazna je od 6 meseci do 5 godina zatvora.

²⁴ Neko od srpskih bezbednjaka, braneći stav BIA, u nezvaničnim kontaktima sa novinarima pozvao se na Natašu Pirc-Musar, slovenačku poverenicu za dostup informacijama od javnog značaja, koja je u Sloveniji 2005. godine odbacila sličan zahtev slovenačkog građanina Mateja Kovačiča za razotkrivanje statističkih podataka o praćenjima lica koja je sprovela SOVA (Slovenačka obaveštajno-bezbednosna agencija). Njegov zahtev je Pirc-Musarova odbacila čak dva puta, prvi put 20. januara 2005. a onda i 3. juna iste godine, sa obrazloženjem da bi razotkrivanje rečenih podataka koje je tadašnje zakonodavstvo označilo kao tajne, bilo u suprotnosti sa zakonom jer bi otkrilo „strategiju” rada tajnih službi, a moglo bi da izazove i „prekid već sklopljenih poslova”. Ovakva odluka slovenačkog organa bi, međutim, danas sasvim izvesno bila drugačija, stoga argumentacija koja se poziva na slovenački „presedan” kao primer evropske prakse – stoji na lošim nogama. Informacioni poverenik Republike Slovenije Nataša Pirc-Musar je za „Politiku” potvrdila da nije isključeno da bi danas, ako bi neko drugi postavio ista pitanja – donela drugačiju odluku jer je zakon o slovenačkoj tajnoj službi promenjen juna 2005, dakle pet meseci posle njene prve negativne odluke na Kovačičev upitnik, odnosno svega 27 dana posle njene druge odluke o odbacivanju Kovačičevog zahteva. Novi zakon je usklađen sa najnovijim evropskim pravnim normama i

policije i BIA i ne zasniva se na nekoj zakonskoj odredbi već na „tumačenju“ da listinzi poziva, lokacija korisnika i drugi elementi komunikacije „nisu obuhvaćeni“ pojmom komunikacije, pa time ni zaštićeni odredbom čl. 41. Ustava²⁵.

Put do obaveštajno-bezbednosnih službi kakve poznaje većina demokratskih zemalja nije, međutim, nimalo lak. Barem tri vrste prepreka na tom putu zaslužuju da budu posebno pomenute. *Prvo*, takve službe su svuda u svetu najbliže jezgru efektivne državne vlasti, jer služe potpuno ili delimično kao jedan od najznačajnijih oslonaca političkog režima (otklon u ulozi tih službi od zaštite režimskih ka zaštiti nacionalnih interesa veoma je problematičan). *Drugo*, iste službe su veoma sposobne da izvrgnu smer reformi, pa i da zaustave i onemoguće reformske napore, jer su to redovno vanredno zatvorene strukture sa autističnim shvatanjem svoje uloge koju precenjuju i za čije su očuvanje spremne da koriste i nečasna sredstva (“o svakome ko nešto znači i protiv je nas, posedujemo ili ćemo pribaviti inkriminišuće tajne”). Dispozitivni fondovi na raspolaganju tih službi i pravo na osnivanje i vođenje tzv. maskiranih preduzeća radi finansiranja tajnih akcija, daju im i ekonomsku moć, koja obično i formalno i stvarno izmiče budžetskoj kontroli. Konačno (*i treće*), za uspeh ekonomskih i socijalnih reformi u tzv. tranzicionim zemljama stvari mogu postati neslućeno lošije ako je promena vlasti ostvarena paktiranjem i uspostavljanjem “neprincipijelnih veza” između snaga starog i novog režima, jer se tada ne može dogoditi ni odlučan raskid sa nasleđem starih ideja, institucija i navika. Pošto su službe bezbednosti “najtvrđe jezgro”, logično je da će se one u takvim uslovima i najteže menjati²⁶ što potvrđuje i član 15. Zakona o BIA, koji ovlašćuje direktora te agencije da u slučaju hitnosti odstupa od člana 14. tog zakona i da svojim rešenjem naloži istu meru.

za razliku od starog, poznaje „test proporcionalnosti“, što znači da omogućava nekom organu procenu koristi ili štete koja bi nastala razotkrivanjem tajnih podataka za koje postoji veliki interes javnosti.

²⁵ Odluka Ustavnog suda morala bi označiti kraj i za takvo “tumačenje” i takvu praksu. A to odgovorne u BIA i MUP-u, a posebno u Ministarstvu pravde, suočava sa veoma važnim, dvostrukim zadatkom. Moraju i zakone i pogotovo praksu uskladiti sa Ustavom. Sudovi moraju kontrolisati njihov rad i štitići ustavne garancije ljudskih prava. Ali se istovremeno mora obezbediti i da sudovi deluju dovoljno brzo da obezbeđuju uslove za efikasno ostvarivanje ciljeva državne bezbednosti i borbe protiv kriminala. Sve to podrazumeva nova organizaciona rešenja u radu sudova, primenu savremenih informaciono-komunikacionih tehnologija u sudskom postupku i još štošta drugo.

²⁶ Kontrola nad radom BIA svedena je na obavezu podnošenja dva (polugodišnja) izveštaja o radu Narodnoj skupštini i Vladi (član 17), kao i na obavezu pridržavanja BIA načelnih stavova i smernica Vlade (član 18). Izostale su odredbe o načinu vršenja kontrole, kako od strane Vlade, tako i Narodne skupštine, pa se može pretpostaviti da će se vladina i parlamentarna kontrola obavljati na dosadašnji način, o kome se ne može reći ništa dobro. O eventualnom uticaju javnosti na rad BIA nema ni pomena.

Što se tiče dostupnosti statističkim podacima o radu tajnih službi u Evropi, u razgovoru sa predavačima iz oblasti bezbednosti sa Ljubljanskog univerziteta, saznajemo da u EU ima i boljih primera nego što je slovenački. Godišnji izveštaji o upotrebi tajnih metoda rada, praksa su naročito u zemljama engleskog govornog područja, ali i u nekim drugim državama. Statističke podatke o upotrebi tajnih sredstava i metoda rada javno saopštavaju u Australiji, Kanadi, Francuskoj, Novom Zelandu, Švedskoj, Velikoj Britaniji i SAD. Jedna od najliberalnijih zemalja u vezi sa dostupom javnim informacijama na rečenom području je Grčka, dok su neke druge zemlje, poput Nemačke ili Holandije, prilično zatvorene u pogledu zadovoljavanja interesovanja javnosti da dođe bar do osnovnih podataka vezanih za rad tajne službe. Holandija je na primer 2003. odbacila mogućnost prikupljanja podataka o prisluškivanju, što prema procenama kritičara u poznatim organizacijama za zaštitu privatnosti „nije neobično, jer Holandija ima jedno od najviših stopa prisluškivanja u Evropskoj uniji”.

U Evropi su česti zapleti po pitanju šta u vezi sa delatnosti neke tajne službe sme u javnost a šta ne, prevashodno zbog kolizije zahteva saveza NATO sa dosadašnjim propisima o tajnosti koji postoje u EU. Kada je *Havijer Solana* zatražio usklađivanje evropskih propisa o poverljivosti sa strožim propisima NATO-a, oglasio se evropski ombudsman za zaštitu ljudskih prava koji je oštro kritikovao izjednačavanje vojnih i civilnih podataka u novim pravilnicima.

MA. Vlajko B. Đurić
PhD student ECPD, Belgrade

USING THE TELEPHONE LISTING SUBSCRIBER NUMBER CITIZEN "METERING" THE PREVENTIVE WORK OF SAFETY SERVICE

The need to carry out this research emerged after several unsuccessful attempts to preventive measures operating under the name, design and use of subscriber telephone listing, implemented by the security authorities and state security services and clarify future time out for a constitutional and lawful manner, which will dismiss public suspicion about misconduct in the performance of preventive activities. It is this need for legal action directed explicitly to crimes in the area of organized crime, as well as the lex specialis cases, in search for missing persons. Misuse of these operational activities are recorded several times by the Commissioner for Information of Public Interest and the Ombudsman, the same as in the means of public information and amounted, in what have so far ignored all state agencies that are responsible for the implementation of constitutional and legal rights and Justice. Such behavior has resulted in a court judgment against one of the military security services, but the general public and professional community and the other when deprived of wider debate, which would be professional and based on scientific research and the experience of European security services offer a solution to this problem

Key words: *listing of subscriber citizen, universal safety, proactive crime prevention and investigation, a phone listing of stationary and mobile, security iteresantno face, indicative of a security person, preventive operational measures.*

UNIVERZALNA NADLEŽNOST KAO SREDSTVO ZA ELIMINISANJE PIRATSTVA

Univerzalna nadležnost je doktrina po kojoj države zahtevaju nadležnost nad određenim, posebnim, specifičnim zločinima koji se vrše izvan njihovih teritorija i koji nisu povezani sa nacionalnošću i državljanstvom žrtve ili učinioca (popunjavajući onu prazninu koja bi nastala isključivom primenom teritorijalnog, personalnog ili realnog principa). U članku se objašnjava kako je ova doktrina nastala da bi se države njenom primenom na najefikasniji način uhvatile u koštac sa piratstvom koje se preuzima na otvorenim morskim vodama. S obzirom da piratstvo prelazi međunarodne granice, ono pogađa međunarodnu plovidbu i trgovinu, pa se smatra veoma ozbiljnom pretnjom za mnoge, ako ne i sve nacije na svetu. Opravdanje zahteva za međunarodnom nadležnošću nad piratstvom se, pre svega, bazira na mestu izvršenja zločina, na činjenici da ovo pogađa sve države sveta, kao i na njegovoj bezočnoj prirodi. Ovaj poslednji aspekt je doveo do proširenja univerzalne nadležnosti i na druge zločine osim piratstva, kao što su na primer ratni zločini i genocid. Stoga se proširenjem univerzalne nadležnosti od strane mnogih država, povećava mogućnost da učinioci ovakvih svojevrsnih oblika kriminaliteta konačno i odgovaraju za svoje zločine.

Ključne reči: *univerzalna nadležnost, pljačka, nasilje težina zločina, međunarodna osuda*

Piratski napadi predstavljaju fizičku pretnju za brodove svih nacija i njihov efekat na međunarodnu trgovinu i plovidbu dodatno pogađa sve države sveta. Pirati napadaju brodove, bez razlike na zastave pod kojima oni plove, ili na nacionalnost svojih žrtava. Činjenica da se napadi događaju u vodama u kojima sve nacije mogu slobodno da obavljaju plovidbu svojim brodovima predstavlja rizik za sve države sveta. Profesor Rendal objašnjava: "piratski napadi, naročito kada se sveobuhvatno posmatraju, mogu da

izazovu poremećaje u trgovini i plovidbi na otvorenom moru, što **piratstvo čini zajedničkom brigom svih država**.¹

Priroda pirata, kao veoma mobilnih kriminalaca koji su sposobni da deluju bez obzira na državne granice² i da strateški napadaju brodove koji plove u posebno rizičnim delovima sveta, dodatno intenzivira i ovako široko rasprostranjene efekte piratstva. Nedavni događaji u Sueckom Kanalu, gde su brodovi morali da plove kroz Adenski zaliv, uzak prolaz između Roga Afrike i Arapskog poluostrva, demonstriraju kako pirati strateški operišu u cilju maksimiziranja broja brodova koje napadaju i efekata tih napada.³ Piratstvo, ne samo da predstavlja veliki rizik za bezbednost posada i brodova, već i za stabilnost međunarodne trgovine u oblastima gustog pomorskog saobraćaja koje su strateške mete pirata.

Iz ovoga sledi zaključak da države imaju interesa da eliminišu piratstvo, čak iako pirati nisu neposredno napadali njihove brodove, jer im niko ne garantuje da baš one neće biti direktne žrtve budućih napada, kao i iz razloga što i one trpe ekonomske posledice takvih napada. Na osnovu ovakve pretpostavke o postojanju međunarodne opasnosti, zaključeno je da bi sve države mogle da usvoje univerzalnu nadležnost kao sredstvo za eliminisanje piratstva.⁴ Univerzalna nadležnost nad piratstvom ukazuje na činjenicu da bi "moćne pomorske nacije mogle da se okrenu svojim konkretnim, specifičnim interesima u pogledu kažnjavanja prestupnika što bi ih ubuduće u značajnijoj meri odvrćalo od sličnog kriminalnog ponašanja."⁵

Ovaj argument, koji se koncentriše na veoma rasprostranjenim štetnim efektima piratstva, može se logično proširiti i primeniti na druge vrste kriminaliteta i) koje prete i nanose štetu svakoj naciji i ii) koje, usled tradicionalne ograničenosti međunarodne nadležnosti, zahtevaju njeno hitno univerzalno uvođenje i primenu.

Drugi argument i opravdanje za uvođenje univerzalne nadležnosti nad piratstvom se bazira na izuzetno ozbiljnoj i bezočnoj prirodi ove vrste

¹ Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 *Tex. L. Rev.* 785, 791-95 (1988) discussing the origins of UNiversal jurisdiction).

² Nina Tavakolli, *A Crime that Offends the Conscience of Humanity: A Proposal to Reclassify Trafficking in Women as an International Crime*, 9] *nt' L. Crim. L. Rev.* 77, 81-83 (2009)

³ Eugene Kontorovich, *Implementing Sasa v. Alvarez-Machain: What Piracy Reveals About the Limits of the Alien Tort Statute*, 80 *Notre Dame L. Rev.* 111, 153 (2004)

⁴ *Ibid.*

⁵ Herry J. Steiner, *Three Cheers for Universal Jurisdiction - Or is it only two? Theoretical Inquires* L. 199, 223 (2004)

zločina.⁶ Smatra se da je piratstvo težak zločin zbog krajnje nehumanih obeležja koji karakterišu piratske napade – posebno na nediskriminatornu prirodu nasilja koje se vrši protiv osoba i imovine gde se ne poštuju nikakva univerzalna prava. Zbog ovakve prirode, piratstvo se smatra zločinom protiv prava nacija.⁷ Kao rezultat, države deluju protiv piratstva zbog univerzalne potrebe da se uhvate i kazne učinioci takvih zločina. Dakle, države ostvaruju univerzalnu nadležnost nad piratstvom u interesu međunarodne zajednice kao celine.

AKTUELNOST PROBLEMATIKE

Piratstvo se po svojoj suštini, i po težini posledica koje ostavlja za sobom svrstava u zločine koji su predmet međunarodne nadležnosti.⁸ Na osnovu ove teorije, svi ostali zločini koji se smatraju "bezočnim", takođe bi trebalo da budu u međunarodnoj nadležnosti.⁹ Kriterijumi koji se koriste za određivanje stepena ozbiljnosti zločina se uglavnom baziraju na univerzalnoj osudi takvih zločina.¹⁰ U istom kontekstu, profesor Kontorovič objašnjava da "precizan stepen "zla" koje je neophodno da neki zločin poseduje da bi se svrstao u međunarodnu nadležnost nije precizno određen".¹¹ Ovakav stav navodi na zaključak da je međunarodna nadležnost rezultat univerzalne osude određenih zločina što se ogleda u široko prihvaćenim međunarodnim ugovorima i rezolucijama različitih međunarodnih organizacija.¹² Međutim, specifičan prag za ono što predstavlja univerzalno osuđujući zločin ostaje apstraktna ideja. On se različito definiše kao zločin koji "šokira savest čovečanstva",¹³ ili kao zločin čija izuzetna ozbiljnost proizvodi posledice na fundamentalne interese međunarodne zajednice kao celine.¹⁴

Pitanje kriterijuma klasifikacije zločina kao ozbiljnog i bezočnog je bilo i centralno pitanje u analizi slučaja *United States vs. Yunis*. Sud je zaključio da je priroda i širina međunarodne osude nekog zločina odlučujući faktor prilikom njegove klasifikacije kao takvog. Slično gore pomenutim

⁶ Vid. Princeton University Program in Law and Public Affairs, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* 23 (2001); Kenneth C. Randall, op. cit., str. 795, Eugene Kontorovich, op. cit., str. 204-7.

⁷ *Princeton Principles...* str. 23

⁸ Eugene Kontorovich, *The Piracy Analogy: Modern Universal's Jurisdiction's Hollow Foundation*, 45 *Harv. Int'l L.J.* 183, 184/5 (2004)

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Vid. *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*

¹¹ Eugene Kontorovich, *The Piracy Analogy...* str. 205

¹² *Restatement (Third)*, § 404 cmt.a.

¹³ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 *Law & Contem. Probs.* 63, 63-71 (1996)

¹⁴ Antonio Cassese, *Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Nation of Universal Jurisdiction*, 11 *J. INT'L Crim. Just.* 589, 595 (2003)

navodima, sud je zaključio da je pitanje da li neki zločin ispunjava ovaj kriterijum često stvar međunarodnih ugovora i sporazuma. Sud je analizirao u kojoj meri se međunarodna javnost pridržava ugovora i konvencija u osuđivanju ovakvih kriminalnih aktivnosti kao što su vazdušno piratstvo i držanje talaca, kao i globalne napore da se takve aktivnosti kazne. Na osnovu takvih činjenica, sud je zaključio da ove vrste zločina treba da budu predmet međunarodne nadležnosti. Slična situacija je zabeležena u slučaju *United States vs. Youself* – gde se radilo o zločinu zavere da se podmetne bomba u avion. Oblasni Sud u Njujorku je odlučio da je reč o univerzalnoj nadležnosti, jer je ovaj zločin bio praćen univerzalnom osudom.¹⁵

Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju, ICTY, je sledio nešto drugačiji pristup tako što je direktno povezo pitanje ozbiljnosti zločina sa konceptom *jus cogens*.¹⁶ Tribunal je zauzeo stav da je jedna od posledica toga što je karakter *jus cogens* koji je međunarodna zajednica pripisala zabrani torture ta, što je svaka država dobila pravo da istražuje, goni i kažnjava, ili da izvrši ekstradiciju osoba koje su optužene za torturu.¹⁷ Na sličan način se i Lord Millet oslanja na koncept *jus cogens* u cilju obezbeđivanja univerzalne nadležnosti u *Ex Parte Pinochet*:

“Zločini koji su zabranjeni u međunarodnom pravu povlače univerzalnu nadležnost u skladu sa međunarodnim pravom ukoliko su ispunjena dva kriterijuma. Prvi – ovi zločini moraju da budu u suprotnosti sa važećim normama međunarodnog prava, tako da dolazi do kršenja *jus cogens*. Drugi – oni moraju da budu tako ozbiljnog karaktera i takvih razmera da se opravdano mogu smatrati napadom na međunarodni pravni poredak”.¹⁸

Kako kriterijumi ozbiljnosti i bezočnosti zločina nisu konkretno definisani, države treba da analiziraju svoja stanovišta u pogledu ozbiljnosti zločina i da preduzmu korak napred primenjujući univerzalnu nadležnost i upoređujući svoju poziciju sa stanovištima drugih zemalja u pogledu nekih zločina koja se mogu saznati iz zvaničnih saopštenja tih država,¹⁹ ili njihovih pristupanja i pridržavanja međunarodnim konvencijama.²⁰ Takođe,

¹⁵ Cit. prema: <https://www.opyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Regina v. Bow St. Metro Stipendiary magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (no.3) (1999) 1 A.C. 147, 275-76 (H.L.).

¹⁹ Cit. prema: <https://www.opyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

istraživanja i izveštaji nevladinih organizacija u pogledu ozbiljnosti nekog zločina mogu da pruže značajne smernice.

DEFINISANJE PIRATSTVA U OTVORENIM MORSKIM VODAMA

U duhu svog uobičajenog shvatanja smisla i suštine, piratstvo podrazumeva "čin pljačke i nasilja učinjenog na moru".²¹ Sa aspekta savremenog zakonodavstva, ovaj "drevni", svakako najstariji međunarodni zločin, predstavljao je kriminalni čin univerzalne osude, čak i pre nego što je nastalo međunarodno pravo. Do tada, tj. tokom tog perioda, pirat se smatrao odmetnikom "*hostis humani generis*" (neprijatelj ljudskog roda), što je naučno-pravnoj javnosti poslužilo kao okvir i podloga na kojoj je preciziran osnovni problem - generalno prihvatiti ideju o univerzalnoj nadležnosti (kao nečim što se smatralo neophodnim stotinama godina unazad). Stupajući na snagu 1994. godine, Konvencija UN o pravu mora je i zvanično kodifikovala ovu praksu:

Na otvorenim morskim vodama ili bilo kojim drugim mestima koja nisu u nadležnosti neke države, svaka država može zapleniti piratski brod ili vazduhoplov, ili brod ili vazduhoplov koji je otet od strane pirata i pod kontrolom pirata te uhapsiti osobe i zapleniti imovinu koja se u njemu nalazi. Sudovi države koja je izvršila zaplenu mogu odlučiti o kaznama kao i akcijama koje treba preduzeti u vezi brodova, vazduhoplova ili imovine, u skladu sa pravima trećih lica postupajući u najboljim namerama.²²

Iako su često smatrani deliktima prošlosti, piratski napadi u blizini obala Somalije tokom 2009. godine, su priču o piratima i piratstvu, ponovo aktuelizovale.²³ Novija naučna istraživanja koja se bave procenom efikasnosti napora policijskih snaga u borbi protiv piratstva,²⁴ ukazuju na kontinuirane napore u pravcu pronalaženja novih rešenja u suprotstavljanju takvim kriminalnim poduhvatima.

Jedno od ključnih izazova koje nameće piratstvo je mesto izvršenja dela: piratstvo se obično dešava u otvorenim morskim vodama, van tradicionalno utvrđenih nadležnosti bilo koje države. Činjenica da su tradicionalno ustanovljeni principi nadležnosti neprimenljivi, često se uzima

²⁰ Vid. Nina Tavakolli, op. cit., str. 81-2.

²¹ Alfred Rubin, *The Law of Piracy* 213 (2d ed. 1998)

²² Untitled Nations Convention on the Sea, art. 105, Dec. 10, 1982, S. Treaty Doc. No. 103-39 (1994) 1883 U.N.T.S. 3.

²³ Vid. <http://www.cosmonitor.com/2009/0415/p06s07-wogn.html>

²⁴ Cit. prema: <https://www.opyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

kao osnov za primenu univerzalne nadležnosti nad piratstvom. Međutim, ovaj argument je pogrešan, jer univerzalna nadležnost nad piratstvom nije samo sredstvo za popunjavanje praznine u nadležnosti. Kako objašnjava profesor Randall, „samo piratstvo u otvorenim morskim vodama nije jedini predmet zamerke univerzalnoj nadležnosti“.²⁵ Profesor Kontorovič dodaje da se „koncept tradicionalne nadležnosti čini adekvatnim kada je u pitanju piratstvo bez pozivanja na univerzalnost“.²⁶

Radi ilustracije argumenta profesora Kontoroviča – ukoliko bi se piratski napad desio unutar američkog broda u otvorenim morskim vodama, SAD bi mogle da primene druge principe nadležnosti osim onih univerzalnih u cilju gonjenja napadača. Ti principi uključuju produženi princip teritorijalnosti, princip nacionalnosti (ukoliko je napadač američki državljanin), ili pasivni princip (ukoliko je žrtva Amerikanac). Dakle, mesto izvršenja krivičnog dela u otvorenim morskim vodama ne čini doktrinu univerzalnosti jedinom mogućom za primenu nadležnosti nad piratima.²⁷

KONCEPTUALIZACIJA UNIVERZALNE NADLEŽNOSTI

Princip da države mogu da preduzimaju krivično gonjenje stranih državljana koji su izvršili zločine izvan granica njihovih teritorija je koncept koji datira još iz Srednjeg veka.²⁸ Može se reći da geneza ove doktrine vodi poreklo još od piratskih zločina, a koncept univerzalne nadležnosti se razvio analogijom drugih zločina sa piratstvom.²⁹ Dva ključna razloga su doprinela uvođenju univerzalne nadležnosti nad piratstvom – prvi, da se ovaj zločin događa na otvorenim morskim vodama, gde nijedna zemlja posebno nema nadležnost, a drugi se fokusira na prirodu, tj. ozbiljnost zločina, a ne na njegovo geografsko poreklo.³⁰

Nadležnost, pod međunarodnim pravom, se može temeljiti na različitim osnovama. Primarni principi za utvrđivanje nadležnosti nad nekim zločinom se baziraju na: a) mestu gde je zločin učinjen – teritorijalni princip b) nacionalnošću zločinca – princip nacionalnosti i nacionalnošću žrtve – princip pasivne ličnosti i d) zaštiti vitalnih interesa države – princip zaštite ili realni princip.³¹

²⁵ Kenneth C. Randall, op. cit., str. 793.

²⁶ Eugen Kontorovich, *The Piracy Analogy...* str. 153.

²⁷ Ibid.

²⁸ Kenneth C. Randall, op. cit., str. 791-75.

²⁹ Ibid.

³⁰ A. Hays Butler, *The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature*, 11. *Crim. L. Forum* 353-5 (2000); Kenneth C. Randall, op. cit., str. 791-5.

³¹ Vid. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 301-5 (6th ed. 2003)

Univerzalna nadležnost obezbeđuje dodatni, mada kontraverzan mehanizam za vršenje nadležnosti u međunarodnom pravu. Kako jedan analitičar objašnjava, „univerzalna nadležnost se odnosi na nadležnost nad nekim zločinom bez obzira na mesto gde je učinjen, nacionalnost osumnjičenog ili žrtve i bez bilo kakve dodirne tačke između zločina i države koja ga goni. Ovo je princip nadležnosti koji se ograničava samo na specifične zločine.³²

Standardno, međunarodno pravo i mirovno pravo su prava koja obezbeđuju dva glavna izvora autoriteta za vršenje univerzalne nadležnosti.³³ Takođe, postoji i kategorija fundamentalnih normi ili tzv. *jus cogens* normi na koje se primenjuje univerzalna nadležnost.

Praktično, funkcionisanje univerzalne nadležnosti se najbolje demonstrira navođenjem sledećeg slučaja: 1993. godine, belgijski Parlament je usvojio zakon koji omogućava Belgijancima da krivično gone učinioce genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti koji su se dogodili izvan teritorije Belgije i bez ikakve povezanosti žrtava, ili učinilaca sa državom Belgijom.³⁴ Na osnovu ovog zakona, u Belgiji je preuzeto krivično gonjenje i izrečene osude određenom broju lica koja su izvršila krivično delo genocida u Ruandi.³⁵ Tokom 2000. jedan belgijski sudija je izdao međunarodnu poternicu za hapšenje Abdoulaya Yerodia Ndombasija, ministra spoljnih poslova Demokratske Republike Kongo za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti koje je on izvršio u svojoj državi. Kao odgovor, Demokratska Republika Kongo je podnela tužbu protiv Belgije Međunarodnom sudu pravde koja dovodi u pitanje zakonitost izdate poternice. Mada je doneta presuda koja se zasniva na imunitetu državnih zvaničnika, u Izdvojenom Mišljenju je razmatrana zakonitost i obim primene doktrine univerzalne nadležnosti.³⁶

Belgijska primena univerzalne nadležnosti je potpala pod kategoriju „čiste univerzalne nadležnosti“. Naime, univerzalna nadležnost se primenjuje u okviru dve pod-kategorije: nadležnost nad zločinima kada je optuženi prisutan na teritoriji države koja traži nadležnost i nadležnost bez obzira na to gde se učinilac nalazi. Ova druga pod-kategorija se često naziva

³² Cit. prema: <https://www.opyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Vid. Steven R. Ratner, Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem, 97 Am. J. Int.L.L. 888-9 (2003).

³⁶ Cit. prema: <https://www.opyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

„čista univerzalna nadležnost“, ili univerzalna nadležnost“ *in absentia*.³⁷ Efektivnost čiste univerzalne nadležnosti često zavisi od saradnje među državama kako bi se počinioci priveli na teritoriju zemlje koja traži nadležnost za njihovo suđenje.³⁸

Univerzalna nadležnost se koristi kao sredstvo u borbi protiv izbegavanja dostupnosti pravdi i obezbeđenju odgovornosti u popunjavanju praznina koje su ostavili međunarodni tribunali za zločine. Takođe, ona predstavlja sredstvo da se krivično gone učinioci teških zločina koji su učinjeni izvan teritorije koja se tradicionalno smatra teritorijom neke države (npr. Pirati na otvorenim morima).³⁹

Trenutno ne postoji međunarodna konvencija koja se specifično odnosi na pitanje univerzalne nadležnosti i jedina odluka Međunarodnog suda pravde koja se tiče univerzalne nadležnosti je gorepomenuta odluka koja je doneta na osnovu imuniteta zvaničnog državnog službenika. U svetlu ovako malo primera iz zakonodavne i sudske istorije o univerzalnoj nadležnosti, piratstvo predstavlja zločin „tradicionalno univerzalne nadležnosti“ koji se koristi kao „benchmark“ tj. primer za širenje univerzalne nadležnosti na druge zločine na koje se može primeniti analogija.⁴⁰

KRIVIČNO DELO PIRATSTVA U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

Član 294.

"(1) Član posade ili putnik broda koji na otvorenom moru ili na mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države učini nasilje ili razbojništvo prema licima na drugom brodu, zadrži, oduzme, ošteti ili uništi drugi brod ili dobra koja se nalaze na njemu ili prouzrokuje štetu velikih razmera,

kazniće se zatvorom od dve do dvanaest godina.

(2) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana nastupila smrt jednog ili više lica, učinilac će se

kazniće se zatvorom od pet do petnaest godina.⁴¹

³⁷ Antony J. Colangelo, *The New Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, 2 J. Int' L Crim. Just. 736. 747-59 (2004)

³⁸ Vid. Steven R. Ratner, *op. cit.*, str. 888-9

³⁹ Cit. prema: <https://www.opyright.com/ccc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=o&lastSearch=simple&all=on&titleorStdNo=1098-333643>

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Članom 431. stav 2. alineja 15 Krivičnog zakonika, propisano je da danom njegovog stupanja na snagu prestaju da važe krivičnopravne odredbe sadržane (samo) u članu 1052.

Konvencijom o otvorenom moru, donetoj na Prvoj konferenciji za pomorsko pravo u Ženevi, 1958 godine, koju je ratifikovala i naša zemlja 1965. godine, piratstvo je definisano (član 15) kao:

"Morsko razbojništvo čine dole nabrojana dela:

(1) Svaki nezakoniti akt nasilja, zadržavanja, ili svaka pljačka počinjena u lične svrhe od strane posade ili putnika nekog privatnog broda ili privatnog vazduhoplova, a koji su upereni:

a) na otvorenom moru - protiv nekog broda ili vazduhoplova ili protiv lica ili dobara koja se na njima nalaze;

b) protiv broda ili vazduhoplova, lica ili dobara u mestu koje ne spada pod vlast nijedne države;

2) svaki akt dobrovoljnog učešća u korišćenju broda ili vazduhoplova, kad su onome ko ih izvrši poznate činjenice koje tom brodu ili vazduhoplovu daju obeležje razbojničkog broda ili vazduhoplova".⁴²

U okviru opšte teorijskog izvođenja osnovnog pojma, potrebno je da kažemo da se piratskim smatraju brodovi koji su namenjeni izvršenju piratskih dela, podrazumevajući pod piratskim i brodove koji su već izvršili neki akt piratstva, sve dok njima upravljaju lica koja su ta dela izvršila.⁴³

1. Delo ima jedan osnovni (stav 1) i jedan teži oblik (stav 2). Osnovni oblik krivičnog dela ima sledeće karakteristike:

1) **Radnja** ovog krivičnog dela je određena alternativno i to kao: a) zadržavanje; b) oduzimanje; c) oštećenje; g) uništenje navedenih objekata; i d) vršenje nasilja ili razbojništva.

U smislu bližeg razrađivanja i konkretizacije osnovnog oblika ovog krivičnog dela, pod zadržavanjem se podrazumeva onemogućavanje kretanja broda, dok **oduzimanje** predstavlja preuzimanje potpune kontrole nad brodom od dotadašnjeg držaoca kontrole. **Oštećenje** u smislu ovog oblika krivičnog dela označava delimično uništenje broda, kojim se u većoj ili manjoj meri smanjuje njegova vrednost ili upotrebna vrednost. **Uništenje**

Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ("Sl. list SRJ", br. 12/98, 44/99, 74/99, 73/00; "Sl. glasnik RS", br. 85/05, 101/05)

"Član posade broda ili putnik na brodu koji nije javni brod, a koji u nameri da sebi pribavi korist ili da drugom nanese štetu izvrši, na moru, unutrašnjim vodama ili na mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države, nasilje, pljačku ili drugu prinudu prema drugom brodu, licima ili stvarima koje se na njemu nalaze, kazniće se zatvorom od najmanje dve godine.

Ako je učinilac pri izvršenju dela iz stava 1. ovog člana neko lice lišio života, kazniće se zatvorom od najmanje pet godina.

Za pripremanje krivičnog dela iz stava 1. ovog člana učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do pet godina.

⁴² Vid: "Službeni list SFRJ (Dodatak)", br. 4/1965.

⁴³ Lj. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika RS, Beograd, 2006, str. 738-9.

broda može značiti potpuno uništenje njegove supstance (na primer, sagorevanje i dr.), ili dovođenje u stanje da izgubi vrednost i postane potpuno neupotrebljiv (na pr. rušenje, lomljenje i sl.). Činjenje neupotrebljivim treba shvatiti u smislu čl. 212. KZS, po kome se, pored uništenja ili oštećenja, pod neupotrebljivim podrazumevaju i ostali postupci kojima se tuđa stvar dovodi u takvo stanje da za određeno vreme ne može služiti svojoj nameni (na pr. rastavljanje i demontiranje stvari, povremeno stajanje, skidanje pojedinih delova bez kojih ta stvar ne može da bude u funkciji...)⁴⁴ **Nasilje** označava upotrebu sile ili pretnje prema licima, odnosno njihovo zlostavljanje, dok je **razbojništvo** - oduzimanje od drugih stvari upotrebom sile ili pretnje da će se napasti na život i telo.

2) Predmet krivičnog dela su brod ili dobra koja se na njemu nalaze.

Pod brodom se podrazumevaju plovni objekti koji se kreću na mehanički pogon (lađe, trajekti, motorni čamci). Jedrilice, splavovi i čamci na vesla ne smatraju se brodovima u krivičnompravnom smislu.

2. **Izvršilac** ovog krivičnog dela može biti samo član posade ili putnik broda, tj. kao izvršilac se ne može pojaviti svako lice (*delictum proprium*). Za krivicu je potreban umišljaj koji obuhvata svest da se preduzima neka od navedenih radnji.

3. Iz zakonske formulacije člana 294. eksplicitno se kaže da delo postoji ako se vrši na otvorenom moru ili na mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države. U suprotnom, ukoliko bi se delo vršilo u unutrašnjim morskim vodama ne bi postojalo ovo krivično delo, već bi se radilo o drugim krivičnim delima.

Ovako koncipirano, piratstvo se u literaturi često izjednačava sa otmicama aviona. Ova linija interpretacije u stvari, ima osnovno polazište u činjenici da između "piraterije u vazduhu" i "piraterije na moru" postoje određene međusobne veze u modalitetima njihovog ispoljavanja: i u jednom i u drugom slučaju radi se o aktima nasilja koji dovode u pitanje bezbednost plovidbe i lica koja se nalaze na brodu ili vazduhoplovu. Međutim, posebno objašnjavanje odnosnih krivičnih dela, sa svim svojim karakterističnim obeležjima, specifičnostima koje ih određuju i diferenciraju, precizira sledeće: u smislu člana 15. Konvencije o otvorenom moru od 1958. godine, da ponovimo, pod piraterijom se podrazumeva svaki akt izvršen na : a) otvorenom moru, na mestu koje je van jurisdikcije države, b) od strane privatnog broda ili aviona protiv drugog broda ili aviona, c) cilj dela je pljačka i to u lične svrhe. Sasvim suprotno, otmice aviona vrše se u prostoru koji je pod suverenom vlašću jedne određene države. Napad se preduzima od strane pojedinaca, dok je cilj otmice, sasvim izuzetno, pljačka. U najvećem

⁴⁴ Ibid, str. 593-4.

broju slučajeva otmičari su rukovođeni političkim ciljevima. Piraterija na moru i otmica aviona su fenomeni sa različitom pozadinom, ciljevima i motivima pa ih otuda nužno treba ponaosob rešavati.⁴⁵

4. Krivično delo se smatra svršenim kada je izvršeno nasilje ili razbojništvo prema licima na drugom brodu koji je na otvorenom moru ili mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države, odnosno kad je brod zadržan, oduzet, oštećen ili uništen, ili su uništena dobra koja se na njemu nalaze ili je prouzrokovana šteta velikih razmera. Recimo, dovoljno je preduzimanje neke od alternativno određenih radnji.

Moguć je i pokušaj ovih dela.

(2) Teži oblik ovog krivičnog dela, inkriminisan stavom 2. postoji ako je preduzetim radnjama iz stava 1. nastupila smrt jednog ili više lica.

Kako je ovaj oblik krivičnog dela kvalifikovan nastupanjem težih posledica, za krivicu učinioca potreban je nehat u odnosu na težu posledicu.

Pod "više" lica treba razumeti najmanje dva ili više lica.

(3) Pri izvršenju ovog krivičnog dela mogu biti ostvarena i obeležja nekih drugih krivičnih dela i tada se postavlja pitanje njihovog međusobnog odnosa, tj. pitanje njihovog sticaja. Delo ne može biti u sticaju sa onim krivičnim delima koja ulaze u obeležje njegovog osnovnog oblika ili kvalifikovanog oblika. U odnosu na ostala krivična dela, sticaj je moguć. Međutim, ovde pažnju privlači situacija - ako bi se ovo delo vršilo iz posebnih pobuda (na pr. ugrožavanje ustavnog uređenja), kada je ono samo način vršenja tog dela (na pr. diverzija). Upravo, s obzirom na težinu ovog dela i neka njegova posebna obeležja, smatra se da tada ne bi postojao sticaj.⁴⁶

* * *

Za naše razmatranje krivičnog dela piratstva, zanimljivo je pomenuti i zakonska rešenja u suzbijanju ovog oblika kriminaliteta, ovog puta iz perspektive zakonodavstava nekih od država članica prethodne SFRJ.

Tako, na primer u Krivičnom zakoniku Crne Gore, krivično delo piratstva je predviđeno članom 345. u Glavi XXVII pod nazivom "Krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja", u Kaznenom zakonu Hrvatske,

⁴⁵ B. Zlatarić, Otmice aviona i drugi oblici ugrožavanja međunarodne civilne vazdušne plovidbe, Zagreb, 1974.

⁴⁶ Ibid, str. 739.

ovo krivično delo je predviđeno članom 180. u Glavi XIII pod nazivom "Kazneno delo protiv vrednosti zaštićenih međunarodnim pravom", dok je u Krivičnom zakoniku Republike Srpske ovo delo regulisano članom 450. našlo svoje mesto u Glavi XXXIV "Krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava". U KZ BiH, odnosno krivično delo je predviđeno članom 196.

U rešavanju ovog oblika kriminaliteta u navedenim zakonskim tekstovima ne nailazi se na potrebu posebnog objašnjavanja svakog od njih, jer postoji posebna vrsta suštinske podudarnosti - u pogledu objektivnih ali i subjektivnih elemenata ovog krivičnog dela. Taj unutrašnji sadržaj koji se ispoljava u radnji, izvršiocu, mestu izvršenja dela, cilju je, upravo bitan i obeležava njegove skoro istovetno tretiranje. Međutim, za pravilno shvatanje krivičnog dela piratstva u ovom kontekstu, neophodno je upoređivanje ovih odredbi sa navedenom odredbom člana 294. i to u onom delu koje inkriminiše teže oblike dela. Preciznije, stav koji inkriminiše radnju piratstva koja je za posledicu imala smrt jednog ili više lica ispoljava svoju različitost samo u pogledu visine zaprećene kazne (na primer u KZCG, kazna zatvora od 5-15 godina, dok je u KZ Hrvatske predviđen zatvor najmanje pet godina i sl.). I samo u tom pogledu, izvesno razilaženje ove odredbe pokazuje se u koncipiranju stava 3. (osim našeg KZ), inkriminišući izvršenje dela od strane učinioca koji je umišljajno lišio života jedno ili više lica (na primer st. 3. čl. 196. KZBiH, st. 3. čl. 450 KZ Republike Srpske, st. 2. čl. 180. KZ Hrvatske i dr. sa kaznom zatvora od najmanje deset godina ili zatvorom u doživotnom trajanju).

U isto vreme, iz zakonske formulacije čl. 345 KZCG u st. 3. je propisan jedan posebni oblik (koga čini član posade ili putnik ratnog ili drugog državnog broda ili ratnog ili drugog državnog vazduhoplovstva čija se posada pobunila i preduzela kontrolu nad brodom ili vazduhoplovom), čiji se učinilac kažnjava i kaznom predviđenom za to delo.

UMESTO ZAKLJUČKA

Pirati bez razlike i diskriminacije napadaju brodove, ometaju međunarodnu pomorsku trgovinu predstavljajući i fizičku i ekonomsku pretnju svim nacijama. Upravo, takvi napadi se univerzalno smatraju kao izuzetno opasni i ozbiljni zločini, jer uključuju posebnu vrstu bezočnosti i zlonamernosti. Ove karakteristike su i stvorile osnove za zahtev - da svaka država treba i može da ima univerzalnu nadležnost nad piratima, da može da preduzme krivino gonjenje prema stranim državljanima za određene bezobzirne zločine koji su učinjeni izvan teritorije tradicionalne nadležnosti neke države. Ova doktrina je u početku nastala kao sredstvo u borbi protiv piratstva.

Ideja primene univerzalne nadležnosti prema piratstvu je doživela takvu podršku da se ubrzo proširila i primenila i u novom kontekstu. I dok je činjenica da se piratstvo "odigravalo" na otvorenim morima diferenciralo ovu vrstu zločina od drugih i opravdavala međunarodnu nadležnost, drugi razlog za njenu široku rasprostranjenost i na druge zločine (pod izgovorom da ima međunarodni efekat), je potcenjen. Prema ovom drugom razlogu, piratstvo nanosi značajne štete svim državama, jer ima negativne posledice na pomorsku trgovinu čija zaštita je u interesu svih država sveta. Kao što je to objašnjeno u "Priči o pravdi", pre dva veka, pirat "čini neprijateljski akt nad državljanima i imovinom jedne ili svih nacija". S obzirom da sve države trpe posledice piratstva, podrazumeva se da sve države treba da imaju mogućnost da gone njihove učinioce.

Istina, ozbiljnost prirode zločina pirata je nešto na šta se svet najviše oslanjano u cilju proširenja univerzalne nadležnosti na druge zločine. Prema ideji o ozbiljnosti zločina, na neke od njih se gleda da su toliko opasni da predstavljaju napad na međunarodni poredak i da stoga države opravdano mogu da gone njihove učinioce u interesu celokupne međunarodne zajednice. U tom kontekstu, ovoj ideji se pribeglo da bi se proširila primena univerzalne nadležnosti stvaranjem analogije o bezočnoj prirodi zločina pirata sa drugim zločinima protiv ljudskih prava u modernoj istoriji.

Dragana Petrović, PhD,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

UNIVERSAL JURISDICTION AS A MEANS OF ELIMINATING PIRACY

Pirates, without any difference or discrimination attack ships at open sea disrupting international marine trade and representing physical and economic threat to all nations in the world. This is the reason why these attacks are considered to be universally dangerous and grave since they include a special kind of criminal acts of cruel and heinous nature. These characteristics have created the basis for the claim of each state to have universal jurisdiction over piracy and prosecute foreign citizens and nationals for certain type of heinous crimes committed outside the boundaries of the prosecuting state. This doctrine was first asserted as a means for fighting piracy.

Key words: *Universal jurisdiction; robbery; violence, international law*

Проф. др Драган Јовашевић
редовни професор
Правног факултета у Нишу

Прегледни научни рад
УДК:343.915:343.126

КАЖЊАВАЊЕ МАЛОЛЕТНИКА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Почетком 2006. године у Србији је ступило на снагу ново малолетничко (материјално, процесно и извршно) кривично право. Србија је ту следила тенденције других европских земаља (Француска, Немачка, Хрватска), па је на посебан начин одредила статус малолетника. Донет је посебан закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Такође је одређена посебна надлежност виших судова за поступање у кривичним предметима малолетних учинилаца кривичних дела. Предвиђена је и обавеза специјализација лица која у органима кривичног правосуђа учествују у кривичном поступку, а закон је такође предвидео и могућност изрицања посебних санкција за малолетнике.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: закон, малолетник, кривично дело, казна, кривица, затвор

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Малолетничко кривично право¹ предвиђа три основне врсте кривичних санкција које се могу изрећи од стране суда малолетним учиниоцима кривичних дела, на начин, у поступку и под условима који су предвиђени законом. То су: 1) васпитне мере, 2) казна малолетничког затвора и 3) мере безбедности. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела које изричу законом одређени органи (виши суд – а до 1. јануара 2010. године окружни суд – судија за малолетнике и веће за малолетнике) у

¹ Д.Јовашевић, Малолетничко кривично право, Ниш, 2011. године, стр. 7-14.

циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање, преваспитање и правилан развој малолетника.

Васпитне мере су основна врста малолетничких кривичних санкција, односно основне мере друштвене реакције на малолетнички криминалитет. Оне се изричу редовно, по правилу, уобичајено у законом предвиђеном судском поступку². Могу се изрећи свим малолетним учиниоцима кривичних дела (како млађим, тако и старијим малолетницима), а под одређеним условима и према млађим пунолетним лицима. Смисао примене ових посебних мера јесте да се малолетнику обезбеди приоритетно васпитање или тачније преваспитање (тзв. социјализација) уз што мање елемената принуде.

Увођење васпитних мера у систем кривичног права прекинуло је дугу, вишевековну кривичноправну традицију искључивог кажњавања младих деликвената и деце, истина редукованим казнама које, су иначе изричане и пунолетним (одраслим) учиниоцима кривичних дела. Тако малолетници сада престају да буду "злочинци у малом" и постају посебна категорија учинилаца кривичних дела. Супсидијарно, и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може старијем малолетнику изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Но, ова се казна може изрећи само старијем малолетнику као учиниоцу тешког кривичног дела. Значи, казна малолетничког затвора се никада не изриче обавезно, не може се изрећи сваком малолетном лицу и не може се изрећи за свако учињено кривично дело.

КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У СРБИЈИ

Иако сва савремена кривична законодавства у систему кривичних санкција предвиђају више различитих врста васпитних мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела, тиме ипак није искључена потреба за кажњавањем малолетника³. Уосталом дуги историјски преглед развоја малолетничког кривичног права показује да су од најстаријих времена према малолетницима примењиване

² Лицу које је у моменту извршења кривичног дела било млађе од 16 година могу се изрећи само васпитне мере без обзира што је у моменту доношења одлуке имао преко 16 година (решење Окружног суда у Пожаревцу Кж. 356/98 од 2. септембра 1998. године).

³ Б.Ђукић, Д.Јовашевић, Криминалитет малолетника и мјере друштвене реакције у Републици Српској, Бања Лука, 2010. године, стр. 79-84.

различите врсте и мере казни⁴. Таква је ситуација и данас. Те казне су у почетку биле исте оне казне које су закони прописивали према пунолетним лицима као учиниоцима кривичних дела, да би се тек касније према малолетницима примењивале посебне врсте казни које су специфичне само за ову категорију учинилаца кривичних дела⁵. У систему савременог малолетничког кривичног права преовладавају два система кажњавања малолетних учинилаца кривичних дела.

Према првом систему према малолетницима се за учињено кривично дело могу изрећи казне које се иначе изричу и пунолетним лицима. При томе се "малолетнички узраст" учиниоца дела цени као олакшавајућа или као ублажавајућа околност (додуше факултативног карактера). Овакво решење данас усвајају кривична законодавства : Аустрије, Руске федерације, Шведске , Норвешке, Финске, Украјине. Но, такво решење је познавало и наше раније кривично законодавство које је било у примени до 1959. године када је новелиран Кривични законик ФНРЈ из 1951. године.

Према другом систему према малолетницима се примењују посебне врсте казне – казна малолетничког затвора. Овакво је решење данас у примени у законодавству : Србије, Црне Горе, Хрватске, Немачке, Босне и Херцеговине.

Примена казни према малолетним учиниоцима кривичних дела је оправдана, правична и логична. Наиме, и међу малолетним лицима јављају таква лица која показују висок и континуиран степен васпитне запуштености, који често, обично у дужем временском периоду, у поврату врше тешка кривична дела, често са елементима насиља, са проузрокованим тешким последицама⁶.

Тако данас бројна кривична законодавства познају у структури кривичних санкција којима се настоји постићи ефикасна, квалитетна и законита заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности и казну малолетничког затвора (као посебну врсту казне лишења слободе⁷. Истина, у теорији⁸ се могу наћи и таква схватања

⁴ Б.Цвјетко, Законска и судска политика кажњавања малолетника и млађих пунолетника казном малолетничког затвора, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/2004. године, стр. 841-865.

⁵ Д.Јовашевић, Малолетничко кривично право, оп.цит. стр.173.176.

⁶ О.Перић, О кажњавању малолетника, Правни живот, Београд, број 3/1982. године, стр. 297-300.

⁷ В.Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, Загреб, 2009. године, стр. 175.

⁸ Ж.Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 174.

према којима постоји само једна казна затвора као врста кривичних санкција која се може јавити у више облика (форми) као што су⁹ : 1) казна затвора, 2) краткотрајна казна затвора, 3) казна дуготрајног (или доживотног) затвора и 4) казна малолетничког затвора.

Малолетнички затвор је једина врста казне у систему малолетничких кривичних санкција у Републици Србији (чл. 28-38. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗОМУКД из 2005. године). То је посебна врста казне која се састоји у одузимању слободу кретања старијем малолетном учиниоцу тежег кривичног дела за у судској одлуци одређено време и његовом смештању у одређену установу¹⁰. По форми је то казна лишења слободу који је сличан је казни затвора коју суд изриче пунолетним учиниоцима кривичних дела. Али по циљевима које треба да постигне, ова је казна веома блиска са васпитним мерама.

У Републици Србији казна малолетничког затвора је хибридна кривична санкција која је по својој форми казнена мера са израженим елементима репресије, али је по садржини, суштини и циљу који треба да оствари васпитна мера. У наше кривично право је ова казна уведена новелом Кривичног законика ФНРЈ из 1959. године (иако је и пре тога под одређеним условима било могуће кажњавање чак и млађег малолетника). Ова казна се може изрећи ако су испуњени законом предвиђени кумулативни услови (члан 28. ЗОМУКД). То су следећи услови¹¹: 1) да је учинилац кривичног дела старији малолетник¹² тј. лице које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест година, а није навршило осамнаест година, 2) да је малолетник учинио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора тежа од пет година, 3) да је малолетник извршио кривично дело са високим степеном кривице. То је степен кривице изнад уобичајеног, нормалног, просечног степена свесне и вољне управљености учиниоца према извршеном кривичном делу. Да ли постоји висок степен кривице старијег малолетника, представља фактичко питање које судско веће мора да реши у сваком конкретном случају¹³. Тако висок степен кривице не

⁹ Љ.Селиншек, Казенско право, Љубљана, 2007. године, стр.264-266.

¹⁰ З. Стојановић, О. Перић, Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Црне Горе са објашњењем, Београд, 1996. године, стр. 51-55.

¹¹ Д.Јовашевић, Малолетно кривично законодавство и савремене тенденције кривичнопоравен репресије, Зборник радова, Савремене тенденције кривичноправне репресије као инструмент сузбијања криминалитета, Бијељина, 2010. године, стр. 167-2010.

¹² Н. Рицијаш, Обилежја малолетника који извршавају казну малолетничког затвора, Криминологија и социјална интеграција, Загреб, број 1/2005. године, стр. 89-105.

¹³ Битно смањење урачунљивости у време извршења кривичног дела искључује постојање високог степена кривице као једног од услова за изрцање казне

постоји у случају ако је у конкретном случају остварен неки од субјективних основа за ублажавање казне (нпр. битно смањена урачунљивост) и 4) да је суд дошао до уверења да због природе и тежине учињеног кривичног дела и високог степена кривице није оправдано изрећи васпитну меру¹⁴. Тежина кривичног дела значи постојање јачег обима и већег интензитета повреде (а изузетно и конкретног угрожавања) заштићеног добра. То указује на обим и интензитет последице кривичног дела. Али, ову околност треба ценити и у склопу врсте нападнутог добра и потребе друштва да обезбеди његову ефикасну и квалитетну заштиту што указује на природу кривичног дела. У судској пракси је спорно¹⁵ како треба тумачити овај услов у случају "покушаног кривичног дела (када последица дела по природи овог института изостаје).

Овај услов указује на изузетан карактер примене казне малолетничког затвора чак и у случају када су испуњени законом предвиђени услови. За изрицање казне малолетничког затвора потребна је и оцена суда, заснована на изведеним личним и материјалним изворима доказа, да у конкретном случају не би било оправдано изрећи васпитну меру¹⁶. Значи, малолетнички затвор је казна супсидијарног карактера чија је примена увек факултативна. Када су испуњени законом предвиђени услови, суд старијем малолетнику одмерава казну малолетничког затвора¹⁷ у границама законом прописане казне за учињено кривично дело имајући у виду сврху малолетничког затвора и узимајући у обзир све околности (олакшавајуће и отежавајуће), а нарочито : 1) степен зрелости малолетника и 2) време које је потребно за његово васпитавање и стручно оспособљавање (члан 30. ЗОМУКД). При томе суд не може изрећи казну малолетничког затвора у трајању дужем од

малолетничког затвора (решење Врховног суда Србије Кжм. 72/95 од 22. августа 1995. године).

¹⁴ При опредељењу да изрекне казну малолетничког затвора уместо васпитне заводске мере, суд треба да цени објективне услове за изрицање, тешке последице дела, висок степен кривице, личност малолетника, његов ранији живот и побуде из којих је дело извршио (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 42/2000 од 5. септембра 2000. године); При одлучивању о изрицању казне малолетничког затвора и њене висине малолетнику који је навршио 16 година за нова кривична дела цениће се и чињеница да је он пре тога као млађи малолетник извршио кривична дела силовања, дрске крађе и преваре (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 17/2003 од 4. новембра 2003. године).

¹⁵ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр. 354.

¹⁶ Тешке последице дела као један од услова за изрицање казне малолетничког затвора не произилазе искључиво из таквих последица које су настале за оштећеног и његову имовину, већ и из остварених околности које им дају такав карактер (решење Врховног суда Србије Кжм. 20/94 од 27. маја 1994. године).

¹⁷ Б.Вучковић, В.Вучковић, Кривичне санкције у Кривичном законнику Црне Горе, Правна Ријеч, Бања Лука, број 19/2009. године, стр. 172-175.

прописане казне за учињено кривично дело, али он при томе није везан за најмању меру прописане казне (за посебни минимум)¹⁸.

КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА

Готово сва савремена кривична законодавства у систему кривичноправних мера реаговања на криминалитет, предвиђају и посебне врсте казни које се примењују према малолетним учиниоцима тешких кривичних дела. И њихова примена се у великој мери наслања на стандарде утврђене међународноправним актима (донетим у оквиру и под окриљем универзалне организације - Организације уједињених нација или регионалне организације - Савета Европе). У том смислу ћемо анализирати примену казни (у првом реду казне малолетничког затвора) према малолетним учиниоцима кривичних дела у више савремених кривичним закон(ик)а.

Аустрија

У Аустрији је положај малолетника у кривичном праву уређен одредбама посебног закона – Закона о малолетницима¹⁹ из 1988. године. Као малолетници у смислу овог закона сматрају се лица која су у време извршења кривичног дела била у узрасту од четрнаест до осамнаест година (члан 1. Закона). Такав малолетник је по правилу одговоран за учињен кривично дело осим ако из одређених разлога он није довољно зрео да увиди недопуштеност (противправност) свог дела и да према свом расуђивању поступа. Према овим учиниоцима се и у аустријском кривичном праву²⁰ изричу исте казне које су иначе прописане у закону за пунолетна лица као учиниоце кривичних дела. При томе се узраст малолетства сматра основом за блаже кажњавање таквих лица (факултативна ублажавајућа околност).

Наиме, према малолетним лицима узраста од шеснаест година у време извршења кривичног дела се уместо казне доживотног затвора или казне затвора у трајању од десет до двадесет година може изрећи казна затвора у трајању од једне до петнаест година (члан 5. став 2. тачка а. Закона). Ако се пак ради о извршењу кривичног дела за које је у закону прописана казна затвора од десет до двадесет година, тада се

¹⁸ Д. Јовашевић, Кривичне санкције за малолетнике у новом кривичном праву Републике Србије, Безбедност, Београд, број 5/2006. године, стр. 689-711.

¹⁹ Jugendgerichtsgesetz – JGG, Bundesgesetzblatt (BGBl) No. 599/1988.

²⁰ J.Kimmel, Oesterreiches Jugendstrafrecht, Wien, 1954. године, стр.78-83.

малолетнику за исто дело може изрећи казна затвора од шест месеци до десет година (члан 5. став 3. Закона). Законом је даље прописано да се максимуми прописаних казни затвора малолетном учиниоцу таквог кривичног дела при изрицању смањују на половину, при чему суд није везан за минимум прописане казне за то дело.

Босна и Херцеговина

Кривично право Републике Босне и Херцеговине у структури кривичних санкција, предвиђа посебне малолетничке кривичне санкције²¹ које се изричу малолетним учиниоцима кривичних дела²². То су : 1) васпитне мере и 2) казна малолетничког затвора, а под одређеним условима и мере безбедности.

Казна малолетничког затвора је једина врста казне коју познаје кривично право Босне и Херцеговине. Ова се казна у смислу члана 95. КЗ БИХ, члана 99. КЗ ФБИХ, члана 99. КЗ БД БИХ, односно члана 50. Закона о заштити и поступању са децом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске изриче на време од једне до десет година старијем малолетном лицу које је учинило кривично дело за које је прописана казна затвора преко пет година, а због тешких последица учињеног дела и високог степена кривице није оправдано изрицање васпитних мера²³. У Републици Српској се казна малолетничког затвора изриче са трајањем од једне до пет година, при чему се ова казна може изрећи и до десет година у случају : 1) када старији малолетник изврши кривично дело за које је прописана казна дуготрајног затвора и 2) када старији малолетник изврши у стицају најмање два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година.

Казахстан

Кривични законик Републике Казахстан из 1997. године са изменама и допунама из 2004. године²⁴ (као и сва савремена кривична

²¹ Љ.Митровић, Кривичне санкције према малолетницима у Закону о заштити и поступању са децом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске, Ревизија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/2009. године, стр. 121-139.

²² Х. Сијерчић Чолић, Малолетничко кривично правосуђе и малолетничка деликвенција у Босни и Херцеговини, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 2002. године, стр. 351-367.

²³ Д.Јовашевић, Љ.Митровић, Извршење казне затвора у Босни и Херцеговини са посебним освртом на извршење у Републици Српској, Правна ријеч, Бања Лука, број 19/2009. године, стр. 283-311.

²⁴ Criminal code of the Republic of Kazakhstan – Law No. 167 of 16. July 1997. and Law No. 10 of 9. December 2004.

законодавства која су настала на темељима ранијег социјалистичког совјетског кривичног законодавства) у систему кривичних санкција предвиђа више врста казни као мера друштвене реакције на криминалитет малолетника. Претпоставка за кажњавање је и овде узраст малолетника од навршених шеснаест година у време извршења кривичног дела. Изузетно од овог правила, кривична одговорност се може стећи и са навршених четрнаест година (а тиме и могућност кажњавања) под условом да такав малолетник учини у закону таксативно наведена кривична дела као што су : убиство; силовање; принудни акти сексуалног карактера; отмица; крађа; изнуда; намерно уништење или оштећење имовине под отежавајућим околностима и тероризам (члан 15. став 2. Кривичног законика).

Члан 79. Кривичног законика Републике Казахстан прописује чак шест врста различитих казни које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су : 1) новчана казна – ова имовинска казна се може изрећи малолетнику само у случају ако има сопствене приходе или имовину из које се она може наплатити. Изриче се у износу од 10 до 500 месечних износа у Републици и то у периоду од две седмице до шест месеци, 2) забрана учествовања у одређеним активностима у периоду од једне до две године, 3) рад у јавном интересу – казна у виду обављања одређеног друштвено корисног рада у интересу заједнице у трајању од 40 до 160 часова рада и то у време и на начин како се не би ометао рад или образовање малолетника, 4) поправни рад у трајању до једне године, али само ако се ради о малолетнику који је старији од 16 година, 5) ограничење слободе (арест) у виду смештаја малолетника у одређену установу у трајању од једне до две године и 6) малолетнички затвор.

Казна малолетничког затвора се састоји у одузимању слободе кретања у трајању до десет година, а изузетно и до дванаест година у случају да се ради о извршењу кривичног дела убиства под отежавајућим околностима (што представља фактичко питање које суд утврђује у сваком конкретном случају) или ако у стицају изврши два или више кривичних дела. При изрицању казне малолетничког затвора закон је поставио једно ограничење. Тако се ова казна не може изрећи примарном учиниоцу кривичног дела узраста од 14 до 18 година (лицу које је први пут извршило кривично дело мале тежине – кривично дело за које је у закону прописана казна затвора до две године – члан 10. став 2. Кривичног законика). Слично ограничење постоји и за малолетника узраста од 14 до 16 година ако је по први пут извршио кривично дело средње тежине (кривично дело за које је у закону прописана казна затвора до пет година).

Мађарска

Мађарски кривични законик²⁵ из 1978. године са изменама и допунама до 2005. године, у глави седам, у одредби члана 108. прописује да је сврха кажњавања малолетника првенствено у правилном васпитању малолетника да би постао користан члан друштва у случајевима када се таква сврха не може остварити применом вапситних мера. Као најтеже врсте кривичних санкција које се уопште могу изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела предвиђено је више врста казни. То су :

1) малолетнички затвор (члан 110. Кривичног законика) – одузимање слободе кретања малолетника који је навршио шеснаест година у време извршења кривичног дела у трајању од најмање месец дана до десет година, односно изузетно до петнаест година у случају када се ради о извршењу кривичног дела за које је прописана казна доживотног затвора. У овом другом случају се малолетнику који није навршио шеснаест година у време извршења кривичног дела ипак не може изрећи казна у трајању до петнаест година. Овако одмерена казна малолетничког затвора се у смислу члана 111. Кривичног законика извршава у посебној установи за малолетнике. Но, осуђени малолетник се може и условно отпустити од даљег издржавања казне затвора (члан 112. Кривичног законика) под условом да је издржао најмање трећину изречене казне затвора,

2) друштвено користан рад – члан 113. Кривичног законика се као посебна врста казне изриче малолетном учиниоцу кривичног дела који је навршио осамнаест година у време правноснажности донете судске одлуке,

3) новчана казна (члан 114. Кривичног законика) се изриче малолетнику ако има сопствени приход или имовину и

4) забрана обављања одређених јавних послова (члан 115. Кривичног законика) – споредна казна која се изриче супсидијарно само у случају ако је малолетнику за учињено кривично дело изречена казна лишења слободе у трајању дужем од једне године. Применом ове казне малолетнику се забрањује обављање одређеног у судској одлуци назначеног јавног посла.

²⁵ Закон IV о Кривичном закону из 1978. године са изменама и допунама Закона II из 2003. године, Будапест, 2003. године

Македонија

Ново Кривично право Републике Македоније²⁶ после доношења посебног Закона за малолетничку правду из јула 2007. године разликује следеће кривичне санкције које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су (члан 28.): 1) васпитне мере, 2) казне, 3) мере безбедности (забрану управљања моторним возилом и протеривање странца из земље)²⁷ и 4) конфискација имовине и имовинске користи.

Најтеже врсте кривичних санкције које се уопште могу изрећи старијем малолетном учиниоцу кривичног дела јесу казне. Закон за малолетничку правду предвиђа три врсте казни које се могу изрећи овим лицима. То су :

1) казна малолетничког затвора у трајању од једне до десет година (члан 44.). Ова казна лишења слободе у одређеном трајању је једина специфична врста казне која се изриче малолетном учиниоцу кривичног дела у овој Републици. Она се, наиме, изриче кривично одговорном старијем малолетнику који је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година, ако су остварене теже последице дела, а на страни учиниоца постоји висок степен кривице тако да није оправдано изећи васпитну меру. За изрицање ове казне потребно је испуњење пет кумулативних услова. То су : а) да се ради о старијем малолетнику, б) да је такав малолетник кривично одговоран у време извршења кривичног дела – то значи да је урачунљив и вин, в) да је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година, г) да су остварене теже последице учињеног кривичног дела и д) да на страни учиниоца постоји висок степен кривице тако да према оцени суда није оправдано таквом лицу изрећи васпитну меру,

²⁶ Службен весник на Република Македоније број 87/2007,103/2008, 161/2008 и 145/2010.

²⁷ Забрана управљања моторним возилом одређене врсте или категорије под условима из Кривичног законика Републике Македоније. Ово је иначе посебна врста мера безбедности предвиђена у члану 67. Кривичног законика. Она се изричу учиниоцу кривичног дела против безбедности јавног саобраћаја у трајању од три месеца до пет година (Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, оп.цит. стр. 355-359). Протеривање странца из земље под условима из Кривичног законика. И овде се ради о мери безбедности која је предвиђена у члану 69. Кривичног законика. Она се изриче странцу у трајању од једне до десет година или заувек ако је на територији ове Републике извршио кривично дело, а побуде из који је дело учињено, начин извршења дела и друге околности указују на непожељност даљег боравка таквог лица у овој држави.

2) новчана казна у дневним износима од једног до 120 износа (дневна глоба) (члан 47. Закона) – ова имовинска казна се изриче када је малолетник учинио кривично дело из користољубља за које је прописана казна затвора од најмање три године. Дакле, два су кумулативна услова законом прописана за изрицање ове казне. То су : а) врста и природа учињеног кривичног дела – дело треба да је учињено из посебне врсте побуде – користољубља (пожуде за непотребним и прекомерним увећањем имовине које није оправдано егзистенцијалним потребама и б) тежина учињеног кривичног дела – треба да се ради о кривичном делу за које је у закону прописана казна затвора од најмање три године или тежа казна и

3) конфискација (заплена) имовине и имовинске користи – одузимање покретне и непокретне имовине која је прибављена кривичним делом на начин, под условима и у поступку који су одређени законом (члан 97. Кривичног законика).

Немачка

У Немачкој, Закон о малолетничком правосуђу (из 1974. године са изменама до 2008. године)²⁸ који се примењује на лица израста од 14 до 21 године (члан 1. став 1. Закона) предвиђа три врсте малолетничких кривичних санкција²⁹. То су : 1) васпитне мере, 2) дисциплинске мере и 3) казна за малолетнике³⁰.

Најтежа врста малолетничких кривичних санкција је казна лишења слободе за малолетнике (члан 17. Закона). Ова се казна лишења слободе састоји у смештају малолетног учиниоца кривичног дела у посебну установу када због склоности које је он показао приликом извршења кривичног дела мере појачаног надзора и дисциплинске мере нису довољне за његово надзирање или уколико је таква казна оправдана с обзиром на озбиљан степен кривице таквог лица. Ова се казна изриче у трајању од шест месеци од пет година, а само изузетно у трајању до десет година у случају ако је малолетник учинио теже кривично дело за које је у закону запређена казна затвора преко десет година (члан 18. Закона). При томе је закон изричито одредио да се ова казна одмерава малолетнику тако да се омогући остваривање жељене сврхе која се састоји у његовом појачаном надзору од стране за то овлашћених посебних државних органа.

²⁸ Више: Д. Павловић, Закон о малолетничком правосуђу, Београд, 1997. године.

²⁹ Jugendgerichtsgesetz (JGG) – Bundesgesetzblatt (BGBl) p. 3427, sa poslednjim izmenama i dopunama od 8. jula 2008. godine Bundesgesetzblatt (BGBl) p. 1212

³⁰ A.K. Cohen, Kriminelle Jugend, Hamburg, 1961. godine, str. 118-136.

Норвешка

Кривични законик Краљевине Норвешке³¹ из 1902. године са више измена и допуна до 2005. године у члану 46. одређује да се као малолетник сматра лице које је у време извршења кривичног дела навршило петнаест година, али још увек није навршило осамнаест година. Према овим лицима се изриче иста казна која је иначе у закону прописана за пунолетне учиниоце кривичног дела.

Дакле, и малолетним учиниоцима кривичних дела се по правилу изриче прописана казна затвора у трајању од 14 дана до 15 година (члан 17. став 1. тачка а. Кривичног законика) при чему је према овим лицима искључена примена најтеже казне – казне дуготрајног затвора до 21 године (осим ако се ради о најтежим кривичним делима као што су дела против независности и безбедности државе из главе осам, дела против уставног уређења и државне власти из главе девет, дела против службене дужности из главе једанаест, дела против јавне безбедности из главе четрнаест и дела против живота и тела из главе двадесет друге). При одмеравању казне малолетнику се узраст узима као ублажавајућа околност, па се прописана казна може у конкретном случају ублажити по врсти или мери када се уместо прописане казне затвора таквом лицу могу изрећи новчана казна (члан 26а. Кривичног законика) или казна рада у јавном интересу (члан 28а. Кривичног законика).

Руска федерација

Кривични законик Руске федерације³² у глави 14. предвиђа две врсте кривичних санкција које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. То су : 1) казне и 2) васпитне мере принудног карактера.

Наиме, према малолетницима као учиниоцима кривичних дела се може изрећи чак шест врста различитих казни (што представља изузетно решење у савременом малолетничком кривичном праву). Тако у смислу члана 88. Кривичног законика Руске Федерације малолетном учиниоцу кривичног дела могу изрећи следеће казне³³:

³¹ The General Civil Penal Code of the Kingdom of Norway, Act No. 10. of 22. May 1902. and Act No. 131. of 21. December 2005.

³² И. Федосова, Т. Скуратова, Уголовниј кодекс Россијској федерацији, оп.цит. стр.64-65.

³³ А.И.Парога, Г.А.Есаков, А.И.Чучаев, В.П.Степалин, Уголовное право России, Части

1) новчана казна (штраф) ако су испуњена два услова : а) ако се са тим сагласи родитељ или законски заступник малолетника и б) ако малолетно лице располаже самостално својом зарадом или имовином која се може наплатити. У том случају се малолетном учиниоцу кривичног дела може изрећи ова имовинска казна у износу од 1.000 до 50.000 рубаља или сразмерно висини зарађене плате или других прихода у периоду од две недеље до шест месеци,

2) лишење права на бављење одређеном делатношћу у државним органима, органима локалне (месне) самоуправе или друге професионалне службе у трајању од једне до пет година,

3) обавезни рад у слободно време трајању од 40 до 160 сати уз следећа ограничења : а) за лица узраста до 15 година ова казна може да траје највише два сата током дана и б) за лица у узрасту од 15 до 16 година највише до три сата током дана,

4) поправни рад – у трајању до једне године,

5) изолација (арест) – која се може изрећи само малолетнику који је узраста од шеснаест година у трајању од једног до четири месеца и

6) лишење слободе у одређеном трајању до шест година, осим у случају извршења тежег кривичног дела када лишење слободе може да траје до десет година³⁴.

Словенија

Казенски законик Републике Словеније³⁵ предвиђа посебне врсте кривичних санкција за малолетнике који учине кривично дело у узрасту од 14 до 18 година живота. То су : 1) васпитне мере, 2) новчана казна и 3) казна малолетничког затвора. У оквиру казни, учиниоцу кривичног дела који је навршио 16 година (старији малолетник) се могу изрећи две врсте казни. То су : а) новчана казна и б) казна затвора³⁶.

обшаја и особенаја, Курс лекциј, Проспект, Москва, 2007. године, стр.182-185.

³⁴ А.И.Парога, Уголовное право России, Обшаја част, 2-е издание, Ексмо, Москва, 2008. године, стр. 428-433.

³⁵ Нови Казенски законик Републике Словеније је донет маја 2008. године, а ступио је на снагу 1. новембра исте године. Текст закона је објављен у Урадном лицу Републике Словеније број 58/2008. Иако се ради о потпуно новом, систематизованом зборнику кривичноправних норми, он је задржао на снази одредбе ранијег Кривичног законика које се односе на положај малолетника као учинилаца кривичних дела.

³⁶ Д.Корошец, Предлог најновијег словенског Кривичног законика са посебним

Старијем малолетнику се тако може изрећи новчана казна (члан 88. Кривичног законика) ако је учињено кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна. У том случају се изриче новчана казна у дневним износима од два до 180 дневних износа, односно у распону од 10.000 до 1.500.000 толара.

Казна малолетничког затвора³⁷ је најтежа врста кривичне санкције која се може изрећи старијем малолетном учиниоцу кривичног дела које учини кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година или тежа казна, а због природе и тежине учињеног дела односно високог степена кривичне одговорности не би било оправдано изрећи неку од васпитних мера³⁸.

Украјина

Нови Кривични законик Украјине³⁹ из 2001. године са изменама и допунама из 2009. године такође у систему кривичних санкција које стоје надлежним државним органима у супротстављању криминалитета малолетника предвиђа казне. Но, за примену казне је према овим законским решењима потребно постојање кривичне одговорности на страни малолетног учиниоца кривичног дела, а она се тиче са навршених шеснаест година (члан 22. став 1. Кривичног законика Републике Украјине - КЗ РУ). Само изузетно, кривичну одговорност може да стекне и малолетник узраста од четрнаест година ако је извршио следећа кривична дела : убиство; покушај убиства; напад на судију, судију поротника, војно лице или адвоката; тешку телесну повреду; саботажу, тероризам; узимање талаца; силовање; хулиганство; оштећење важних привредних објеката, магистралних гасовода и нафтовода и то ако је дело извршено при отежавајућим околностима.

Члан 94. Кривичног законика Републике Украјине предвиђа следеће казне за малолетнике. То су⁴⁰ :

освртом на децу и малолетнике као починитеље кривичних дела, Ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1/2008. године, стр. 101-110.

³⁷ М. Бергант, Словенски младостници на криви поти, Љубљана, 1973. године, стр. 69-83.

³⁸ Казенски законик, Урадни лист Републике Словеније број : 63/94, 70/94, 23/99, 40/2004 и 95/2004.

³⁹ Criminal code of the Ukraine, Verkhovna rada Ukraini No. 25-26/2001 and No. 20/2009.

⁴⁰ М.И.Коржанскиј, Популарниј коментар Криминолног кодексу, Киев, 1997. године, стр.34

1) новчана казна (члан 99. Кривичног законика) – може се изрећи само малолетнику који има сопствене финансије или имовину. У том случају ова имовинска казна се може одредити у висини до 500 минималних износа у Републици,

2) рад у јавном интересу (члан 100. Кривичног законика) - "служба за грађане" се може изрећи у трајању од два часа дневно и то у периоду од 30 до 120 часова. Ова се казна може изрећи само старијем малолетнику (лицу узраста од 16 до 18 година). Она се састоји у обављању одређеног посла или у пружању услуга грађанима од стране осуђеног малолетника у слободно време у трајању од два месеца до једне године,

3) поправни рад (члан 101. Кривичног законика) се састоји у изолацији малолетника у специјалној установи за малолетнике у трајању од 15 до 45 дана,

4) ограничење слободе (члан 102. Кривичног законика) се састоји у одузимању слободе малолетника у трајању од шест месеци до десет година. Но, ова се казна не може изрећи примарном учиниоцу и

5) малолетнички затвор – најтежа врста малолетничке кривичне санкције која се састоји у одузимању слободе кретања малолетнику за одређено време и то у трајању до десет година (члан 102. Кривичног законика). Изузетно се ова казна може изрећи и у трајању до петнаест година. Закон је поставио и одређена правила за одмеравање ове казне, па се тако ова казна може изрећи у следећим распонима и то : а) до две године – ако је малолетник извршио кривично дело мале тежине (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која не прелази две године – члан 12. став 2. Кривичног законика), б) до четири године - ако је малолетник извршио кривично дело средње тежине (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која не прелази пет година – члан 12. став 3. Кривичног законика), в) до седам година – ако је малолетник извршио тешко кривично дело (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која не прелази десет година – члан 12. став 4. Кривичног законика), г) до десет година – ако је малолетник извршио посебно тешко кривично дело (то је кривично дело за које је у закону прописана казна затвора која прелази десет година – члан 12. став 5. Кривичног законика) и д) до петнаест година – ако је малолетник извршио посебно тешко кривично дело које укључује убиство.

Финска

Положај малолетних учинилаца кривичних дела и и друштвена реакција на ову врсту криминалитета је у Републици Финској уређена одредбама Закона о младим преступницима⁴¹ из 1940. године, Експерименталног закона о малолетничкој казни⁴² из 1996. године и Закона о малолетничкој казни⁴³ из 2004. године. Овим законским решењима је одређено да се кривична одговорност малолетника (а тиме и могућност њиховог кажњавања) стиче са навршених 15 година живота у време извршења кривичног дела при чему се узраст од 15 до 17 година узима као олакшавајућа околност од значаја приликом одмеравања казне у конкретном случају.

Посебна врста казне – малолетничка казна је у финско кривично право уведена релативно касно – тек 1996. године. Ова се казна изриче малолетнику који је учинио кривично дело у узрасту од 15 до 18 година под условом да тежина учињеног дела, потреба малолетника за рехабилитацијом и његова способност социјалне адаптације указују да је примена ове најтеже кривичне санкције према њему оправдана. Ова се казна састоји из два дела. То су: а) посебне обавезе малолетника – оне се састоје у обавези малолетника да обавља одређени рад без накнаде у трајању од десет до шездесет часова. На овај начин се обављање различитиух послова и извршавање постављених задатака од стране малолетника омогућава да се унапреди његово социјално прилагођавање и осећај одговорности и б) надзор над малолетником, његовим животом и радом у трајању од четири месеца до једне године са циљем пружања подршке и усмеравања малолетника. Овај надзор спроводи посебна служба за надзор у сарадњи са надлежним центром за социјални рад.

Хрватска

У Републици Хрватској је малолетничко кривично право издвојено из општег кривичног права. Његов је основни извор Закон о судовима за младеж из јула 2011. године⁴⁴. Овај закон предвиђа следеће малолетничке кривичне санкције : 1) васпитне (одгојне) мере, 2) казну

⁴¹ Young Offenders Act No. 262/1940.

⁴² Experimental Juvenile Punishment Act No. 1058/1996.

⁴³ Government regulation on juvenile punishment No. 1284/2004 and Juvenile Punishment Act No.1196/2004.

⁴⁴ Народне новине Републике Хрватске број 84/2011. Закон је ступио на снагу 1. септембра 2011. године. Више : Ж. Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 245-249.

малолетничког затвора и 3) све мере безбедности осим мере забране обављања звања, делатности или дужности из члана 77. Казненог закона.

Казна малолетничког затвора (члан 24.) је најтежа малолетничка кривична санкција која се може изрећи само старијем малолетнику у трајању од шест месеци до пет (а само изузетно до десет) година који је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора од три године или тежа казна ако с обзиром на природу и тежину учињеног дела и висок степен кривице учиниоца није оправдано таквом лицу изрећи неку од васпитних мера⁴⁵. Изузетно се ова казна може изрећи у трајању до десет година у два случаја : а) ако се ради о кривичном делу за које је у закону прописана казан дуготрајног затвора и б) ако се ради о стицају најмање два кривична дела за која је у закону прописана казна затвора од десет година или тежа казна.

Но, Закон о судовима за младеж⁴⁶ предвиђа и могућност условног одлагања за време од једне до три године (време прокушавања) изрицања казне малолетничког затвора. Но, по протеку рока од једне године од почетка трајања времена проверавања суд може дефинитивно да одустане од изрицања казне малолетничког затвора ако се на основу нових чињеница саопштених од стране центра за социјални рад увери да малолетник неће даље чинити кривична дела⁴⁷. Овакво је решење могуће ако суд дође до уверења да је малолетник крив за учињено кривично дело, па се самим изрицањем кривиде и претњом накнадног изрицања казне може постићи његово одвраћање од поновног извршења других кривичних дела. Суд је и у овом случају обавезан да изрекне таквом лицу васпитну меру појачаног надзора или једну или више посебних обавеза.

Црна Гора

Нови Кривични законик Републике Црне Горе⁴⁸ предвиђа више кривичних санкција које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела (лица узраста од 14 до 18 година у време извршења

⁴⁵ А. Царић, Камо иде хрватско малолетничко казнено законодавство, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 4/2010. године, стр. 779-820.

⁴⁶ А. Царић, Закон о судовима за младеж и одредбе о малолетницима у Закону о прекршајима са коментаторским биљешкама, повезницама и судском праксом, Загреб, 2004. године, стр. 89-102.

⁴⁷ И. Ковчо, Извршење малолетничких кривичних санкција, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/1999. године, стр. 685-691.

⁴⁸ Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003.

кривичног дела – члан 81. КЗ РЦГ) које се деле на⁴⁹ : 1) васпитне мере и 2) казну малолетничког затвора, односно изузетно и мере безбедности.

Најтежа врста малолетничких кривичних санкција које се уопште могу изрећи према Кривичном закону Републике Црне Горе јесте казна малолетничког затвора (чл. 100-105. КЗ РЦГ). Ова се казна може изрећи у трајању од шест месеци до осам година (а само изузетно и до десет година) само старијем малолетнику који је извршио кривично дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година под условом да због високог степена кривице учиниоца и тежине учињеног кривичног дела не би било оправдано изрећи неку од васпитних мера.

Шведска

Кривични законик Краљевине Шведске⁵⁰ из 1962. године у поглављу 29. које се односи на одмеравање казне говори и о кажњавању малолетних учинилаца кривичних дела. При томе сам закон не прави разлику у кажњавању с обзиром на узраст учиниоца кривичног дела што значи да се и према малолетницима примењују исте казне које су у закону прописане и за пунолетна лица.

У члану 6. поглавља првог Кривични законик одређује да се као малолетници сматрају лица која су у време извршења кривичног дела навршила петнаест година живота, а нису навршила осамнаест година. Таквом се учиниоцу кривичног дела може изрећи казна затвора ако у конкретном случају није могуће изрећи васпитну меру упућивања у затворену установу за бригу о малолетницима (sentence to closed juvenile care), а узраст учиниоца у време суђења или неке друге околности указују на оправданост примене управо ове најтеже казне. Малолетнику се у том случају изриче у закону прописана казна за учињено кривично дело, али се она може и ублажити (члан 7. поглавља 27).

ЗАКЉУЧАК

Следећи стандарде садржане у низу универзалних и регионалних међународних докумената донетих у последње време (који су настали под окриљем Конвенције о правима детета), Република Србија је 2005.

⁴⁹ Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр.207-241.

⁵⁰ N.Bishop, The Swedish Penal Code from 1962. and 1999.

године донела посебан Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Тако је свеобухватно у једном законском тексту у целини уређен (материјални, процесни и извршни) правни положај малолетника као учиница кривичних дела, односно малолетника као жртава кривичних дела. У том циљу наша држава је извршила кодификацију малолетничког кривичног права на сличан начин као што су то учиниле и друге европске државе последњих година : Француска, Немачка, Хрватска, Македонија, Босна и Херцеговина и др.

Малолетничко кривично право, не само наше државе. већ и право низа савремених држава предвиђа две основне врсте малолетничких кривичних санкција. То су: а) васпитне мере и б) казна малолетничког затвора. То су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела које изричу законом одређени судски органи у циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање, преваспитање и правилан развој малолетника. Супсидијарно, уместо васпитних мера појединим малолетним лицима (старијим) и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може старијем малолетнику изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Ово је изузетна мера коју примењују судови према старијим малолетницима као учиниоцима тешких (углавном насилничких, имовинских или крвних) кривичних дела, са високим степеном кривице.

Prof. Dragan Jovašević,
Faculty of Law Niš

PUNISHING TO JUVENILE IN MODERN CRIMINAL LAW

All material (corporeal), processing and executive provisions related to criminal law in Republic of Serbia about juveniles are, in the new Law about juvenile comitters and criminal law protection of juveniles from 2006. January 1st (LAJCCA), conjoint in one place. That is how the juvenile criminal law has been created. It is characterized as follows: 1) principally, inquest of the juvenile injurers guilt is excluded, 2) among criminal sanctions towards juvenile injurers the priority belongs to the educable

provisions comparing to the punishment that presents the exception expressed in juvenile jail implementation. By the way of exception with the juvenile jail can be punished only the older juvenile if he committed a crime for which the proposed punishment is over five years, if he is sufficiently mentally mature that he can understand importance of that crime and he control his acts and if the consequences of the committed crime are that grand, and the extent of guilt that high when the application of educative provisions wouldn't be justified, 3) in the criminal proceeding towards juveniles, prosecution and juridical apparatus have wide authority in terms of starting, processing and terminating the proceeding. Those authorities consist of discrete rights to withdraw prosecution no matter what is the committed crime, if it is considered that it would be useful in terms of education and reeducation of the juvenile delinquent. The principle of utility has the priority than the principle of objectiveness. The court mandates consist of not only a wide scale of optional means and provisions, but of possibility to replace already delivered verdict with some other more convenient provision, if it is required by the specific situation and 4) in juridical system of the Republic of Serbia there are special jurisdictional bodies for struggle against juvenile criminality: special departments for juvenile delinquency in internal affairs agencies, a prosecuting attorney for juveniles and special juvenile council i.e. the juvenile court that supervises the whole criminal proceeding against any juvenile delinquent. The new juvenile criminal law anticipates two basic types of the juvenile criminal sanctions. These are: 1) the educational measures and 2) the juvenile prison. They are legally anticipated measures of the social reaction towards the juvenile committers of the crime activities that are sentenced the legally determined organs in aim to protect the society from the criminality through the education, reeducation and proper development of the juvenile. In this paper the author has analysed application of juvenile prison against juvenile perpetrators of crimes in new juvenile criminal law of Republic of Serbia and comparative law with theoretical, practical and comparative law aspects.

KEY WORDS: *code, juvenile, crime, penalty, liability, prison*

Dr Dejan Šuput – naučni saradnik
Institut za uporedno pravo

Pregledni naučni rad
UDK: 35.087.41 (415)

SISTEM PLATA U DRŽAVNOJ UPRAVI I JAVNIM SLUŽBAMA REPUBLIKE IRSKE - PRIMER DOBRE PRAKSE -

U ovom radu autor daje prikaz zakonskog uređivanja sistema plata u državnoj upravi i javnim službama Republike Irske, objašnjava institucionalni okvir za kontrolu i upravljanje sistemom plata koji je uspostavljen relevantnim propisima i posebnim ugovorima zaključenim između poslodavaca i sindikata. U tekstu je naglašena činjenica da državna uprava Republike Irske svoje funkcionisanje zasniva na propisima donetim pre pola veka. Tako je zakon koji uređuje radne odnose u organima državne uprave, prava i obaveze državnih službenika, kontrolu i upravljanje organima uprave u domenu funkcionisanja službeničkog sistema donet još daleke 1956. godine.

Posebnu pažnju autor je posvetio radu stručnog tela za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama, objasnio je principe njegovog rada i metodologiju kojom se to telo služi prilikom vrednovanja pojedinih radnih mesta, njihovog razvrstavanja u platne grupe i određivanja nivoa zarada.

U zaključnom delu teksta potvrđen je stav da glavni princip prilikom određivanja visine zarada zaposlenih u javnim službama Republike Irske jeste da plata zaposlenog u javnoj službi, u slučajevima u kojima je to moguće, treba da bude određena u odnosu na uporedivi posao (radno mesto) u privatnom sektoru i da bude po iznosu jednaka zaradi u privatnom sektoru. To načelo autor u jednom delu kritikuje, a imajući u vidu različitosti koje postoje između radnog odnosa u javnom i privatnom sektoru i probleme koje je donela svetska ekonomska kriza. Osim toga, autor je zauzeo stav da sve što je kao primer dobre prakse pravnog uređivanja i upravljanja sistemom plata u državnoj upravi i javnim službama Republike Irske navedeno i opisano u ovom članku, treba posmatrati u svetlu trenutnog stanja u Republici Srbiji i sa idejom da pojedina irska rešenja verovatno mogu biti prenatu u naš pravni sistem u izmenjenoj – prilagođenoj - formi.

Ključne reči: *sistem plata, Irska, državna uprava, platne grupe, javne službe.*

I UVOD

Pravno uređivanje sistema plata zaposlenih u organima državne uprave i javnim službama predstavlja izuzetno važno i složeno pitanje u svakoj modernoj državi. Valjanost i primerenost pravnih normi koje uređuju sistem plata utiču, ne samo funkcionisanje službeničkog sistema i kvalitet usluga koje građanima pružaju pojedine službe i organi, već i na makroekonomske procese koji se odvijaju u nacionalnim ekonomijama. Dobro koncipiran i pravno uređen sistem plata zaposlenih u organima državne uprave i javnim službama može da doprinese motivisanju zaposlenih da bolje i efikasnije rade, a sa druge strane predstavlja jedan od elemenata koji doprinose uklanjanju uslova koji dovode do korupcije u javnom sektoru.

Proces sprovođenja reforme sistema plata u državnoj upravi i javnim službama Republike Srbije traje od 2001. godine i još uvek nije završen. U periodu od 2004. do 2006. godine doneti su novi propisi koji uređuju sistem plata državnih službenika. Taj novi sistem plata koji je zaživeo 2006. godine predstavljao je napredak u odnosu na sistem kakav je postojao u državnoj upravi Republike Srbije do tada. Međutim, takav sistem plata bio je primeren ekonomskoj situaciji koja je postojala do 2008. godine i u trenutnim uslovima svetske ekonomske krize verovatno će morati da se menja, baš kao što se menja u svim ostalim evropskim državama. Sa druge strane, proces reforme sistema plata zaposlenih u javnim službama Republike Srbije jedva da je i započeo, iako je on mnogo značajniji u odnosu na reformu sistema plata zaposlenih u državnoj upravi, pošto broj zaposlenih u javnim službama desetostruko prevazilazi broj zaposlenih u organima državne uprave.¹ Usled toga će primer Republike Irske biti značajan za Republiku Srbiju, pogotovo kada se uzme u obzir da je reč o državi koja je više puta u svojoj modernoj istoriji uspela da prevaziđe veliku ekonomsku krizu i paralelno sa time reformiše državnu upravu i javne službe. Način na koji je uređen sistem plata zaposlenih u državnoj upravi i javnim službama Irske mogao bi da predstavlja jednu od ideja vodilja za srpskog zakonodavca. Pri tom, ne treba zanemariti činjenicu da automatsko preuzimanje irskog modela sistema plata i prosto prepisivanje sadržine odgovarajućih propisa te države, bez vođenja računa o specifičnostima Republike Srbije i stanja u njenom pravnom i ekonomskom sistemu, može da dovede isključivo do stvaranja jednog idealnog teorijskog modela, koji neće imati velikog izgleda za uspeh u praksi. Zbog toga, sve što će kao primer dobre prakse biti navedeno i opisano u delu teksta koji sledi, treba posmatrati u svetlu trenutnog stanja u

¹ Šuput D., Razlozi za reformu sistema plata u javnim službama Republike Srbije, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva (Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi)*, Beograd, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, 2011, str. 546.

Republici Srbiji i sa idejom da pojedina irska rešenja verovatno mogu biti prenata u naš pravni sistem u izmenjenoj (prilagođenoj) formi.

II SISTEM PLATA U DRŽAVNOJ UPRAVI IRSKE

Državna uprava Republike Irske svoje funkcionisanje zasniva na propisima donetim pre pola veka. Tako je zakon koji uređuje radne odnose u organima državne uprave, prava i obaveze državnih službenika, kontrolu i upravljanje organima uprave u domenu funkcionisanja službeničkog sistema donet još daleke 1956. godine pod nazivom: „Civil Service Regulation Act”² i zamenio je prethodni zakon iz 1929. godine (eng. Civil Service Compensation Act). Iako su se od vremena u kome je pomenuti zakon napisan i izglasan u Republici Irskoj, Vlada i sistem državne uprave značajno izmenili, pogotovo u organizacionom smislu i modelu upravljanja i rukovođenja pojedinim organima, što se odrazilo i na strukturu i opšte stanje u službeničkom sistemu, pravne norme sadržane u tom zakonu i danas su sasvim dobre i primenljive. Zbog svoje opštosti, ali ujedno i preciznosti i konciznosti, odredbe irskog Zakona su odolele izazovima koje im je donela pedesetodišnja primena i nema naznaka da će biti menjane, delom i zbog toga što je reč o osnovnim (fundamentalnim) pravilima koja uređuju status državnih službenika i na koje ne utiče promena javne politike do koje ciklično dolazi usled promena koje donose politički izbori. Dugovečnosti zakona koji uređuje plate državnih službenika u Irskoj doprinelo je i to što se najveći broj pojedinačnih pitanja od značaja za uređivanje sistema plata u državnoj upravi, tokom godina menjao, ne izmenama Zakona koji je postavio osnove sistema, već donošenjem podzakonskih akata i zaključivanjem obimnih i detaljnih kolektivnih ugovora. Takvo stanje pravnog okvira dovelo je do toga da su postojali povoljni uslovi za stvaranje i usavršavanje dobrog sistema plata zaposlenih u državnoj upravi Republike Irske.

U okviru državne uprave Republike Irske postoji jedan opšteprimenljiv sistem za obračun i isplaćivanje plata zaposlenih, bez obzira na razlike i specifičnosti pojedinih organa ili službi koje predstavljaju deo sistema državne uprave.³ To u praksi znači da sva ministarstva, vladine kancelarije, posebne službe vlade, posebne organizacije i drugi organizacioni oblici, primenjuju isti model prilikom razvrstavanja radnih mesta zaposlenih u odgovarajuće (zajedničke) platne grupe koje su određene – propisane

² Civil Service Regulation Act No. 46 of 1956, nalazi se na web-stranici: <http://www.irishstatutebook.ie/1956/en/act/pub/0046>.

³ O’Riordan J., A Review of the Civil Service Grading and Pay System, Institute of Public Administration in association with the Committee for Public Management Research, Dublin, 2008, str. 9.

jedinstveno od Ministarstva finansija, a na osnovu preporuke stručnog nezavisnog tela nadležnog za razvrstavanje radnih mesta i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama. Naziv pomenutog tela na engleskom jeziku glasi: „Public Service Benchmarking Body” i doslovan prevod njegovog naziva na srpski jezik nije moguć. Zbog toga će se u ovom radu koristiti samo naziv tog tela opisnog karaktera na srpskom jeziku (telo nadležno za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama). Nastanak tela za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada vezuje se za primenu odredbi tzv. Programa za napredak i pravičnost (eng. Programme for Prosperity and Fairness - PPF).⁴

Opređenje Republike Irske da za sve zaposlene u organima državne uprave postoji jedinstvena skala plata zasniva se na principu da za isti posao (jednak rad), službenik mora da prima istu zaradu, bez obzira na organ, tj organizacionu jedinicu u kojoj radi. Taj sistem je sa socijalne strane izuzetno pravedan i onemogućava devijacije do kojih je došlo u proteklih par decenija u organima državne uprave i javnim službama Republike Srbije, u okviru kojih za isti posao, npr. posao sekretarice, plata zaposlene osobe može da bude i do dva puta veća u zavisnosti od organa, ili službe u kojoj ta osoba radi, iako je reč o istom poslu (poslu iste složenosti, istog ili sličnog obima, sa istim nivoom odgovornosti i istim ovlašćenjima). Osim toga, primena principa „ista plata za isti posao” (eng. equal pay for equal work), za razliku od ranije pomenute situacije koja postoji u Republici Srbiji, ne deluje demotivošuće na zaposlene i stvara ambijent za zdravu konkurenciju, napredovanje i nagrađivanje u službi pod jednakim uslovima, tj. na osnovu rezultata rada.

⁴ Taj program predstavlja integralni deo petog po redu Nacionalnog ugovora (sporazuma) o socijalnom i ekonomskom razvitku irske ekonomije. Praksa zaključivanja Nacionalnog ugovora o socijalnom i ekonomskom razvitku irske ekonomije započela 1987. godine kao jedan od institucionalizovanih koraka u preduzimanju mera tadašnje Vlade Irske tokom realizacije politike oporavka irske ekonomije. Tokom 80-ih godina XX veka Republika Irska je preživljavala izuzetno tešku ekonomsku krizu, stanovništvo se usled toga masovno iseljavalo u SAD, Kanadu i Australiju, nezaposlenost je bila ogromna, a zaposleni u privatnom i javnim sektoru bili su izuzetno loše plaćeni i često i dugotrajno su štrajkovali što je dodatno ometalo napore za ekonski oporavak. Zbog toga je tadašnja Vlada Republike Irske uvela praksu institucionalizovanog pregovaranja sa poslodavcima i sindikatima. Rezultat tog pregovaranja bilo je zaključivanje kompleksnih Nacionalnih ugovora o socijalnom i ekonomskom razvitku irske ekonomije koji su čvrsto obavezivali sve strane ugovornice (sindikate, poslodavce i Vladu). Jedna od bitnih stavki tog ugovora koji se i danas zaključuje na pet do sedam godina je da sindikati garantuju da u periodu sprovođenja dogovorenih mera neće biti štrajkova. Sa druge strane poslodavci i Vlada se takvim ugovorom obavezuju da sprovede tačno dogovorene (često oštre i nepopularne) mere za oporavak ekonomije i izlazak iz krize, a ujedno se obavezuju da poštuju ugovorenu dinamiku rasta plata. Naravno, deo dogovora je da će postojati rast plata samo ako sindikati ne štrajkuju i samo ako se ostvare rezultati u oporavku nacionalne ekonomije. Tokom proteklih 25 godina sbe strane ugovornice su poštovala i izvršavale ugovorene obaveze.

Skala plata za zaposlene u organima državne uprave Republike Irske ima šesnaest platnih grupa. Prema podacima Ministarstva finansija Republike Irske, ta država je 2003. godine imala 33000 zaposlenih u državnoj upravi koji su zauzimali 726 radnih mesta. Tih 726 različitih radnih mesta razvrstano je u četiri kategorije koje obuhvataju:

1. opšta službenička radna mesta;
2. industrijska radna mesta;⁵
3. profesionalna (ekspertska) i tehnička radna mesta;
4. radna mesta zaposlenih na poslovima održavanja.⁶

Opisani sistem ima daleko manje kategorija radnih mesta nego model primenjen u pojedinim federalnim jedinicama Sjedinjenih Američkih Država (SAD), ali istovremeno, u mnogim elementima ima dosta sličnosti sa sistemom plata prisutnim u javnom sektoru SAD-a. Iako je u SAD svaka od federalnih jedinica nadležna je za uređenje sopstvenog sistema državne uprave, među tim jedinicama ne postoje velike i suštinske razlike kada je reč o razvrstavanju poslova zaposlenih. Kao reprezentativan uzorak za analizu i prikaz stanja u oblasti klasifikacije državnih službenika, ovom prilikom odabrana je država Njujork, pošto je reč o jednoj od najvećih i najznačajnijih federalnih jedinica SAD-a. Iz nekoliko primera koji slede videće se očigledne sličnosti sa irskim sistemom plata.

U državi Njujork, slično irskom modelu u kome postoji nezavisno telo nadležno za razvrstavanje i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama, funkcioniše posebna Uprava za javne (državne) službenike. Ta uprava bavi se svim poslovima u vezi sa pravima, obavezama i statusom državnih službenika. Ona je nadležna za postavljanje standarda potrebnih za klasifikaciju službenika i njihovih radnih mesta. U SAD-u se javnim službenicima smatraju svi oni koji rade u bilo kojoj vrsti javne službe koja se finansira iz budžeta, a ne samo pojedinci koji rade u organima državne uprave.

Američki standardi za klasifikaciju predstavljaju sažetu listu kriterijuma koji se koriste za klasifikovanje radnih mesta označenih

⁵ Reč je o radnim mestima koja postoje u privredi, tj. u industriji, koja nisu zanatska, već više administrativna i upravljačka radna mesta, a pojavljuju se u pojedinim organima ili službama u okviru sistema državne uprave.

⁶ U slučaju naziva navedenih kategorija radnih mesta doslovan prevod sa engleskog jezika nije bio moguć, pa su nazivi kategorija prevedeni opisno.

pojedinačnim imenom radnog mesta i zvanjem.⁷ Standardi za klasifikaciju opisuju osnovne dužnosti i zadatke radnog mesta, potrebne kvalifikacije za obavljanje posla i postojanje nadzora koji se sprovodi od strane pretpostavljenih ili postojanje ovlašćenja za nadziranje podređenih službenika. Standardi takođe navode prirodu, obim i složenost poslova, kao i odgovornost potrebnu za obavljanje posla koji se nalazi u određenoj grupi. Klasifikacioni standardi ne mogu da opišu, i ne opisuju sve vrste poslova koji se obavljaju u okviru pojedinačne grupe poslova tj. radnih mesta.

Na osnovu standarda za klasifikaciju stvoren je dokument „Title and Salary Plan” (plan zvanja i nivoa plata)⁸, koji se redovno dopunjava i prilagođava promenama koje vremenom nastaju. Reč je o ažuriranju spiska radnih mesta iz čijih se naziva vidi o kojem tipu radnog mesta je reč. Takođe, iz naziva radnog mesta vidi se struka neophodna za obavljanje poslova određenog radnog mesta.

Država Njujork zasniva svoju klasifikaciju na Federalnom pravilniku o razvrstavanju poslova/profesija. To je Pravilnik koji određuje 8 glavnih grupa poslova u javnoj upravi SAD-a. Svaka grupa poslova je široko opisana i čitanjem tih opisa lako se može zaključiti u kojoj grupi će se naći neki posao tj. radno mesto. Dobro rešenje tog pravilnika je da u okviru opisa svake grupe taksativno navodi određene struke, poslove tj. radna mesta koji mogu da posluže kao uporedive vrednosti prilikom razvrstavanja ostalih poslova i radnih mesta u pojedine grupe.

Prema Federalnom pravilniku o razvrstavanju poslova/profesija postoji sledećih osam grupa zvanja, tj. tipova poslova (radnih mesta) i isto toliko grupa njihovih opisa:⁹

Officials and Administrators (funkcioneri i upravnici / rukovodioci)

To su radna mesta na kojima zaposleni: određuju pravce javne politike; snose odgovornost za ostvarivanje te politike; usmeravaju rad pojedinih odeljenja ili utiču na sprovođenje određenih faza rada vladinih agencija; konsultuju i savetuju tela na regionalnom i okružnom nivou. U

⁷ Šuput D., Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država, u: Pravni život. Časopis za pravnu teoriju i praksu 10/2006, Beograd, Udruženje pravnik Srbije, 2006, str. 415.

⁸ Classification Standards / Title and Salary Plan, nalazi se na web-stranici: <http://www.es.state.ny.us/cc/standards.cfm>

⁹ Primetno je da u državi Njujork ima duplo više grupa poslova (radnih mesta) nego u Republici Irskoj, delom zbog toga što su tom klasifikacijom obuhvaćene i javne službe te države, a ne samo zaposleni u organima državne uprave, a delom i zbog konceptualnih razlika u razvrstavanju grupa radnih mesta.

ovu grupu spadaju: načelnici uprava, načelnici odeljenja¹⁰, šefovi biroa, šefovi odseka, direktori i zamjenici direktora, finansijski direktori, istražitelji, upravnici (npr. upravnici zatvora), šerifi, šefovi policije, šefovi vatrogasne službe, inspektori i svi drugi srodni poslovi.

Professionals (stručnjaci - profesionalci)

To su radna mesta koja zahtevaju posedovanje specijalizovanog teorijskog znanja do kojeg se dolazi putem univerzitetskog obrazovanja, putem posedovanja radnog iskustva i različitih vidova obuke koji doprinose podizanju i postizanju adekvatnog nivoa znanja. U ovu grupu spadaju: oni koji rade na poslovima vezanim za radne odnose i kadrove, socijalni radnici, lekari, psiholozi, ekonomisti, pravnici, viši medicinski tehničari, inženjeri, stručnjaci za oblast računovodstva i knjigovodstva, nastavnici i instruktori, analitičari, policijski kapetani i kapetani protivpožarne službe, poručnici i svi drugi srodni poslovi.

Technicians (tehničari)

To su radna mesta koja zahtevaju posedovanje osnovnih stručnih znanja uz istovremeno posedovanje praktičnih veština do kojih se dolazi putem obrazovanja u srednjih stručnim školama i tokom obuke na poslu. U ovu grupu spadaju: kompjuterski programeri i operatori kompjuterskih sistema, geodete, geometri, medicinske sestre, fotografi, radio operateri, grafički tehničari, tehničari za auto-puteve, medicinski i stomatološki tehničari, tehničari za oblast elektronike i fizike, poreznici, procenitelji, policijski inspektori, narednicu u vatrogasnoj službi i svi drugi srodni poslovi.

Protective Service Workers (službenici zaposleni na poslovima zaštite)

To su radna mesta na kojima su zaposleni ovlašćeni da obavljaju poslove javne bezbednosti, sigurnosti i zaštite društva i države od delovanja destruktivnih snaga. U ovu grupu spadaju: pozornici (policajci operativci – patrole), vatrogasci, čuvari, zamjenici šerifa, sudski stražari i sudski izvršitelji, čuvari zatvora i drugih KP ustanova, detektivi, lučki policajci i slična zanimanja.

¹⁰ Odeljenja u SAD-u imaju mnogo veći značaj kao organizacione jedinice nego u našem sistemu. U najvećem broju slučajeva reč je o čitavim posebnim organizacijama, ali se može desiti da postoje i velika odeljenja u okviru ministarstava i agencija. Takva odeljenja imaju veliku autonomiju u delovanju i odlučivanju, i raspolažu značajnim ovlašćenjima.

Paraprofessionals (poslovi logističke podrške)

To su radna mesta na kojima zaposleni obavljaju neke od dužnosti **stručnjaka i tehničara**, kao vid podrške obavljanju poslova iz tih grupa, a zahtevaju niži stupanj formalnog obrazovanja, obuke i znanja, a uz to moraju imati radno iskustvo koje se traži za **stručnjake i tehničare**. Ta grupa radnih mesta razvijena je radi poboljšanja statusa i razvitka karijere zaposlenih na logističkim poslovima, a u okviru koncepta "New Careers" (koncept novih zanimanja). U ovu grupu spadaju: bibliotekarski pomoćnik, pomoćnik istraživača, pomoćno medicinsko osoblje, pomoćno osoblje u službama za brigu o deci, pomoćno osoblje u službama za socijalni rad i drugi slični poslovi.

Office and Clerical (kancelarijski i činovnički poslovi)

To su radna mesta na kojima su zaposleni zaduženi za realizaciju unutrašnje i spoljne komunikacije (otprega pošte, primanje telefonskih poziva...), čuvanje i prikupljanje podataka i informacija, vođenje registara i delovodnika, obavljanje svih drugih kancelarijskih poslova. U ovu grupu spadaju: knjigovođe, kuriri, operateri kancelarijskih mašina (npr. fotokopiranje i umnožavanje, štampanje, skeniranje...), daktilografi, stenografi, sudski zapisničari, statistički službenici-anketari, dispečeri, dostavljači pismena i svi drugi slični poslovi.

Skilled Craft Workers (kvalifikovani zanatski radnici)

To su radna mesta na kojima zaposleni obavljaju poslove za koje su potrebne posebne veštine koje se stiču obrazovanjem, radom, obukom na poslu i završavanjem programa stručne prakse. U ovu grupu spadaju: mehaničari i serviseri, električari, mašinsti, stolari, kvalifikovani rukovaoci mašinskom opremom, slovoslagači i svi drugi slični poslovi.

Service Maintenance (poslovi održavanja)

To su radna mesta zaposlenih čiji rad doprinosi udobnosti, čistoći, sigurnosti i održavanju zgrada, postrojenja i javnih površina (ulica, trgova, parkova...). Zaposleni iz ove grupe mogu u svom radu upotrebljavati različite mašine. U ovu grupu spadaju: šoferi, čistačice, đubretari, vozači kamiona, vozači autobusa, baštovani, radnici u garažama i slični poslovi.

Osim navedenih sličnosti irskog sistema sa sistemom razvrstavanja radnih mesta u platne grupe u federalnim jedinicama SAD-a, ima i mnogih razlika, tj. specifičnosti svojstvenih isključivo irskom sistemu plata.

U Republici Irskoj je od 80-ih godina XX veka kolektivno pregovaranje o nivou zarada u čitavom javnom sektoru (državnoj upravi i javnim službama) objedinjeno u jedan proces i centralizovano. Pregovori se vode periodično svake tri godine između Ministarstva finansija kao predstavnika poslodavca (predstavnika države) i Kongresa irskih sindikata kao predstavnika radnika (u ovom slučaju predstavnika zaposlenih u državnoj upravi i javnim službama). Glavni faktori koji se uzimaju u obzir prilikom pregovora o povećanju nivoa zarada zaposlenih u državnoj upravi su: stanje i konkurentnost irske ekonomije u odnosu na ostale države sveta, visina javnih prihoda u prethodnim godinama, očekivani nivo inflacije za period od tri godine, očekivanja o rastu ili padu bruto društvenog proizvoda u Irskoj i stanje na opštem tržištu radne snage. Tokom pregovora o visini plata zaposlenih u državnoj upravi posebnu ulogu ima telo nadležnog za razvrstavanje radnih mesta i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama, pošto ono priprema predlog za određivanje budućeg nivoa zarada na osnovu analize stanja na tržištu radne snage u privatnom sektoru Irske i vrši poređenje nivoa plata za uopredive poslove (uporediva radna mesta) u privatnom i javnom sektoru Irske.

Osnovna plata u najvećem broju slučajeva u okviru irskog sistema plata u državnoj upravi predstavlja celokupnu (stopostotnu zaradu) zaposlenog, a dodaci na osnovnu platu koji je uvećavaju, gotovo i da ne postoje. Kada u retkim slučajevima službenik na svom radnom mestu pored poslova određenih (uobičajenih) za to radno mesto obavlja i neke dužnosti koje predstavljaju osnov za uvećanje zarade, to uvećanje se isplaćuje samo za dane u kojima su te specifične obaveze izvršavane, za razliku od postojećeg sistema u Srbiji u kome se dodaci na platu isplaćuju kao konstantan mesečni iznos.¹¹

Posebnost irskog sistema plata ogleda se i u tome da ukupna godišnja zarada zaposlenog u državnoj upravi zavisi od ocenjivanja rezultata rada zaposlenog. Irska je preuzela model prisutan u privatnom sektoru i na osnovu godišnjeg ocenjivanja rada zaposlenog, onim službenicima koji budu dobro ocenjeni, isplaćuje godišnji bonus za ostvarene rezultate rada, mimo iznosa osnovne mesečne plate. Takav sistem znatno je lakši za upravljanje i administriranje nego sistem u kome se na osnovu ocene rada u prethodnoj godini, podiže posebnim dodatkom zarada zaposlenom u narednoj godini.

¹¹ Takvih dodataka na osnovnu platu u Srbiji je do reformi sprovedenih 2006. godine u organima državne uprave bilo jako mnogo, a od tada su svedeni na minimum. Međutim, u javnim službama opstao je sistem brojnih dodataka na osnovnu platu i ti dodaci se isplaćuju svakog meseca kao konstantno uvećanje zarade, iako najčešće zaposleni ne radi celog meseca, ili cele godine u okolnostima koje opravdavaju takvo uvećanje. Osim toga, ima mnogo dodataka koji su potpuno neopravdani i predstavljaju način za veštačko uvećavanje zarada pojedinih zaposlenih u javnim službama.

Osim toga, tako se lakše kontrolišu i prate rashodi države prilikom isplate zarada, pošto se na početku godine u budžetu odrede ukupna raspoloživa sredstva za isplatu budućih bonusa, pa se ta sredstva raspodjeljuju u zavisnosti od ocene rada zaposlenih i broja službenika koji su po osnovu ocenjivanja zaslužili nagradu (bonus). Takav koncept onemogućava uravnilovku i neselektivno nagrađivanje zaposlenih pošto se unapred znaju raspoloživa sredstva za bonuse čime se onemogućava da se svi ocene dobro i svima podele bonusi iz neke rezerve (npr. budžetske rezerve) kao što je to prethodnih godina bilo prisutno u nekim javnim službama Republike Srbije.

U irskom sistemu plata zaposlenih u državnoj upravi Ministarstvo finansija nadležno je, ne samo za kontrolu, obračun i isplatu plata zaposlenih već i za određivanje i kontrolu broja zaposlenih u svim organima državne uprave.

III SISTEM PLATA U JAVNIM SLUŽBAMA IRSKE

Javne službe Republike Irske predstavljaju najvećeg poslodavca u toj državi. U njima radi oko 235000 zaposlenih što predstavlja 20% radno sposobnog stanovništva u Irskoj.¹² Javne službe Irske obuhvataju zaposlene u: organima jedinica lokalne samouprave, zdravstvenim ustanovama, prosvetnim ustanovama i sistemu odbrane (vojska i prateće strukture).

Broj i raznovrsnost radnih mesta u javnim službama Republike Irske je izuzetno velik. Prema izveštaju tela za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama koji je pripremljen i predstavljen 2002. godine, u javnim službama Republike Irske postoji 3994 različitih radnih mesta, koja su raspoređena u 138 platnih grupa.

Glavni princip prilikom određivanja visine zarada zaposlenih u javnim službama Republike Irske je da plata zaposlenog u javnoj službi, u slučajevima u kojima je to moguće, treba da bude određena u odnosu na uporedivi posao (radno mesto) u privatnom sektoru i da bude po iznosu jednaka zaradi u privatnom sektoru. Za radna mesta u javnim službama koja se ne mogu direktno uporediti sa odgovarajućim radnim mestom u privatnom sektoru, visina zarade se određuje tako što se sagleda i proceni položaj tog radnog mesta u organizacionoj strukturi javne službe i uporedi visina zarade po hijerarhiji sličnih radnih mesta u okviru javne službe i tako odredi vrednost tog radnog mesta i odgovarajuća plata. Na taj način, i takva radna mesta pri određivanju zarade održavaju posrednu vezu sa realnim uslovima na tržištu rada u Republici Irskoj.

¹² Report of the Public Service Benchmark Body, Stationery Office – Government Publication Office, Dublin, 2002, str. 9.

Ideja da prilikom određivanja nivoa zarada zaposlenih u javnim službama treba vršiti što preciznije poređenje sa nivoom zarada za konkretna i uporediva radna mesta iz privatnog sektora i da se treba truditi da ona dosegnu isti nivo, u Irskoj potiče još iz 50-ih godina XX veka. Na taj način želelo se da rad u javnim službama po privlačnosti postane jednak radu u uspešnim privatnim kompanijama. Sa druge strane, tako se uticalo na povećanje motivisanosti zaposlenih da ostvaruju dobre rezultate u okviru javnih službi i uticalo se na stvaranje takmičarskog, tj. konkurentskog duha među zaposlenima. Naravno, takav sistem praćen je efikasnim i uhodanim mehanizmom ocenjivanja rezultata rada zaposlenih u javnim službama i načelom da se na osnovu dobrih rezultata rada napreduje u službi, da se po tom osnovu dobijaju godišnji bonusi, dok se za loše rezultate rada plata umanjuje, a u najozbiljnijim slučajevima gubi posao.

Do 2000. godine Ministarstvo finansija Republike Irske samo je određivalo nivoe zarada zaposlenih u javnim službama, razvrstavalo radna mesta u odgovarajuće platne grupe i pratilo je kretanja na tržištu radne snage Irske. Od 2000. godine taj posao je poveren posebnom telu za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama. Reč je o nezavisnom telu sastavljenom od uvaženih stručnjaka iz oblasti ekonomije, prava i menadžmenta (menadžeri specijalizovani za upravljanje ljudskim resursima).

Prilikom poređenja nivoa zarada u privatnom i javnom sektoru Irske, telo za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada ne polazi od slobodne procene i diskrecione ocene o vrednovanju pojedinog posla u okviru javne službe i unutrašnje hijerarhije koja postoji u pojedinoj ustanovi, već pre poređenja tzv. uporedivih poslova (radnih mesta) iz privatnog i javnog sektora, vrši procenjivanje i rangiranje poslova. Kako bi se poslovi što egzaktnije i preciznije vrednovali, a zatim razvrstali, prethodno se sprovodi postupak njihovog ocenjivanja pomoću posebno osmišljene metodologije bodovanja. Preduslov za procenu vrednosti poslova pomoću sistema bodovanja bio je pravilno određivanje elemenata (faktora) koji mogu biti osnova za dodeljivanje određenog broja bodova za svaku vrstu posla tj. radnog mesta. Telo za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada razvilo je šemu bodovanja i ocenjivanja poslova koja se temelji na sedam osnovnih parametara (faktora) koji u većini slučajeva sadrže nekoliko dodatnih elemenata koji se boduju. Sistem bodovanja za procenu vrednosti poslova razvijen od tela za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada sadrži i koristi sledeće parametre:

1. Znanja i veštine
 - stepen stručne spreme (novo obrazovanja)
 - radno iskustvo

- obim i kvalitet znanja potrebnog za obavljanje posla
2. Odlučivanje
 - slučajevi i praksa
 - različitost problema
 - kreativnost i složenost
 3. Rukovođenje i timski rad
 4. Nadležnost i odgovornost
 - donošenje odluka
 - odgovornost za resurske koji se koriste u radu
 - uticaj posla na rad organizacije
 5. Složenost i obim komunikacije u okviru radne sredine
 6. Fizička sprema i koordinacija
 - snaga i izdržljivost
 - koordinacija i spretnost
 7. Uslovi rada i mentalna/psihička posvećenost (zahtevnost posla)
 - radno okruženje
 - mentalna/psihička posvećenost

Ocenjivanje vrednosti konkretnog radnog mesta vrši se tako što u razgovoru sa zaposlenima na određenom radnom mestu, osoba koja vrši bodovanje sprovodi intervju i popunjava tipski upitnik koji služi za prikupljanje relevantnih podataka o radnom mestu i na osnovu njih sprovodi vrednovanje radnog mesta. Po okončanju postupka vrednovanja radnih mesta, ona se razvrstavaju u platne grupe, a potom se vrši poređenje sa nivoom zarada u privatnom sektoru posle čega sledi tzv. nivelisanje (usklađivanje) visine zarada zaposlenih u javnim službama sa zaradama zaposlenih u privatnom sektoru.

IV MANE IRSKOG SISTEMA

Do otpočinjanja svetske ekonomske krize 2008. godine, Republika Irske navođena je u brojnim stručnim radovima i monografijama, ne samo kao primer države koja je na dobar i efikasan način uredila sistem plata zaposlenih u državnoj upravi i javnim službama, već i kao primer države koja je krajem 80-ih godina XX veka pronašla recept za uspešan izlazak iz velike ekonomske krize. Irski izlazak iz ekonomske krize bio je praćen

izuzetno brzim privrednim rastom tokom 90-ih godina XX veka, što je dovelo do toga da je Irska u prvoj dekadi XXI veka dostigla rezultat od 39000 eura bruto društvenog proizvoda po glavi stanovnika. Takvo stanje irske ekonomije omogućilo je sprovođenje sveobuhvatnih reformi u oblasti sistema državne uprave i javnih službi. Urađeno je i postignuto mnogo na planu profesionalizacije državne uprave, obuci i stručnom usavršavanju državnih službenika, racionalizaciji sistema rukovođenja, podizanju kvaliteta usluga koje su građanima pružali državni organi i javne službe, a paralelno sa tim značajno je povećan životni standard zaposlenih u organima državne uprave i javnim službama, što je dovelo do toga da je zaposlenje u javnom sektoru postalo jednako privlačno kao zaposlenje u uspešnim privatnim kompanijama. Usled takve situacije, određeni broj izuzetno stručnih pojedinaca prešao je da radi iz privatnih kompanija u javne službe.

U vremenu koje je predstavljalo blagostanje irske ekonomije stručna javnost je uglavnom hvalila osobine irskog sistema državne uprave i javnih službi, a u najvećoj meri kao dobar primer navođen je sistem plata koji je u mnogome podsećao na sistem plata prisutan u privatnom sektoru. Međutim, dolaskom ekonomske krize pokazalo se da taj sistem nije savršen i da se njegove mane mnogo lakše uočavaju u ekonomskoj krizi, nego u vremenu u kome su zbog ekonomskog blagostanja i visine javnih prihoda, svi nedostaci, ili neracionalnosti tog sistema, bili lako izbegavani, tj. zanemarivani trošenjem neophodnog, tada lako i jevtino dostupnog novca. Smanjenje javnih prihoda do koga je došlo nastupanjem svetske ekonomske krize, odmah je pokazalo da je glavna mana irskog sistema plata u državnoj upravi i javnim službama njegova „skupoća”, koja se nije ogledala samo u visoko propisanim nivoima zarada, već i u skupoći upravljanja tim sistemom.

Sa jedne strane, koliko god da je bilo socijalno opravdano da plate za uporediva radna mesta u privatnom i javnom sektoru budu po visini izjednačene, sa druge strane to nije bilo održivo i ekonomski racionalno na duže staze. Osim toga, prilikom uvođenja i primene principa izjednačenosti zarada u privatnom i javnom sektoru, sagledavane su samo njegove pozitivne strane koje su se svodile na mogućnost da se privuku najstručniji kadrovi za rad u državnoj upravi i javnim službama i da se moćni sindikati iz javnog sektora godinama drže umirenim. Međutim, zanemarivana je činjenica da usled mnogih specifičnosti rada, tj. radnog odnosa u državnoj upravi i javnim službama, plata zaposlenih državnih i javnih službenika može sasvim opravdano da bude ispod nivoa zarada zaposlenih u privatnom sektoru. Tako okolnost da je zaposlenje u javnom sektoru, po prirodi delatnosti koju taj sektor obavlja, dosta sigurnije i dugotrajnije nego u privatnom sektoru, jeste jedan od razloga koji navodi na zaključak da plate u javnom sektoru mogu biti nešto niže nego u privatnom. Osim toga, znatno povoljniji penzioni sistem za zaposlene u javnom sektoru u odnosu na

zaposlene u privatnom sektoru Irske, bio je kasnije (u vreme krize) argument za smanjenje nivoa zarada u javnom sektoru u odnosu na privatni.

Osim svega prethodno navedenog, treba imati u vidu da je razlog zapošljavanja radnika u privatnom sektoru komercijalne prirode, tj. da poslodavac zapošljava radnika kako bi na osnovu njegovog rada ostvario profit, dok u javnom sektoru poslodavac zapošljava radnika kako bi poslove državne uprave, ili poslove javnih službi vršio na što kvalitetniji, pravilniji i efikasniji način, bez potrebe da se pri tom ostvari ikakav profit u poslovanju. Takva razlika navodi se kao još jedan u nizu argumenata da za iste ili slične poslove, plate u javnom sektoru sasvim opravdano mogu biti niže nego u privatnom. Uprkos tome, u Irskoj je došlo do paradoksalne situacije da je nivo zarada u javnom sektoru u periodu od 1998. do 2008. godine, kada je reč o prosečnom nivou zarada, nadmašio zarade u privatnom sektoru za 25 do 30%.¹³ Takvo stanje bilo bi na duži rok neodrživo i bez svetske ekonomske krize, a do njega je postepeno došlo u periodu od 1989 do 2000. godine kada je društveni bruto proizvod u Irskoj rastao neverovatnom brzinom i kada je na osnovu toga, značajno povećan broj zaposlenih u javnom sektoru i njihove plate. Dovoljno je navesti primer da je zaposlenost u javnim službama u periodu od 1990 do 2000. godine u proseku rasla za 3,3% godišnje.¹⁴ Međutim, taj podatak sam za sebe nije bio problematičan pošto je u istom periodu udeo ukupnog broja zaposlenih u javnom sektoru Irske, u odnosu na ukupan broj zaposlenih u državi, pao sa početnih 19,4% iz 1990. godine, na 18,7% 2000. godine. Takav razvoj događaja bio je moguć zbog velikog rasta opšte zaposlenosti (posebno velikog rasta zaposlenosti u privatnom sektoru) u Irskoj tokom desetogodišnjeg perioda.

Poslednjih godina sam proces upoređivanja i nivelisanja nivoa zarada između uporedivih radnih mesta u privatnom i javnom sektoru (tzv. benchmarking proces) doveden je u pitanje, pošto se ispostavilo da Republika Irske ne može više da plaća troškove izuzetno obimnih i detaljnih stručnih analiza stanja na tržištu radne snage, na osnovu kojih se kasnije sprovodi nivelisanje nivoa zarada i razvrstavanje radnih mesta u platne grupe koje samo po sebi prouzrokuje nove administrativne i razne druge troškove.

Usled uočenih problema, Vlada Republike Irske uz pomoć irskog Institututa za javnu upravu, tela za razvrstavanje poslova i nivelisanje nivoa zarada u organima državne uprave i javnim službama i relevantnih sindikata,

¹³ Lyons R., Public Sector pay in Ireland & the €50,000 question: It's not that difficult, nalazi se na veb stranici: <http://www.ronanlyons.com/2009/02/04/public-sector-pay-in-ireland-the-e50000-question-its-not-that-difficult/>.

¹⁴ Report of the Public Service Benchmark Body, Stationery Office – Government Publication Office, op.cit, str. 40.

započela je proces reformisanja postojećeg sistema plata, a kako bi se on prilagodio novim ekonomskim uslovima koji iziskuju smanjivanje javne potrošnje. Prve inicijative za reformisnje sistema plata podnete su vrlo brzo po otpočinjanju krize 2008. godine, a kao reakcija na novonastalu situaciju i opšte smanjenje nivoa zarada.

Jedan od prvih reformskih poteza bio je smanjenje broja platnih razreda, što je automatski dovelo do smanjenja raspona u okviru platne skale, tj. do smanjivanja razlike između najniže i najviše plate u sistemu, čime je postignuta inicijana ušteda. Zatim se prešlo na prilagođavanje sistema bonusa. Sa pravne strane ti potezi su izvršeni izuzetno brzo, pošto je bila dovoljna samo promena podzakonskih akata koje donosi Vlada Republike Irske i izmena relevantnog kolektivnog ugovora. Mogućnost za brzo menjanje sistema jedna je od glavnih prednosti koncepta primenjenog u Irskoj koji podrazumeva da se zakonom koji uređuje plate u državnoj upravi i javnim službama propisuju samo najosnovnija pravila, dok se sve ostalo što može da predstavlja promenljivu okolnost uređuje podzakonskim aktima i kolektivnim ugovorima.

Kao što je prethodno rečeno, po ugledu na privatni sektor, u irskoj državnoj upravi i javnim službama još krajem 90-ih godina XX veka odustalo se od koncepta prema kome nivo dodataka na osnovnu platu zavisi od specifičnosti pojedinog radnog mesta, već visina dodatka zavisi od rezultata rada zaposlenog. U klasičnim sistemima plata nivo osnovne plate i iznos dodatka na osnovnu platu zavisio je od vrednovanja pojedinog radnog mesta, tj. od vrednovanja specifičnosti zadataka i dužnosti koje konkretno radno mesto obuhvata. Nov koncept polazi od stava da dodaci na osnovnu platu treba da zavise od vrednosti zaposlenog, zapravo od toga koliko zaposleni svojim zalaganjem, znanjima i veštinama doprinosti funkcionisanju organizacije u kojoj radi. Takav pristup dovodi do sistema u kome visina ukupne zarade zaposlenog zavisi od rezultata njegovog rada u prethodnoj godini i bonusa koji po tom osnovu dobije kao vrstu dodatka na osnovnu platu. Posmatrano iz čisto teorijskog ugla, opisani način određivanja nivoa zarada bi trebalo da bude privlačan za zaposlene, pošto bi njihovo zalaganje i rad bili adekvatno nagređeni u odnosu na one zaposlene koji rade manje ili lošije. Jedna od ideja prilikom uvođenja takvog sistema bila je i da će njegova primena povećati produktivnost rada u javnom sektoru. Međutim, u svakodnevnom životu, osim pozitivnih efekata, takav sistem ima i mnogobrojne nedostatke, koji su manje prisutni u privatnom, a izuzetno učestali u javnom sektoru. Najveći problem je očuvanje objektivnosti i tačnosti prilikom ocenjivanja rada zaposlenih, a posle više godina primene uočeno je da opada motivacija zaposlenih da se „bore” za godišnje bonuse. Delom je taj pad motivacije bio izazvan okolnošću da je nivo osnovnih plata u javnom sektoru Irske bio visok i da je omogućavao dobar životni standard.

V ZAKLJUČAK

Sistem plata u državnoj upravi i javnim službama Republike Irske, uprkos nedostacima koji su postali vidljivi usled nastupanja svetske ekonomske krize, može da bude dobar primer za srpskog zakonodavca i pokaže u kom pravcu treba da ide reforma sistema plata u državnoj upravi i javnim službama Republike Srbije. Pre svega, stari irski sistem plata iz 80-ih godina XX veka posedovao je sve nedostatke koje trenutno ima sistem plata u javnim službama Republike Srbije, a novi irski sistem pokazao je put za rešavanje takvih problema. Iskustva uočena u primeni irskog sistema plata i tokom njegovog cikličnog reformisanja i prilagođavanja novim ekonomskim uslovima u periodu od 1998. do 2012. godine, pokazala su da rešenja koja su preneti iz privatnog sektora, ne mogu biti uspešna na duže staze, čak i kada se propišu i primene u prilagođenoj formi. Izveden je zaključak da mehanizmi koji uspešno funkcionišu u privatnom sektoru mogu biti privremeno primenjeni kao prelazno rešenje u procesu reforme sistema plata u javnom sektoru, a da je zatim potrebno razvijati specifičan model prilagođen specifičnostima radnih odnosa u javnom sektoru i specifičnostima poslova koji se vrše u organima državne uprave i javnim službama. Sa druge strane, pokazalo se kao neophodno da svi poslovi iste vrste moraju biti jednako plaćeni bez obzira na organ državne uprave ili javnu službu u okviru koje se obavljaju, a kako bi se poštovao osnovni princip pravičnosti prema zaposlenima koji glasi: „ista plata za isti posao”.

Deo u kome bi srpski zakonodavac posebno mogao da se ugleda na Irsku je konciznost zakonskih odredbi i izuzetno važna uloga kolektivnih ugovora u postavljanju i funkcionisanju sistema plata. U dosadašnjoj praksi Srbije pokazalo se da obimni zakonski tekstovi imaju malo šansi za uspešnu, transparentnu, ujednačenu i doslednu primenu. Osim toga, po ugledu na Republiku Irsku srpski zakonodavac bi trebalo da smanji broj dodataka na osnovnu platu i u primerenoj meri uvede nagrađivanje zaposlenih prema ostvarenim rezultatima rada.

Cilj reformisanja pravnog okvira koji uređuje oblast obračuna i isplate plata zaposlenih u javnim službama Republike Srbije trebalo bi da bude stvaranje čvrstog pravnog osnova za funkcionisanje transparentnijeg modela koji će biti lakši za kontrolu i usklađivanje sa kretanjem ekonomskih pokazatelja na tržištu radne snage. Da bi se prethodno navedeni ciljevi ostvarili, neophodno je da neki novi zakon koji će urediti tu oblast propiše jedinstvenu skalu koeficijenata za obračun i isplatu plata svih kategorija zaposlenih u javnom sektoru. Bilo bi dobro, da po ugledu na rešenje iz Zakona o platama državnih službenika i nameštenika, osnovica za obračun i isplatu plata svih zaposlenih u javnom sektoru bude jedinstvena i propisana Zakonom o budžetu Republike Srbije. Takođe, trebalo bi ukinuti veliki broj

dodatnih koeficijenata, a uvećanja koeficijenata zadržati samo u slučajevima kada je reč o merljivim i opravdanim kriterijumima za njihovu isplatu (npr. slučajevi otežanih i specifičnih uslova rada na pojedinim radnim mestima).

Novi sistem plata u javnom sektoru Republike Srbije trebalo bi da bude koncipiran tako da visina plate u najnižoj platnoj grupi bude na nivou, ili neznatno iznad nivoa minimalne zarade u Republici Srbiji, a da visina plata u najvišim platnim grupama (plate rukovodilaca javnih službi – npr. plata direktora Nacionalne Službe za zapošljavanje, direktora Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje i sl.) mora biti uporediva (izjednačena) visini plata rukovodilaca državnih organa (predsednika Vlade, ministara, pomoćnika ministara i dr.).

LITERATURA:

1. Lyons R., Public Sector pay in Ireland & the €50,000 question: It's not that difficult, nalazi se na veb stranici:
<http://www.ronanlyons.com/2009/02/04/public-sector-pay-in-ireland-the-e50000-question-its-not-that-difficult/>.
2. O'Riordan J., A Review of the Civil Service Grading and Pay System, Institute of Public Administration in association with the Committee for Public Management Research , Dublin, 2008.
3. Report of the Public Service Benchmark Body, Stationery Office – Government Publication Office, Dublin, 2002.
4. Civil Service Regulation Act No. 46 of 1956, nalazi se na web-stranici:
<http://www.irishstatutebook.ie/1956/en/act/pub/0046>.
5. Šuput D., Razlozi za reformu sistema plata u javnim službama Republike Srbije, u: Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva (Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi), Beograd, Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, 2011, str. 545-554.
6. Šuput D., Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država, u: Pravni život. Časopis za pravnu teoriju i praksu 10/2006, Beograd, Udruženje pravnika Srbije, 2006, str. 403-424.

Dejan Šuput, Ph.D / Research Associate
Institute of Comparative Law

IRISH CIVIL SERVICE AND PUBLIC SERVICE PAY SYSTEM

- EXAMPLE OF GOOD PRACTICE -

Within this article the Civil Service and Public Service Pay System of the Republic of Ireland has been analyzed and presented in order to provide Serbia with the example of the good practice of legal regulation and management of such comprehensive pay system.

The existing Public Service Pay System in the Republic of Serbia is complex, which makes it costly to administer, and difficult to budget and control costs. It has a large number of coefficients in separate schedules, one for each service (with no clearly stated rationale for the differences in coefficients between similar jobs) and many allowances. These features involve considerable administration and make it difficult and costly to budget and control payroll costs. The system does not guarantee equal pay for equal work. The above characteristics of the present system result in cases where people doing the same job in different institutions can receive quite different total pay.

The Irish Pay System, both in the Civil Service and in the Public Service guarantee the application of principle equal pay for equal work, and it is much simpler, easier and cheaper to administer and run than the Serbian one. Because of that and many other positive elements Irish System could be an example of legislative and managerial practice which Serbia should follow in performing Public Service Pay System Reform.

The conclusion of the author of the article is that the one of the most valuable elements of the Irish civil service and public service pay system is the fact that it has a common pay and grading structure. This means that all departments and offices have the same approach to grading, with pay levels in respect of each grade determined centrally. The obvious rationale for these arrangements is to promote and preserve an independent and impartial civil service and public service.

Key words: *pay system, Ireland, civil service, pay groups, public service.*

Катарина Доловић*

Pregledni naučni rad
UDK: 347.235 (497.11)

СУСЕДСКО ПРАВО: ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И ОДНОС ПРЕМА СТВАРНИМ СЛУЖБЕНОСТИМА

Суседско право, с једне стране као стварно право на туђој ствари, а с друге стране као ограничење права својине у приватноправном интересу, код нас није позитивноправно регулисано. Имајући у виду значај овог права, које све више губи карактеристику «руралног» права и које ће, с обзиром на свој садржај и природу, добијати све већи значај са економским развојем друштва који неминовно доводи до потребе регулисања суседских односа насталих на темељу свеукупног развоја, посебно у градовима, ствара се потреба да оно и у Републици Србији буде законски детаљно регулисано. Суседско право је данас регулисано у свим модерним грађанским законцима. Уз законско регулисање суседског права намеће се и потреба његовог јасног разграничења од стварних службености.

***Кључне речи:** суседско право, ограничење права својине, стварне службености.*

УВОД

У одређивању појма суседског права поћићемо од тога да је, прво, суседско право стварно право¹ и то стварно право на туђој ствари² и друго, од чињенице да право својине данас није неограничено стварно право, јер у модерним правним системима не важи принцип

*Асистент Правног факултета Унверзитета у Београду, k.dolovic@ius.bg.ac.rs.

Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под називом „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске Уније / правни, економски, политички и социолошки аспект“.

¹ О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1999., 1 – Стварно право је субјективно грађанско право које се одликује тиме што је апсолутн о и као такво делује према свима /*erga omnes, contra omnes*/, односно тиме што за свој непосредни објект има ствар.

² *Ibid.*, 56, Стварна права се деле на: а/ право својине – стварно право на својој ствари, као најшире, у границама закона, право држања, коришћења и располагањаједном ствари, које се може истичати према свим трећим лицима и б/ стварна права на туђим стварима.

римског права о неограничености права својине /*libertas pro domino*/,³ јер сам живот захтева да право регулише и међусобно усклади индивидуалне интересе са јавним /општим/ интересима, а када је реч о суседским правима, многобројне индивидуалне интересе власника суседних непокретности.

Имајући у виду, с једне стране чињеницу да право својине није неограничено⁴, а с друге стране значај права својине, наметнула се потреба прописивања правних гаранција за заштиту права својине, које су двојачке, гаранције неповредивости права својине и гаранције под којима може доћи до одузимања и ограничавања права својине.⁵ Ове гаранције су последица уважавања правне сигурности титулара права својине, његових индивидуалних интереса, али истовремено и уважавање јавних интереса сваког друштва. Стога, ограничења права својине морају бити изричито законом прописана.

³ У нашем праву, као и у немачком и швајцарском, својина се третира као ограничено стварно право. У старијим законцима /*Code civil*/, за разлику од модерних грађанских законика, својина је у време њиховог доношења, сматрана неограниченим стварним правом, из ког разлога су суседска права као ограничења права својине, као и друга ограничења права својине, третирана као оптерећења права својине, односно као службености, у оквиру којих су издвајана као посебан део под називом законске службености, што је остало и до данас, о чему ћемо посебно говорити у овом раду.

⁴ Швајцарски грађански законик, чл. 641. и 680, најпре у општим одредбама прописује да је власник ствари слободан да њоме располаже онако како он сматра да је то погодно, али у оквиру законских овлашћења, да би потом посебан део законика био посвећен ограничењима права својине, у ком делу се истиче да законска ограничења права својине постоје без обзира да ли су уписана у земљишне регистре, те да се ова ограничења не могу изменити путем споразума осим уколико нису извршена у јавном интересу, односно да законска јавна ограничења својине не могу бити опозвана или измењена. Овај законик, чл. 680 – 703. као ограничења својине посебно наводи а/ ограничења отуђења – законско право прече куповине, б/ суседско право, ц/ право приступа и отклањања опасности и д/ јавноправна ограничења својине.

Француски «*Code Civil*», чл. 544. и 545, који је донет у време када се сматрало да је право својине неограничено право и који стога суседска права третира као законске службености, кроз каснија новелирања, по овом питању приближава се модерним грађанским законцима, тако што прописује да је својина право уживања и располагања стварју на најапстрактнији начин, али на начин који није забрањен законом и прописима, односно да нико не може бити присиљен да препусти своје право власништа, осим због неких јавних циљева и то за правичну претходну накнаду.

⁵ Устав Републике Србије /«Сл. гласник РС», број 98/2006/, чл. 58. и 86.

Закон о основним својинскоправним односима / «Сл. лист СФРЈ», бр. 6/80 и 36/90/ Закон о основама својинскоправних односа / «Сл.лист СРЈ», бр. 29/96 /, в. чл. 1 до 9. и чл. 82. до 856.

Д. Хибер, Право на мирно уживање имовине, облици његовог угрожавања и могућности поновног успостављања у југословенском праву, Право људских права, приредили К. Обрадовић и М. Пауновић, Београд 1996., 203.

Дакле, под ограничењем права својине подразумевају се само законом прописане границе у којима се уопште може постати титулар права својине на одређеним стварима и у одређеном обиму и у оквиру којих се могу вршити својинска овлашћења која произлазе из права својине.⁶ Из овако одређеног појма ограничења права својине, произлазе и његове карактеристике: а/ Ограничење права својине мора бити изричито прописано законом, дакле не може се претпостављати; б/ Ограничење права својине је ван појма права својине; ц/ Ограничење права својине је ван воље титулара права својине; д/ Ограничења права својине се могу односити на субјект својине, објект својине по врсти и обиму и на садржај својинских овлашћења.

Са аспекта овога рада сматрамо за битно да поменемо и једну од најчешћих подела ограничења права својине, наиме поделу на јавноправна и приватноправна ограничења права својине.⁷ Критеријум за овакву поделу ограничења права својине је преовлађујући интерес који је определио законодавца да пропише одређено ограничење права својине. Јавноправна ограничења прописана су у јавном /општем/ интересу, док су приватноправна ограничења прописана у интересу појединих титулара права својине. Заједничко је за обе врсте ограничења права својине да морају бити прописане законом. Међутим, док су норме којима се прописују јавноправна ограничења права својине императивне природе, садржане у низу закона и не могу се мењати вољом заинтересованих лица, норме приватноправних ограничења су диспозитивне природе, садржане у грађанскоправним законцима и могу се мењати вољом заинтересованих лица.

1. ПОЈАМ СУСЕДСКОГ ПРАВА

Суседско право у Републици Србији још увек није позитивноправно регулисано. Закон о основама својинскоправних односа не садржи одредбе о суседском праву /осим одредбе чл. 5. којим је прописана забрана штетних утицаја - имисија/, јер је у време

⁶ У правној теорији већи број аутора даје дефиницију ограничења права својине.

Д. Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998., 59.

З. Рашовић, *Стварно право*, Београд 2005., 108.

Р.Ковачевић – Куштрумић – М. Лазић, *Стварно право*, Ниш 2006., 103.

⁷ Д. Стојановић, 59. прави разлику између јавноправних и приватноправних ограничења права својине.

Р. Ковачевић-Куштрумић и М. Лазић, 103 - праве разлику између ограничења права својине у општем /јавном/ интересу и из приватноправних разлога.

његовог доношења у погледу стварноправних односа постојала подела надлежности између тадашње федерације /СФРЈ/ и република.⁸ Република Србија још увек нема нови законски пропис којим би били регулисани стварноправни односи, из ког разлога се, када је реч о суседском праву, још увек као правна правила примењују одредбе предратних грађанских законика.⁹

Под појмом суседског права судска пракса код нас подразумева «својеврсно ограничење својине кога намеће и обликује живот у зависности од ситуације и месних обичаја».¹⁰

У правној теорији дефиницијама суседског права најчешће се истиче да је ово право у основи законско ограничење права својине.¹¹ Када је реч о теоријскоправним дефиницијама суседског права запажа се да се акценат ставља или само на садржину суседског права или само на начин и повод за уређење суседских права, што је вероватно последица чињенице да суседском праву код нас није дат адекватан значај. Стиче се утисак да се суседско право третира као «рурално право», а не као право које намеће савремени живот и које ће све више

⁸ Републике у чијој је надлежности било, између осталог, и регулисање суседског права, нису донеле своје посебне законе. Међутим, данас су све бивше републике СФРЈ, осим Републике Србије, донеле законске прописе којима су регулисале стварноправне односе.

⁹ Примењују се правила Грађанског законика за Краљевину Србију и Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору, а на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. СГЗ је имао веома мали број одредби које су се односиле на суседско право, за разлику од ОИЗ који је много већу пажњу посветио суседском праву и који је јасно раздвајао суседско право од права стварних службености.

¹⁰ Одлука Врховног суда Србије, Рев. Бр. 2701/94, преузето из Т. Крсмановић, *Стварно право и промет непокретности* – прописи са судском праксом, Београд 2001., 208.

¹¹ М. Лазић, *Суседска права и злоупотреба права*, Београд 2011., 151, истиче «Суседско право је овлашћење власника једне непокретности да се користи суседном непокретношћу или да захтева од власника суседне непокретности одређено чињење, или уздржавање од вршења одређеног својинског овлашћења. Представља законско ограничење права својине».

Р. Ковачевић- Куштрумић - М. Лазић, 105, истичу да је «Суседско право законско овлашћење сопственика једне непокретности да се користи суседном непокретношћу или да захтева од њеног свакодобног сопственика неко чињење или уздржавање од нечега што би овај као сопственик по закону смео чинити»

Исту дефиницију даје и З. Рашовић, 357.

И. Бабић, *Основи имовинског права – Увод у грађанско право и стварно право*, Београд 2007., 241- “Суседско право је скуп норми којима је уређен однос власника блиских /суседних/ непокретности, чије је коришћење узајамно зависно због тога што се међусобно граниче или се према месним обичајима сматрају суседним”.

добити на значају. На овом месту сматрамо потребним да нагласимо да суседска права нису само специфичност континенталног права, већ да су присутна и у англосаксонском праву под називом «природна права».¹²

Код одређивања појма суседског права сматрамо да се акценат мора ставити на две карактеристике овога права, прво, на садржину суседског права као стварног права на туђој ствари и, друго, на његову правну природу, односно да је суседско право законско ограничење права својине и то у приватноправном интересу, које је прописано диспозитивним нормама грађанског права.

Суседско право дефинишемо као законско ограничење права својине, ограничење у приватноправном интересу, прописано грађанскоправним нормама, у циљу разграничења суседних непокретности и регулисања суседских односа поводом коришћења ових непокретности, која власницима суседних непокретности дају узајамна стварноправна овлашћења да могу захтевати уређење и разграничење непокретности, да се могу користити суседним непокретностима или да могу од власника суседне непокретности захтевати одређено чињење или уздржавање од нечега што би иначе имао право као власник.

Као значајне особености појма суседског права истакли бисмо: а/ Суседско право је законско ограничење права својине; б/ Ограничење права својине прописано у приватноправном интересу; ц/ Настаје непосредно на основу закона, што има за последицу да се не уписује у земљишне и друге јавне књиге; д/ Прописано је грађанскоправним нормама, дакле диспозитивним нормама, што има за последицу да титулари овога права суседске односе могу регулисати и на другачији начин али у оквиру закона; ф/ Постоји на непокретностима које се граниче или се сматрају суседним непокретностима по свом положају и месним обичајима, односно на непокретностима чије је коришћење узајамно зависно г/ садржај суседског права су стварноправна овлашћења власника суседних непокретности да могу захтевати

¹² A. D. Hargreaves, *An introduction to principles of land law*, Лондон 1936., 168, истиче да ниједна парцела земљишта није довољна сама себи и да коришћење једне парцеле увек зависи од њене позиције коју има у односу на другу парцелу и од поштовања свих других према правима која има власник парцеле, и у вези са тим указује на постојање природног права, наводећи као примере, ослањање тла једног власника на парцелу другог власника, на непрекинути ток воде, наглашавајући да се за њихово стицање, мисли на ова «природна права», не захтева неки посебан или изричит облик настанка.

R. J. Smit, *Property law*, Њујорк 1998., 474, указује да поред службености постоје и природна права која настају аутоматски, док службености захтевају одређени споразум.

уређење и разграничење непокретности, да могу користити суседне непокретности или да могу од власника суседне непокретности захтевати одређено чињење или уздржавање од нечега што би иначе имао право као власник; и х/ Ограничење својине код суседског права се односи на својинскоправна овлашћења, тачније на ограничења у вези са, прво, правом коришћења ствари и то употребом ствари као обликом коришћења ствари и, друго, правом располагања ствари и то фактичким располагањем ствари.

2. НАЧЕЛА СУСЕДСКОГ ПРАВА

Појединим особеностима суседског права требало би, по нашем мишљењу, дати значај начела суседског права, па би се у том смислу могло говорити о: начелу диспозитивности, начелу рестриктивности, начелу узајамности, начелу обостране корисности и начелу добросуседских односа.

а/ Начело диспозитивности - Начело диспозитивности произлази из чињенице да је суседско право законско ограничење права својине у приватноправном интересу, те да је, у вези са тим регулисано диспозитивним правним нормама. Ово начело даје могућност титуларима суседског права да своје суседске односе «оставе» на нивоу који је закон установио или да у оквиру законског регулисања конкретно суседско право ближе одреде у смислу начина вршења, свакако неизлазећи из законског оквира прописаног права.

б/ Начело рестриктивности - Начело рестриктивности вршења суседских права у већини законских прописа који регулишу суседско право добија посебан значај, а наиме, да је титулар суседског права у вршењу овога права дужан да поступа у складу са узајамном обзирношћу у суседском односу и на начин којим најмање шкоди власнику суседне непокретности, односно посебно наглашавају да је суседска права допуштено вршити само у мери и на начин да се тиме што мање ограничава, оптерећује или на други начин узнемирава власник суседне непокретности,¹³ односно да је титулар суседског права дужан да то право врши поштено и у складу са месним обичајима.¹⁴ Дакле, обавеза је титулара суседског права да у случају постојања више начина на које може вршити своје право, изабере онај

¹³ Закон о власништву и другим стварним правима Р.Хрватске, чл. 100. ст. 3.

¹⁴ Закон о својинско-правним односима Црне Горе, чл. 250. ст. 3.

начин који најмање шкоди суседу. «Суседско право полази од исте мере обзира за све суседе».¹⁵

ц/ Начело узајамности - Начело узајамности произлази из чињенице да се суседско право односи на непокретности које су узајамно повезане, најчешће и физички, због чега је и њихово коришћење узајамно повезано и зависно, а све у циљу коришћења свих тих непокретности у интересу свих титулара овога права. У том смислу, за титуларе суседског права важи да «оно што на једној страни губе ограничењем свога права својине према суседима, добијају на другој страни ограничењем суседовог права својине према њима».¹⁶

д/ Начело обостраног интереса - Начело обостраног интереса намеће обавезу титуларима суседског права да вршећи ово право не воде рачуна само о својим интересима, већ истовремено и о интересима свих суседа. «Суседско право као ограничење основног права у области имовинских односа, обавезује власника суседне непокретности да приликом вршења свога права својине не води рачуна само о својим интересима, него да то своје право врши на начин који одговара и његовом суседу, односно на начин који гарантује најрационалније коришћење обе суседне непокретности.»¹⁷ Суседско право, за разлику од службености, није конституисано у циљу стварања економске користи за једну страну, већ у циљу стварања таквих суседских односа у којима ће сви суседи-титулари суседског права најрационалније, а тиме и најеконичније, користити своје непокретности.

е/ Начело добросуседских односа - Начело добросуседских односа је истовремено и један од циљева који се жели постићи законским уређењем суседских односа. Потреба за уређењем суседских односа је последица чињенице постојања вештачког одређивања граница између суседних непокретности, као и нужности заједничког живота власника тих непокретности на одређеном простору. «Ограничења из суседског права су настала по неминовној нужности заједничког живота, у коме би искључиво право својине довело до апсурда и онемогућило заједнички живот. Вршење својинског права је стога нужно морало да буде ограничено узајамним обзирима произашлим из суседства.»¹⁸ Дакле, суседским правом се вршење права својине прилагођава заједничким условима живота на одређеном

¹⁵ Д. Стојановић, 95.

¹⁶ *Ibid.*, 110.

¹⁷ М. Тороман, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд 1978., 234.

¹⁸ Д. Стојановић, *op. cit.*, 95.

простору како би се прилагодио и усагласио већи број појединачних суседских интереса везаних за вршење права својине на суседним непокретностима.

«Циљ суседског права је заштита, очување и унапређење добросуседских односа, односно заштита обостраних интереса суседа, као власника непокретности».¹⁹ Ово начело изричито је прописано у појединим грађанским законима.²⁰

3. САДРЖИНА СУСЕДСКОГ ПРАВА

Садржина суседског права произлази из његовог појма. У правној теорији углавном постоји сагласност у погледу тога шта чини садржину суседског права.

Садржину суседског права представљају узајамна овлашћења која титулари овога права имају у односу на коришћење суседних непокретности у смислу несметаног коришћења тих непокретности и у вези са тим одржавања добросуседских односа. Ова узајамна овлашћења се у сваком конкретном случају за једну страну манифестују као право захтевати од друге стране одређено трпљење, пропуштање или чињење, а истовремено за другу страну обавезу трпљења, пропуштања или чињења, при чему се титулари овога права у суседским односима појављују као носиоци и права и обавеза у зависности од конкретне ситуације. Титулар суседског права осим власника суседне непокретности може бити и њен законити корисник. «Право да се од суседа захтева неко трпљење, пропуштање или чињење, које је признато по самом закону другом суседу, припада не само власнику већ и лицу које непокретност држи по основу права изведеног из права својине».²¹

Овлашћења, која произлазе из суседског права, као што смо напоменули морају имати законски основ, јер представљају законска ограничења права својине, уз напомену да власници суседних непокретности, имајући у виду диспозитивни карактер норми које регулишу приватноправна ограничења права својине, могу сами регулисати начин вршења сваког конкретног суседског права.

¹⁹ Д. Лазаревић, 391.

²⁰ Закон о својинско-правним односима Црне Горе у одредби чл. 250 ст. 2. прописује да је ималац суседског права дужан да, при вршењу тог права, поступа у духу добросуседских односа.

²¹ Д. Лазаревић, 384.

Поједини аутори сматрају да власници суседског права могу споразумно – уговором предвидети а/ друге облике суседског права, поред оних који су законом предвиђени као најчешћи и уобичајени и б/ другачији начин вршења суседских права која су већ предвиђена законом.²² Са оваквим ставом се не можемо у потпуности сложити. Наиме, неспорно је да титулари суседског права могу суседске односе уредити на другачији начин у погледу вршења суседског права, али остајући у оквиру садржаја законом прописаног конкретног суседског права. Уговарање других суседских права, по нашем мишљењу није могуће, јер би то значило да се уговара «садржина» међусобних права и обавеза која није прописана законом, па би се на тај начин изашло из оквира суседских права која, као законско ограничење права својине морају бити законом прописана и ушло у сферу стварних службености које подразумевају вољно регулисање међусобних права и обавеза.

Садржина суседског права може се посматрати као општа и посебна. Општа садржина суседског права представља узајамна законска овлашћења власника суседских непокретности у вези са коришћењем ових непокретности. Међутим, поред општег садржаја свако конкретно суседско право има и свој посебан садржај по коме се разликује од других суседских права, јер право захтевати одређено трпљење, пропуштање или чињење код сваког конкретног суседског права добија конкретан облик испољавања.

4. ВРСТЕ СУСЕДСКИХ ПРАВА

Правна теорија је сагласна у погледу тога шта чини садржину суседског права, али постоје разлике када се поједина суседска права, односно овлашћења која произлазе из конкретних суседских права, покушавају класификовати. Класификације суседских права у правној теорији за критеријум најчешће узимају посебне садржаје, па конкретна суседска права разврставају у више група, најчешће у четири или три групе, према сродности посебних обележја. Поједини аутори суседска права деле у четири групе: а/ суседска права која су последица разграничења непокретности; б/ суседска права која се састоје у праву свакодобног власника једне непокретности да на неки начин употребљава суседну непокретност; ц/ суседска права која се састоје у праву свакодобног власника једне непокретности да захтева од

²² М. Тороман, 235 - поред тога на истом месту истиче и да «Власници, односно корисници, суседних непокретности могу споразумно уредити своје суседске односе и одредити садржај суседских права другачије него што је то прописано законом».

свакодобног власника друге непокретности да своју непокретност употребљава у одређеном правцу и д/ суседска права која се састоје у праву свакодобног власника једне непокретности да захтева од свакодобног власника друге непокретности неко чињење.²³ Друга група аутора суседска права разврстава у три групе и то суседска права: а/ која регулишу забрану ометања суседа у рационалном и мирном коришћењу његове непокретности, односно вршењу права у вези с тим; б/ која регулишу права и обавезе у погледу граничних односа и ц/ која се манифестују у једностраном коришћењу власника једне непокретности другом, ради рационалнијег искоришћавања своје непокретности²⁴, или а/ која забрањују ометање суседа; б/ која карактеришу узајамност права и обавеза суседа и ц/ која карактеришу корелативност права и обавеза суседа.²⁵

Циљ овог рада није да се бавимо појединим конкретним суседским правима, тако да ћемо само напоменути да је Нацрт законика о својини и другим стварним правима Републике Србије из 2006/2008 године предвиђао већи број конкретних суседских права, сврставајући их у више поглавља²⁶ за разлику од закона бивших република СФРЈ који само прописују поједина суседска права без њиховог сврставања у посебне групе по сродности.²⁷

5. ПРАВНА ПРИРОДА СУСЕДСКОГ ПРАВА

Суседско право је по својој природи ограничење права својине и то законско ограничење права својине на непокретности прописано у приватноправном интересу, диспозитивним законским нормама.²⁸

²³ О. Станојевић – М. Орлић, 206; З. Рашовић, 358.

²⁴ Д. Стојановић, 95-96.

²⁵ М. Тороман, 235; М. Лазић, 154.

²⁶ а/ Међа и ствари на међи /уређење међе, ограда, зграда односно заједнички зид, бунар, дрво/, б/ Гране и жиле дрвета шуме и засади /гране и жиле дрвета, шуме и засади/, ц/ Нужни пролаз и друга нужна права / право нужног пролаза, друга нужна права/, д/ Приступ суседној непокретној ствари и употреба, е/ Поткопавање, одрон, рушење, ток воде, кишница /забрана поткопавања, опасност од одрона и рушења, забрана мењања природног тока, одвођење кишнице/ и ф/ Шкодљиви утицаји

²⁷ Од бивших република СФРЈ само Закон о власничко-правним односима Федерације БиХ задржава концепцију Закона о основама својинско правних односа и не регулише суседска права, осим чл. 9 у којем говори о заштити од штетних имисија.

²⁸ 1/ А. Гамс у сарадњи са М. Петровићем, *Основи стварног права*, Београд 1980., 80-81, «Овде није реч о јавноправним / административним и финансијскоправним/ ограничењима својине. Но то није облигациони однос међу суседима, не ствара потраживање и дуг у имовини суседа. Додуше могу настати облигациони односи /накнада штете, неосновано обогаћење/, али то је већ последица, а не садржина суседских права. Није то ни законска службеност... Она су истовремено атрибут

Дакле, као законско ограничење права својине, суседско право се везује искључиво за непокретност и представља стварно право на туђој ствари.

Суседско право има стварноправни карактер. Стварноправни карактер суседског права најпре се огледа у чињеници да оно има апсолутно дејство / дејство *erga omnes*/, односно делује према свим свакодобним власницима суседних непокретности. Наиме, титулар суседског права може ово своје право вршити против сваког лица у чијим рукама се нађе суседна непокретност. Стварноправни карактер суседског права произлази из чињенице да промена власника суседне непокретности не доводи до престанка суседског права, већ само до промене његовог титулара. Непосредни објект суседског права је туђа непокретна ствар.

Код разграничења непокретности, као и код употребе суседне непокретности, јасно је видљива непосредна правна власт на туђој ствари, али она постоји и у случају захтева према власнику суседне непокретности да нешто чини, односно да се уздржи од чињења, јер правна власт на ствари не значи само право на њену непосредну употребу, већ значи и право да се непосредно утиче на одлуку да ли ће она бити употребљена или не.

Суседско право је и акцесорно право, јер са променом власника суседне непокретности истовремено се врши и промена титулара суседског права, односно, суседско право је нераскидиво повезано са правом својине на непокретности. Дакле, намеће се закључак да је оно само за себе непреносиво, јер се преноси само са преносом суседне непокретности на коју се односи, односно за коју је везано.

Суседско право је недељиво, оно представља терет за целу суседну непокретност, независно од тога да ли суседна непокретност представља искључиву својину једног субјекта, или сусвојину или пак представља заједничку својину.

грађанскоправне својине на непокретностима који намеће суседима међусобна ограничења њихових својина у циљу бољег економског искоришћавања предмета тих својина.»

Д. Стојановић, 95, « У погледу правне природе суседског права не постоји заједничко решење у кодификацијама грађанског права. Неки кодекси /Code civil/ суседскоправне одредбе поистовећују и заједнички регулишу са стварним службеностима, док Немачки и Швајцарски грађански законик суседскоправне одредбе третирају као ограничење садржине права својине. Други став је исправнији. Између стварних службености и суседског права постоје суштинске разлике».

Дакле, суседско право је, као стварно право на туђој непокретној ствари право *sui generis*, које се по својој природи разликује од свих других стварних права, како од права својине као стварног права на својој ствари, тако и од других стварних права на туђој ствари и које као такво има посебно место у систему стварних права.

6. ОДНОС СУСЕДСКОГ ПРАВА И СТВАРНИХ СЛУЖБЕНОСТИ

У анализи суседског права и стварних службености поћићемо најпре од дефиниција ових права. Навели смо да је суседско право законско ограничење права својине, прописано грађанскоправним нормама, у циљу регулисања суседских односа поводом коришћења суседних непокретности које власницима суседних непокретности дају узајамна стварноправна овлашћења да могу захтевати уређење и разграничење непокретности, да могу користити /употребљавати/ суседне непокретности и да могу од власника суседне непокретности захтевати одређено чињење или уздржавање од нечега што би иначе имао право као власник. Сматрамо довољно прецизном дефиницију стварних службености по којој је «Стварна службеност право свакодобног власника једне непокретности /повласно добро/ да на одређен начин и у одређеној мери користи туђу непокретност /послужно добро/ без обзира ко је њен власник, или да свакодобном власнику послужног добра забрани да се њиме у одређеном правцу користи».²⁹

Из оваквог појмовног одређивања наведених права, најпре се намећу њихове сличности. Суседско право и стварне службености су стварна права на туђој непокретној ствари. Њихов стварноправни карактер, поред осталог, произлази из чињенице да она имају апсолутно дејство према свим трећим лицима, да она не престају, нити се мењају променом власника непокретности, већ се само мења њихов титулар, односно да њихов титулар има непосредну правну власт на суседној непокретности, односно на послужном добру. Осим тога, као што смо већ истакли, и суседско право и стварне службености су непреносива стварна права на туђој ствари и истовремено су и недељива права, јер се простиру на «целој» непокретности, независно од тога да ли је непокретност у режиму искључиве својине, сувојине или заједничке својине.

Када је реч о садржини суседског права и стварних службености, уочљиво је да постоје одређене сличности, али и разлике. Садржина суседског права се своди на стварноправна овлашћења власника

²⁹ О. Станковић – М. Орлић, 180.

суседних непокретности да могу захтевати уређење и разграничење непокретности, да могу употребљавати суседну непокретност и да могу од власника суседне непокретности захтевати одређено чињење или уздржавање од чињења нечега што би он као власник иначе имао право да чини, док садржину стварних службености чини право власника једне непокретности да може користити другу непокретност, односно да од власника друге непокретности може захтевати да је не користи у одређеном правцу.³⁰ Дакле, садржина суседског права је шира од садржине стварних службености, јер поред овлашћења која су истоветна за оба права / употребљавати - користити туђу непокретност и захтевати од власника суседне непокретности, односно од власника послужног добра, да се уздржи од нечега што би иначе имао право/, садржи и овлашћења која су везана за разграничење непокретности, али и за захтев власнику суседне непокретности за одређеним чињењем, што је изван садржаја стварних службености. Наравно, разлика је и у томе што су права и обавезе код титулара суседског права узајамна, док код стварних службености увек постоји повласно и послужно добро.

Чињеница да се садржај суседског права и стварних службености у једном делу поклапа,³¹ без обзира што постоје и битне разлике, недвосмислено указује на потребу да се критеријум за разграничење ова два права не може тражити у сличности садржине ових права. Сматрамо да се критеријум за јасно разграничење ових права мора тражити у њиховој правној природи, односно да се критеријум њиховог разликовања мора узети за начин њиховог настанка.

Суседска права, како смо то више пута поновили, представљају законско ограничење права својине, дакле, настају на основу закона, односно независно од воље власника непокретности на које се ово право односи. Службености, самим тим и стварне службености, настају као последица изражене воље титулара права својине на конкретним непокретностима. Сматрамо да се, не само из термилошких разлога, већ управо из суштинских разлога, мора правити разлика између ограничења и оптерећења права својине. Ограничење права својине је

³⁰ Нацрт законика из 2006/2008 је у чл. 308 ст. 1 проширивао садржај стварних службености прописујући још једну тзв. негативну службеност, а наиме, да власник повласног добра може захтевати од власника послужног добра да трпи употребу повласног добра на одређен начин и у одређеној мери коју би иначе имао право да забрани. Више о овоме Р. Ковачевић- Куштрумић у «Новине у садржини права стварне службености у Нацрту законика о праву својине и другим стварним правима», *Актуелна питања грађанске кодификације*, Зборник радова, Ниш, 2008. 30/ Постоје и друге разлике чије указивање превазилази потребе рада.

³¹ R. J. Smith, 473, указује да су нека природна права, мисли се на садржај, идентична службеностима.

могуће само на основу закона, а сви други терети на непокретности, који нису законом прописани и који самим тим и не представљају ограничења права својине, последица су воље власника непокретности и у том смислу могу представљати оптерећење права својине. Стога, суседско право настаје непосредно на основу закона и представља законско ограничење права својине, док је за настанак службености, дакле и за настанак стварне службености, поред законског основа, који не представља ограничење права својине, већ само могућност за настанак стварних службености, потребна и јасно изражена воља власника конкретне непокретности, што јасно указује да стварне службености нису ограничење права својине, јер ограничења права својине произлазе непосредно на основу закона, већ оптерећење права својине с обзиром да је закон само посредни основ, могућност, док је непосредни основ правни посао, најчешће двострани, али може бити и једностран и то, прво, кад је воља изричито исказана / тестамент – завештање/ и друго, кад је воља прећутно исказана / одржај.³²

На овом месту морамо се вратити на питање диспозитивности суседског права, односно на могућност да се законом прописана суседска права вољом њихових титулара могу мењати у погледу начина вршења, односно на питање односа оваквог вољног поступања титулара суседских права, с једне стране, и титулара права стварних службености као вољних оптерећења непокретности, с друге стране. Наиме, могу се поставити питања, прво, да ли се титулари суседског права могу одрећи овога права и друго, да ли поводом истоветног садржаја могу истовремено егзистирати и суседско право и стварна службеност. Сматрамо да се титулари суседског права не могу одрећи суседског права, јер је то законско ограничење права својине које је ван њихове воље. Титулари суседског права могу се одрећи само појединих захтева који произлазе из суседског права, а не и самог права, али тиме настаје облигационоправни однос који везује само уговорна лица. Дакле, у овом случају суседско право и даље постоји, само се не врши, али са променом власника суседних непокретности гаси се настали облигационоправни однос.

Уговарање другачијег начина вршења конкретног суседског права не значи настанак стварне службености, ако се и даље остаје у оквирима конкретног законског ограничења права својине.³³ Међутим,

³² М. Ведриш, *Основи имовинског права*, Загреб 1983., 177, истиче « Разлика између ограничења и оптерећења права власништва је у томе што код ограничења нема, а код оптерећења увек има правног односа ».

³³ Мађарски грађански закон из 1959. године одредбом чл. 106 је прописивао могућност да власници суседних непокретности могу предвидети и друга ограничења која нису

постојање конкретног суседског права не искључује могућност да се садржајно исти односи истовремено регулишу и стварном службеношћу. То ће бити случај када закон у оквиру конкретног суседског права прописује и обим суседског права, а суседи желе да «помере» прописану законску границу, што могу учинити установљавањем стварне службености или облигационоправним уговором.³⁴ Дакле, неопходно је разликовати уговор којим се на другачији начин регулишу суседских односи у оквиру законског оквира од уговора којим се заснивају стварне службености.

7. ОДНОС СУСЕДСКОГ ПРАВА И ТЗВ. ЗАКОНСКИХ СЛУЖБЕНОСТИ

У нашем систему стварних права не постоје законске службености, јер Закон о основама својинскоправних односа не само што не познаје овај термин, већ и не предвиђају могућност настанка стварних службености на основу закона.³⁵

Да би смо одредили однос суседских права и тзв. законских службености, морамо најпре размотрити шта су то заправо законске службености, односно шта се то под законским службеностима подразумева у појединим правним системима.³⁶ Кључ за одговор на ово питање налази се у схватању појма својине, односно да ли се својина схвата као неограничено или као ограничено стварно право. Старији правни системи и стари грађански законици, посебно француски Code civil, који су настајали у раним фазама стварања буржоаских држава, полазили су од концепта да је својина неограничено стварно право, па су у том смислу, код нужне потребе да регулишу суседске односе, прибегавали «правној конструкцији» законских службености. Дакле, у овим правним системима се сукоб «неограничености права својине» и потребе за законским прописивањем ограничења права својине, тиме и прописивањем конкретних суседских права, решавао на тај начин што су норме које су регулисале ограничење права својине, па и суседске односе, сврставане у део законика о службеностима, а пошто је била очигледна разлика између њих и стварних службености које су засниване на основу слободне воље титулара називане су законске

законом прописана. Сматрамо да власници суседних непокретности не могу предвидети и «друга ограничења», јер се ограничења могу прописати само законом.

³⁴R. J. Smith, 473 истиче да се службеностима може постићи оно што не може «природним правом».

³⁵В. чл. 51. и 53. Закона о основама својинско правних односа.

³⁶Већ смо истакли да савремени грађански законици као што су немачки, швајцарски и италијански не познају законске службености.

службености. У нашој старијој правној литератури полазило се од сличног концепта законских службености.³⁷

Као што смо већ нагласили, новији грађански законици који су настајали у време када је својина неминовно третирана као ограничено стварно право не познају законске службености. Када је реч о суседским односима, регулишу их диспозитивним нормама којима се ограничава право својине у приватноправном интересу. При томе, остаје јасна разлика између ограничења права својине у приватноправном интересу и ограничења права својине у јавном /општем/ интересу, уз напомену да су ова друга ограничења права својине по правилу регулисана императивним нормама садржаним у већем броју других законских прописа.

Термин «законске службености» не одражава правну природу стварних службености,³⁸ јер службености, као стварна права на туђој ствари, представљају вољно оптерећење права својине, односно настају искључиво на основу воље власника непокретности, а не на основу закона. На основу закона могу настати само ограничења права својине, а не и службености као вољно оптерећење права својине. Друго, ако се анализира садржај законских одредби које се подводе под појам «законских службеностима» може се закључити да се ради о класичним ограничењима права својине. Према томе, законске службености нису службености, већ ограничења права својине.

³⁷ Л. Марковић, *Грађанско право*, прва књига, Општи део и стварно право, Београд 1927., 447 - указује да се законске службености оснивају на основу законског прописа, указујући истовремено да код законских службености од сопственика послужног добра не зависи заснивање службености, већ се службеност заснива без обзира на његову вољу. Такође посебно наглашава «Пошто се законским службеностима ограничава право својине, које је по својој природи једно неограничено право, то се може признати постојање законске службености само у оним случајевима када их је грађански закон изричито предвидео».

³⁸ Француски *Code civil* у одредби чл. 639 прописује да стварне службености произлазе из а/ природног положаја непокретности, б/ или се установљавају законом, в/ или пак уговором између власника непокретности. Када говори о службеностима које су установљене законом овај законик у одредби чл. 649 прави разлику између службености које су установљене законом због постојања јавног интереса или опште користи и службености које су установљене због интереса или користи појединца. Дакле, и у овом Законику се препознају одредбе суседског права, али које се из разлога које смо навели третирају као «законске службености», односно ограничења која произлазе из «природног положаја непокретности».

8. ОДНОС СУСЕДСКОГ ПРАВА И ТЗВ. ПРИНУДНИХ СЛУЖБЕНОСТИ

Термин «принудне службености» познаје италијански *Codice civile* који разликује норме суседског права које непосредно ограничавају право својине /конкретна суседска права/ и норме које посредно ограничавају право својине уз испуњење законом прописаних услова, нпр. када се власник једне непокретности налази у стању нужде и када је власник друге непокретности по закону дужан да трпи ограничење права својине на својој непокретности. Међутим, Италијански грађански законик ове «службености» које настају као последица испуњења једне законске обавезе не назива законским службеностима, већ принудним службеностима.³⁹

По нашем мишљењу овде се не ради о стварној службености, без обзира како бисмо је термилошки назвали, из простог разлога јер нема вољног поступања власника суседних непокретности. Дакле, у питању је законско ограничење права својине.

Када је реч о ограничењу права својине, мора се правити разлика између самог прописивања ограничења и његовог дејства. У конкретном случају ограничење права својине је прописано непосредно законом, али очигледно дејство ограничења није непосредно као што је то случај када закон прописује конкретна суседска права, већ тек након одлуке суда. Међутим, у овом случају ипак се ради о суседском праву, а не о стварној службености и то без обзира на посредно дејство предметног ограничења. Ово из разлога, јер се ради о законском ограничењу права својине, који нема значај конкретно прописаног суседског права, али су законом прописани услови који морају бити испуњени да би оно постојало. Улога суда је само да оцени постојање законом прописаних услова да би већ прописано законско ограничење добило правно дејство. Очигледно, прописивање наведеног ограничења у Италијанском грађанском законнику је инспирисано жељом законодавца да, поред осталог, «покрије» све будуће случајеве које није предвидео и прописао као конкретна суседска права.⁴⁰

На овом месту само ћемо напоменути да између тзв. «принудних службености» и појединих одредби Закона о основама својинско-правних односа постоји одређена сличност, али детаљнија анализа превазилази потребе овога рада. Наиме, одредбом чл. 51 наведеног

³⁹ Италијански грађански законик, в. чл. 1032.

⁴⁰ Више о овоме Д. Стојановић, Позитивно правна ограничења приватне својине, стр. 38-39

закона је прописано да се стварна службеност, поред осталог, заснива и одлуком државног органа, док је одредбом чл. 53 ст. 1 истог Закона прописано да се одлуком суда о деоби ствари или одлуком другог државног органа стварна службеност установљава када власник повласног добра у целини или делимично не може користити то добро без одговарајућег коришћења послужног добра, као и у другим случајевима одређеним законом.

ЗАКЉУЧАК

Суседско право је законско ограничење права својине прописано грађанскоправним нормама у циљу разграничења суседних непокретности и регулисања суседских односа поводом коришћења ових непокретности, која власницима суседних непокретности дају узајамна стварноправна овлашћења да могу захтевати уређење и разграничење непокретности, да могу користити суседне непокретности или да могу од власника суседне непокретности захтевати одређено чињење или уздржавање од нечега на шта би иначе као власник имао право.

Суседско право као законско ограничење права својине разликује се од јавноправних ограничења својине, јер представља ограничење права својине у приватноправном интересу, а као стварно право на туђој ствари разликује се од других стварних права на туђој ствари, како од оних која такође представљају ограничење права својине у приватноправним интересу / законско право прече куповине/, јер уз специфичну садржину и природу, подразумева узајамна овлашћења титулара поводом коришћења суседних непокретности, тако и од оних која по својој природи не представљају ограничење права својине, већ вољно оптерећење права својине /стварне службености/.

Katarina Dolović,
Faculty at Law,
Belgrade

NEIGHBOUR RIGHT CONCEPT, CHARACTERISTICS AND RELATION TO REAL SERVITUDE

Neighbour right, the real right to another's property on one hand, and limitation of property right in an private interest, on the other, is not regulated in a lawfully positive manner. Given the importance of this right which increasingly loses the characteristic of "rural" law and which will, considering its contents and nature, gain in importance with the economic development of the society that makes it necessary to regulate the neighbouring relations emerging from the basis of an overall development, especially in the cities, there is a need that this right should be legally regulated in detail in the Republic of Serbia too. Neighbour right is today regulated in all modern civil codes. In addition to the legal regulation of the neighbour right, there is a need that it should be clearly demarcated as regards the real servitude.

Key words: *neighbour right, limitation of ownership, real servitude*

Željko Đ. Bjelajac
Milan Počuča
Miloš Marković,
Privredna Akademija Novi sad

Pregledni naučni rad
UDK: 349.6 (4-672EU)

POLITIKA EU U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE S OSVRTOM NA KRIVIČNO-PRAVNE ASPEKTE I ULOGU PORODICE U RAZVOJU EKOLOŠKE SVESTI

Ugrožavanje životne sredine i njena zaštita predstavljaju višedecenijski problem čovečanstva. Nestajanjem harmonije između prirode i čoveka, stvorile su se raznovrsne i brojne opasnosti, koje degradiraju dosadašnja civilizacijska dostignuća, nanose veliku štetu ljudima, njihovom životu i zdravlju, telesnom integritetu i mnogim drugim vrednostima. Stoga značaj zaštite životne sredine nameće se kao najvažniji globalni izazov modernog društva. Zato različita pitanja iz oblasti životne sredine ili u vezi s njom, zauzimaju znatan deo aktivnosti EU, koja u poslednje vreme preduzima sveobuhvatnije i intenzivnije političke akcije u ovom domenu. Ekološki kriminal se danas smatra ozbiljnom i široko rasprostranjenom pojavom, koja se mora suzbijati na nadnacionalnom nivou. U tom pravcu krivično-pravna zaštita životne sredine je krajnja, ali ujedno veoma efikasna i više nego nužna mera. Istovremeno, uloga porodice kao osnovne ćelije društva se proširuje, te u pogledu razvoja ekološke svesti, porodica zauzima posebno mesto, osobito u formiranju zdravih i ekološki odgovornih ličnosti.

Ključne reči: životna sredina, ugrožavanje životne sredine, zaštita životne sredine, ekološki kriminal, ekološka svest.

UVOD

Današnje vreme obiluje nizom kontradiktornosti. S jedne strane savremeni urbani, privredni, ekonomski razvoj i uopšte tehnološki napredak do neslućenih razmera, uz primenu novih tehnologija, omogućio je čovečanstvu bolje i humanije uslove života i rada. Međutim, s druge strane, takvim aktivnostima drastično je narušena harmonija između prirode i čoveka, sa kojom je čovek kao i sva druga živa bića, od početka svog postojanja, vezan tesnim i neraskidivim vezama. Naime, zagadjenost osnovnih prirodnih resursa živog sveta, odnosno industrijsko zagadjenje

vazduha i vode, neplanska, tj. nekontrolisana seča šuma i pretvaranje tog prostora u poljoprivredno zemljište, globalno zagrevanje planete i promena klime, veliko nagomilavanje raznog otpada u sva tri agregatna stanja, uključujući i radioaktivni, uništavanje pojedinih vrsta biljnog i životinjskog sveta, samo je deo negativnih posledica čovekovih "samoubilačkih" aktivnosti, koje degradiraju dosadašnja civilizacijska dostignuća, ozbiljno ugrožavajući njegov opstanak.

Imajući u vidu navedeno, sve više preovlađuje svest o potrebi zaštite životne sredine, koja se manifestuje prevashodno u traženju puteva i načina kojima bi se čovek uskladio sa prirodom koja ga okružuje. To shvatanje zapravo jeste obezbedjenje neophodnog preduslova za opstanak čoveka, tj. društva u celini.

Takav stav kao jedan od primarnih globalnih principa očuvanja životne sredine, promovisan je tzv. Rio Deklaracijom UN o životnoj sredini i održivom razvoju, usvojenoj na Konferenciji UN u Rio de Ženeiru 1992. godine. U navedenoj Deklaraciji se na nedvosmislen način podrazumeva da se struktura i dinamika ljudskih delatnosti obavezno mora prilagoditi strukturi i dinamici životne sredine, tako da se zadovoljenjem potreba sadašnjih generacija ljudi, ne ugrožava pravo i mogućnost budućih generacija na povoljne uslove života.

Značaj zaštite životne sredine, u domenu ekološke politike EU, potenciran je kao deo evropskog pravnog nasledja, još od početka 70-ih godina prošlog veka, dobivši u osnivačkim ugovorima EU mesto u Jedinstvenom evropskom aktu 1987. godine. Danas propisi iz ove oblasti čine gotovo trećinu pravne tekovine EU.

U cilju pooštavanja odgovornosti pojedinaca, pravnih lica, organizacija sa multinacionalnim karakterom, međunarodnih organizacija u oblasti očuvanja, uređenja, unapređenja i zaštite životne sredine, uključujući i same države, u međunarodnim okvirima, vrlo brzo se došlo do saznanja da osim građansko-pravne odgovornosti treba postaviti i osnove krivične odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana životnoj sredini. Usvajanjem Konvencije o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava, uspostavljena je po prvi put sveobuhvatna krivično-pravna zaštita životne sredine u međunarodnim razmerama.

U formiranju ekološke kulture savremenog čoveka značajnu ulogu ima sistem ekološkog obrazovanja i vaspitanja, gde se definiše i razvija ekološka svest o osnovnim karakteristikama čovekove sredine, odnosno prema njoj, njenoj zaštiti i očuvanju, racionalnom korišćenju prirodnih resursa, uz obavezno razvijanje kritičkih stavova o permanentnoj degradaciji životne sredine.

Porodica je nesumnjivo najvažniji faktor vaspitavanja mladih i u domenu razvoja ekoloških vrednosti svojih članova. Naime, odnos dece prema životnoj sredini mora biti izgrađen još u najranijem uzrastu gde se razvija svest o tome koliko je priroda značajna za čovečanstvo i kako pojedinac može da utiče na očuvanje zdrave okoline. Ekološko vaspitanje je deo "domaćeg vaspitanja" koje svaka osoba stiže u porodici još od najranijeg detinjstva, što naposljetku predstavlja osnovu za formiranje zdravih i društveno odgovornih ličnosti.

1. ZNAČAJ ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Zagađenost životne sredine i njena zaštita predstavljaju višedecenijski problem čovečanstva. U poslednje vreme sve jasnije dolaze do izražaja činjenice da je životna sredina ugrožena gotovo do ivice alarmantnog stanja, da zdrave životne sredine nema previše, te da se jednom poremećeni ekološki odnosi teško mogu izbalansirati i dovesti u prvobitno stanje.

Narušavanje ekološke ravnoteže nastaje kao posledica čovekove radne delatnosti, kojom čovek "prisvaja" prirodu i stvara proizvode. Pri tom, ne dolazi samo do poremećaja ekološke ravnoteže i ekosistema, već i do ugrožavanja integriteta čoveka i njegovog opstanka. U ovom, XXI veku, društvo se suočava sa sledećim globalnim problemima: -oštećenjem biosfere i njenim ekosistemima, -ogromnim brojem stanovnika-preko 6 milijardi sa prognozom udvostručavanja do 2020. godine, -iscrpljivanjem i umanjnim količinama mnogih izvora mineralnih i energetskih sirovina, -zagadjenjima i degradacijom medijuma vazduha, vode i zemljišta, - globalnim promenama klime, -uništenim vrstama biljnog i životinjskog sveta i daljim ugrožavanjem biodiverziteta, -beskućništvom 1/4 svetskog stanovništva, -oštećenjima ljudskog zdravlja i ugrožavanjima života, -velikim količinama otpada u sva tri agregatna stanja i sl. Opstanak ljudskih zajednica je u prošlosti veoma često bio ugrožen prirodnim katastrofama, epidemijama, ratovima, oskudicom hrane i drugim uticajima, koji su međutim, uvek bili prostorno ograničeni. Za razliku od egzistencijalnih kriza prošlosti, krize današnjice ne potiču od prirodnih nepogoda, koje su prostorno ograničene, već od globalnog nesklada u idejno-materijalnom smislu čitave industrijske civilizacije. Do sada čovek nije bio u stanju da stvori jedan idealan sistem civilizacije i izbegne krizna stanja tog sistema.¹

Naučno-tehnološki razvoj dostigao je kulminaciju poslednjih decenija prošlog veka. Te revolucionarne promene, s jedne strane, unapredile su sve

¹ Goran Rajović, "Ekološka svest kao osnova održivog razvoja ruralnih prostora Crne Gore", *Ekologica*, Naučno-stručno društvo za zaštitu životne sredine Srbije, broj 49, Beograd, 2007. str.68.

aspekte života i rada savremenog čoveka, a s druge strane, stvorile su brojne i raznovrsne izvore opasnosti za životnu sredinu. Konstantnim ugrožavanjem čovekove životne i radne sredine, nanosi se ogromna šteta ljudima, njihovom životu i zdravlju, telesnom integritetu, imovini i mnogim drugim vrednostima. Nadalje, to za posledicu ima istovremeno ugrožavanje opstanka ljudskog roda u celini.

Značaj zaštite životne sredine sve više se nameće kao pitanje prvorazrednog značaja i imperativ. Potreba očuvanja zdrave i kvalitetne životne sredine izbija uprvu plan kao najvažniji globalni problem modernog društva. Rešavanje tog problema povezuje se između ostalog i sa iznalaženjem načina za racionalno i plansko korišćenje prirodnih resursa unapređenjem i razvijanjem međunarodne saradnje, posebno u oblastima naučnih istraživanja, preobražajem duha savremene sfere rada, te afirmisanjem ekološke svesti.

Savremeno društvo mora brže i bolje shvatiti upozorenje naučnika i stručnjaka o stanju životne sredine, tj. činjenice da slobodne, izvorne i nezagađene životne sredine ima sve manje, a ugrožene, degradirane i devastirane, sve više. Druga se širi na račun prve brže nego što se mnogima čini, brže nego što je nauka sa kraja našega veka to mogla da utvrdi i prognozira.²

2. EKOLOŠKA POLITIKA EU

Uprkos pojedinačnim poboljšanjima, ekološka situacija u Evropi ukazuje realno na uznemiravajuće trendove u gotovo svim oblastima: kvalitet vode, vazduha, i zemljišta, zaštita vrsta, otpad, iskorišćavanje resursa, turizam, saobraćaj, itd. Stoga zaštita životne sredine izbija sve više u prvi plan Evropske unije sa jasno postavljenim ciljevima: očuvanja životne sredine i poboljšanja njenog kvaliteta; zaštita čovekovog zdravlja; oprezna i racionalna upotreba prirodnih resursa; unapređenje mera na međunarodnom nivou za prevladavanje regionalnih i globalnih problema životne sredine.

Danas je nesporno da različita pitanja iz oblasti životne sredine ili u vezi sa njom, zauzimaju značajan deo aktivnosti EU. Međutim, tek početkom sedamdesetih godina prošlog veka, Evropska zajednica je počela da preduzima sveobuhvatnije i ujedno intenzivnije političke akcije u ovom domenu. One koincidiraju sa naglašenim trendovima jačanja svesti o značaju životne sredine i planetarnim razmerama ugrožavanja iste.

² Stanković M. Stevan, "Pozitivni i negativni uticaji turizma na životnu sredinu", *Glasnik SED*, sv. LXXV, br.1, Beograd, 1995, str. 47-48.

U Rimskim ugovorima (1958.) nije predviđena nadležnost za ekološku politiku. Na ekološke probleme države članice reagovala su na nacionalnom nivou. Kao međunarodni problem, zagađenje životne sredine se, svakako, nije moglo efikasno rešiti na nacionalnom nivou. Kako su se, uz to, različite nacionalne mere i norme proizvodnje, relevantne za životnu sredinu, sve više javljale kao prepreka za trgovinu unutar i van Zajedničkog tržišta, sve glasniji je bio poziv na vođenje ekološke politike na nivou Zajednice. Neposredno nakon prve Konferencije Ujedinjenih nacija o čovekovoj životnoj sredini, održane u junu 1972. godine, na Samitu EZ održanom u Parizu od Komisije je zatraženo da razradi akcioni program zaštite životne sredine. Kao pravna osnova uzete su opšte odredbe Ugovora EZ : čl.2, koji je u zadatke EZ uvrstio "stalno i uravnoteženo privredno širenje" - čl.100 (danas čl.308 UoEZ), koji je EZ davao nadležnost za delovanje u "nepredviđenim slučajevima"; čl.100 (danas čl. 94 UoEZ), koji predviđa usaglašavanje nacionalnih pravnih propisa koji su relevantni za unutrašnje tržište. Pravne akte usvojene na ovoj osnovi Savet je mogao da donese samo jednoglasno. Neophodnost zajedničke ekološke politike priznata je, dakle, već početkom sedamdesetih godina. Nastala je opsežna regulativa EZ o životnoj sredini, koja je sadržala normativne naloge i zabrane.³

Razvoj ekološke politike i uopšte prava životne sredine EU može se pratiti i kroz razvoj mesta i uloge ovih pitanja u osnivačkim aktima EZ, odnosno EU. Činjenica je da su u početku preduzimane mere neophodne isključivo za rešavanje hitnih problema u pojedinim oblastima da bi se kasnije postepeno prelazilo planski u realizaciju ciljeva politike u oblasti zaštite životne sredine.

Politika u oblasti životne sredine ugrađena je u ugovornu strukturu Zajednice tek Jedinstvenim evropskim aktom 1987.godine, da bi njen okvir bio dalje proširavan, ili samo na izvestan način makar posredno menjan, Ugovorom o Evropskoj uniji (1992. god.), Ugovorom iz Maastrichta (1992.god.), Amsterdamskim ugovorom (1997. god.), Ugovorom iz Nice (2003. god.) i na kraju Lisabonskim ugovorom (2009. god). Do 1987. godine, usvojeno je oko 200 propisa i to na osnovu tadašnjeg člana 100. (kasnije 115., odnosno 135.) ili na osnovu člana 235. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Ipak, odsustvo jasnog pravnog osnova za politiku Zajednice u oblasti životne sredine bilo je izloženo kritici naročito jednog dela članica organizacije.⁴

³Anita Volf-Nidermajer, "Ekološka politika", *Evropa od A do Š - priručnik za evropsku integraciju*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2004, str. 61-62.

⁴Dragoljub Todić, *Vodič kroz EU politiku - životna sredina*, Evropski pokret Srbije, Beograd, 2010, str. 20.

Izričitu nadležnost za životnu sredinu EZ je dobila tek revizijom ugovora kroz jedinstven evropski akt (JEA,1987.), uvodeći posebnu glavu naslovljenu sa "životna sredina" (članovi 130 s-t). Komisija je imala mogućnost da predlaže na osnovu tih odredbi donošenje propisa u različitim oblastima u cilju obezbedjenja zaštite i unapredjenja kvaliteta životne sredine, racionalnog korišćenja prirodnih resursa i zaštite ljudskog zdravlja.

Dalje jačanje mesta i uloge politike Zajednice u oblasti zaštite životne sredine, obezbedjuje Ugovor iz Mاستrihta (1992. god.) uključivanjem medju svoje osnovne ciljeve i unapredjivanje "održivog i ne-inflatornog rasta" uz poštovanje životne sredine (član 2).⁵

Odredbama Amsterdamskog ugovora (1997.god.) sadržan je princip postojanog privrednog razvoja, gde je EZ obavezna da uopšte uzevši stremi visokoj meri zaštite i poboljšanja kvaliteta životne sredine (čl.2 UoEZ) i da kod svih mera uzme u obzir njene interese (čl. 6 UoEZ).

Ugovorom iz Nice (2003. god.) u suštini nisu učinjene izmene osnovnih, već ranije definisanih odredbi koje se odnose na pitanja životne sredine. Međutim, određenim doprinosom promene politike u oblasti životne sredine, mogu se smatrati i promene u sistemu glasanja (odnose se na sistem kvalifikovane većine).

Akcioni programi EU u oblasti životne sredine predstavljaju dokumenta koja na najsveobuhvatniji način utvrđuju politiku u ovom domenu sa utvrđenim prevashodnim smernicama i ciljevima. Iz navedenih programa od osamdesetih godina prošlog veka, potenciraju se i u središtu su pažnje osnovni principi prevencije i sprečavanja:

- prvi akcioni program donet je za period od 1973. do 1976.godine;
- drugi akcioni program se odnosio na period od 1978. do 1981.godine;
- treći akcioni program se odnosio na period od 1982. do 1986.godine;
- četvrti akcioni program se odnosio na period od 1987. do 1992.godine i
- peti akcioni program se odnosio na period od 1993. do 2000.godine.

⁵ Već u Preambuli Ugovora se konstatuje sledeće: "Odlučni da unapredjuju ekonomski i socijalni napredak svojih naroda, vodeći računa o načelu održivog razvoja, u okviru stvaranja unutrašnjeg tržišta i jačanja kohezije i zaštite životne sredine, kao i da primene politike koje će obezbediti da napredak ekonomske integracije bude u skladu sa napretkom u drugim oblastima."

Peti akcioni program poznat pod nazivom "Ka održivosti", stremio je daljem napredovanju u ovom pravcu, nastojeći da obuhvati više globalne probleme sa dugoročnim projekcijama.

Šesti akcioni program, 2001-2010. godine, usredsređen je na zaštitu klime, zdravlja, prirode i raznolikosti vrsta, kao i na upravljanje prirodnim resursima. Pri tom, tretiraju se i posebni problemi zemalja koje žele da pristupe u EU. "Životna sredina 2010: naša budućnost, naš izbor", kao slogan Šestog akcionog programa, na najslikovitiji način odražava prioritet pravca strategije i razvoja ekološke svesti EU.

Određene nadležnosti u oblasti zaštite životne sredine ima veći broj različitih institucija EU. Neke od njih imaju opšti karakter sa formalno definisanim nadležnostima, dok se druge bave prevashodno pitanjima životne sredine, a to su:

- Evropski parlament;⁶
- Komitet za životnu sredinu, javno zdravlje i bezbednost hrane;⁷
- Savet Evropske unije / Savet ministara / ;⁸
- Evropska komisija;⁹
- Evropska investiciona banka;¹⁰
- Sud pravde Evropske unije;¹¹
- Evropski ombudsman;¹²
- Evropska agencija za životnu sredinu;¹³
- Evropska agencija za hemikalije;¹⁴
- Statistički zavod Evropske unije.¹⁵

⁶ http://www.europarl.europa.eu/news/public/default_en.htm (datum pristupanja: 16.09.2011)

⁷ <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/homeCom.do?language=EN@body=ENVI> (datum pristupanja: 16.09.2011)

⁸ <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?lang=EN> (datum pristupanja: 16.09.2011)

⁹ http://ec.europa.eu/environment/index_en.htm (datum pristupanja: 23.09.2011)

¹⁰ <http://www.eib.europa.eu/projects/topics/environment/index.htm?lang=en> (datum pristupanja: 25.09.2011)

¹¹ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033 (datum pristupanja: 25.09.2011)

¹² <http://www.ombudsman.europa.eu/home/default.htm> (datum pristupanja: 15.10.2011)

¹³ <http://www.eea.europa.eu> (datum pristupanja: 15.10.2011)

¹⁴ http://echa.europa.eu/home_en.asp (datum pristupanja: 18.10.2011)

¹⁵ <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/environment/introduction> (datum pristupanja: 20.10.2011)

3. KRIVIČNO-PRAVNI ASPEKTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Zaštita životne sredine i njeno unapređenje, predstavljaju definitivno jedan od najznačajnijih problema, koji opterećuju savremeno čovečanstvo. Korišćenje novih i moćnih izvora energije, ubrzan naučno-tehnološki razvoj, izgradnja ogromnog broja industrijskih objekata i urbanih sredina, prouzrokovali su ozbiljno ugrožavanje i narušavanje prirodnih resursa, čime se destabilizuje očuvanje zdrave životne sredine i ujedno uravnoteženje odnosa, čovek-okruženje, tj. priroda. Zaštita čovekove životne sredine obuhvata čitav niz različitih, ali istovremeno međusobno povezanih vrednosti koje skupa predstavljaju neophodne preduslove za zdrav, delotvoran i uopšteno rečeno siguran život i rad kako sadašnjih, tako i budućih generacija. Pod zaštitom čovekove životne sredine treba podrazumevati: čuvanje prirode i prirodnih bogatstava; čistoće vazduha, vode i zemljišta; čuvanje flore i faune, zaštitu od zagađenja svih vrsta jonizirajućih zračenja, štetne buke, vibracija i sl.

Ekološki kriminal se odnosi na sve radnje kojima se krše odredbe ekoloških propisa i kojima se pričinjava značajna šteta ili ugrožava životna sredina i zdravlje ljudi. Najpoznatije manifestacije ove vrste kriminala javljaju se kao nelegalne emisije ili ispuštanja supstanci u vazduh, vodu ili zemljište, nelegalna trgovina životinjama i biljkama, nelegalna trgovina supstancama koje uništavaju ozonski omotač ili pak opasnim otpadom i sl. Ekološki kriminal donosi veoma visoke profite njegovim počiniocima, teško se otkriva i prouzrokuje izuzetno ozbiljne negativne posledice po životnu sredinu. Danas se on smatra ozbiljnim i široko rasprostranjenim problemom sa kojim se mora boriti na evropskom nivou.¹⁶

Problematiku ekološkog kriminala, ne treba tumačiti usko i isključivo s pravnog aspekta, već u jednom širem, odnosno sveobuhvatnijem društvenom kontekstu. Usko pravno poimanje, ekološki kriminal određuje kao svaki akt koji je suprotan ekološkim normama i koji se osnovano može procesuirati. Zapravo, suština ovakvog određenja odnosi se na postojanje pravno normiranih pravila ponašanja u oblasti životne sredine, koja su opšte obavezujućeg karaktera sa unapred određenim sadržajem i za čije kršenje je predviđena sankcija. Krivično pravna zaštita životne sredine je krajnja, ali istovremeno veoma efikasna i više nego nužna mera. Naime, ovakav pristup je proizišao iz shvatanja da se pre svega zaštita životne sredine ostvaruje kroz sistem preventivnih i represivnih zakonom propisanih mera, te da nije dovoljna samo mogućnost utvrđivanja građansko-pravne odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana životnoj sredini.

¹⁶ Marija Kostić, "Ekološki kriminal i njegovo suzbijanje", *Pravni život*, tematski broj Pravo i vreme, br.10, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, 2009, str.175-182.

Efikasno sprovođenje ekološko-pravne regulative je od vitalnog značaja za suzbijanje i sprečavanje ove vrste kriminala, a time i za samo očuvanje zdrave životne sredine. U najranijim fazama razvoja ekološkog prava, nasilje nad životnom sredinom bilo je sankcionisano ne baš strogim merama i kaznama upravno-pravnog i građansko-pravnog karaktera. Sami pravni propisi, nisu imali nikakav ili je to bio minimalan uticaj na kompanije, državne strukture i građane pojedince da se pridržavaju ekoloških normi.¹⁷ Njihovo poštovanje i regularno sprovođenje je od izuzetnog značaja za očuvanje životne sredine i prirodnih resursa u celosti. Savest na nivou pojedinaca, samog društva, država i nadnacionalnih tvorevina znatno je uznapredovala i danas sa sigurnošću možemo reći da je ekološki kriminal ozbiljan međunarodni problem koji je u porastu, a prepoznatljiv je, ne smo kao zagađenje vazduha, vode i zemljišta ili eksploatacije divljeg biljnog i životinjskog sveta u komercijalne svrhe koja vodi njihovom istrebljenju, već u razvijenim zemljama i kao najobičnije bacanje otpadaka na ulicu, iscrtavanje grafita ili vandalizam na javnim mestima.¹⁸

Danas, potreba za preduzimanjem pravnih mera u ovoj oblasti u vezi je sa ozbiljnim analizama i procenama da je ugrožavanje životne sredine krivičnim delima problem koji nanosi značajnu štetu životnoj sredini na globalnom nivou. Takođe, ova dela su pogodna za ostvarivanje značajnog profita za izvršioce sa minimalnim rizikom za otkrivanje i krivično gonjenje, posebno kada je reč o krivičnim delima sa ino-elementom.

Posebnim problemom se smatra organizovani kriminal.¹⁹ Organizovani kriminal nastoji da svoju raznovrsnu delatnost uspostavi, održi i proširi na sve one oblasti društvenog života gde može da ostvari odgovarajuću korist.²⁰ Ekološki kriminal je po svojoj prirodi nertko transnacionalnog karaktera i može se javiti i kao posebna vrsta organizovanog kriminala.²¹

¹⁷Tomkins Kevin, "Law Police Enforcement and Environment"; *Current Issues in Criminal Justice*, Vol.16, Issue 3, pp. 294-306.

¹⁸ Marija Kostić, *ibid.* str.179.

¹⁹ BfU in association with Max-Planck-Institute (2003). Organised environmental crime in the EU Member States. Kassel. (http://ec.europa.eu/environmental/legal/crime/pdf/organised_member_states.pdf); BfU in association with Max-Planck-Institute (2003). Organised environmental crime in a few Candidate Countries. Kassel. http://ec.europa.eu/environmental/legal/crime/pdf/organised_candidate_countries.pdf

²⁰ Željko Bjelajac, *Organizovani kriminal vs Srbija*, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, DTA, Beograd, 2008, str.10.

²¹ Siegel Dina, Nelen Hans, (Eds): "Organized crime-Culture", *Markets and Polices*, Springer Vol.7, New York, 2008, pp.127-142.

U tim slučajevima manifestuje se kao trafiking prirodnim resursima, nelegalna trgovina biljkama i životinjama, nelegalno/ /nedozvoljeno ribarenje, nelegalna eksploatacija i trafiking mineralima i dragocnim kamenjem, drvetom ili opasnim otpadom.²²

Sveobuhvatna krivično-pravna zaštita životne sredine u međunarodnim okvirima, dogodila se zapravo usvajanjem Konvencije o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava, koju je usvojio Savet Evrope u Strazburu 4.novembra 1998.godine, a kojom se naglašava potreba za uspostavljanjem krivične odgovornosti u slučajevima "ozbiljnog" zagađenja ili dovođenja u opasnost životne sredine. Konvencija obuhvata: opis krivičnih dela i prekršaja protiv životne sredine - podeljenih u tri grupe, u zavisnosti od procenjenog stepena opasnosti; ustanovljavanje pravila u krivičnom postupku za dela koja se odnose na životnu sredinu; pitanje nadležnosti, posebno kada se radi o prekograničnom zagađivanju; značaj međunarodne saradnje i implementacije važnih akata u nacionalne okvire; udruženu, tj. zajedničku odgovornost, kada nije moguće utvrditi nosioca odgovornosti i dr. Između ostalog, Konvencija sadrži i odredbe kojima se na jasan način definišu pojedini pojmovi (čl.1), imenuje prekršilac (čl.2-4), ustanovljava nadležnost nacionalnih sudova, utvrđuju sankcije (čl.6-8), utvrđuju principi odgovornosti za pravna lica, principi koordinacije i saradnje i dr. Mere zaštite interesa grupa koje mogu biti pogođene oštećenjima životne sredine, te utvrđenje određenih prava vezanih za njihovo učestvovanje u zaštiti životne sredine, razrađuju se u posebnom delu.

Praktično se ovim rešenjima uspostavljaju osnove jedinstvene krivično-pravne zaštite životne sredine u okviru evropskog prava i osnove odgovornosti fizičkih, ali i pravnih lica za krivična i druga kažnjiva dela, upravne prekršaje, kako ih naziva Konvencija.²³

U osnovi ove Konvencije Saveta Evrope nalazi se ostvarenje sledećih proklamovanih ciljeva: potreba vođenja zajedničke kaznene politike u cilju zaštite životne sredine, zahtev da život i zdravlje ljudi, kao i flora i fauna, te drugi prirodni resursi budu zaštićeni svim raspoloživim sredstvima, uključujući i krivično-pravne mere, potreba da se nekontrolisana upotreba tehnologije kao i prekomerna eksploatacija prirodnih resursa koji dovode do ozbiljnih rizika po životnu sredinu prevaziđu merama koje su koordinirane

²²Transnacionalna priroda ekološkog kriminala, kontinuirano delovanje organizovanih kriminalnih grupa i propusti vlada mnogih država da sprečavaju ove oblike kriminala uslovlili su nužnost reakcije na međunarodnom nivou, i to ne samo Evropskih institucija, već i Ujedinjenih nacija - posebno UN Kancelarija za droge i kriminal (UN Office on Drugs and Crime - UNODC).

²³ Vladan Joldžić, "O potrebnim novinama u krivično pravnoj zaštiti ekoloških vrednosti", *Pravo i životna sredina*, Beograd, 1997, str. 376-398.

između zemalja članica Saveta Evrope i ostalih zemalja koje potpišu, odnosno ratifikuju ovu Konvenciju, neophodnost da se kršenje principa životne sredine propiše kao krivično delo koje podleže odgovarajućim sankcijama, te krivično gonjenje i kažnjavanje učinilaca krivičnih dela u oblasti zaštite životne sredine, uz želju da se u tom cilju ojača međunarodna saradnja.²⁴

U datom kontekstu, neizostavno treba pomenuti jedan veoma značajan dokument koji je ujedno i osnovni izvor prava EU, kojim se ustanovljavaju izvesna pravila u oblasti krivične odgovornosti, a to je Direktiva 2008/99/EZ o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava, od 19.11.2008. godine, kojom se propisuju mere koje države članice treba da preduzmu u oblasti krivičnog prava, a radi efikasnije zaštite životne sredine. Ova Direktiva je stupila na snagu 26.12.2008. godine i trebala je da bude implementirana u zakonodavstva država članica do 26.12.2010. godine.

Direktiva propisuje minimalne zahteve koje države članice treba da ugrade u svoje krivično-zakonodavne okvire, s tim da mogu slobodno da održe ili uvedu strožije zaštitne mere. Na mere koje se tiču procesnog dela krivičnog prava, Direktiva se ne odnosi, niti se odnosi na ovlašćenja tužilaca i sudija. Na temelju odredbe člana 3. Direktive, države članice imaju obavezu da obezbede da se određene radnje i postupci imaju smatrati krivičnim delom, ako su počinjena protivpravno i namerno ili sa najmanje ozbiljnim nehatom. Uvodjenje kaznenih sankcija ima za cilj da obezbedi efikasnu zaštitu životne sredine na nivou država članica. Aktivnosti koje su štetne po životnu sredinu podrazumevaće "efikasne, proporcionalne i destimulativne sankcije". Navedeni čl. 3. ove Direktive, sadrži katalog krivičnih dela koja su kažnjiva po krivičnom zakonu, a koja nanose štetu vazduhu, zemljištu, vodi, životinjama ili biljkama ili dovedu do povrede ili smrti bilo koje osobe:

- ispuštanje, emisija ili unošenje jonizujućeg zračenja;
- protivpravno postupanje prilikom raspolaganja, transporta, skladištenja i sl., otpada, uključujući i opasni otpad;
- nezakoniti rad postrojenja u kojima se sprovode opasne delatnosti, čuvaju ili koriste opasne supstance ili preparati;

²⁴ Dragan Jovašević, Borislav Petrović, "Odgovornost za zagrožavanje na životnata sredina od aspekt na aktite od Sovetot na Europa", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Skoplju*, 2002-2003, broj 40, str.537-558.

- ilegalne isporuke otpada;
- nezakonita proizvodnja, tretman, skladištenje, korišćenje, transport, izvoz ili uvoz nuklearnog materijala ili drugih opasnih radioaktivnih materija;
- nezakonito posedovanje, uzimanje, oštećenje, ubijanje ili trgovanje uzorcima zaštićenih divljih vrsta flore i faune;
- trgovina primercima zaštićene divlje faune i flore;
- značajno oštećenje staništa u zaštićenim područjima;
- nedozvoljena trgovina ili korišćenje supstanci koje oštećuju ozonski omotač.

U društvima u tranziciji, ali i u državama razvijene ekonomije, može doći do suprostavljanja ekonomskog napretka i interesa zaštite životne sredine. U situacijama u kojima postoji sukob interesa razvoja jednog regiona "prljavim" tehnologijama i interesa zaštite ljudskog zdravlja i životne sredine države imaju pravo na polje široke procene pri balansiraju ekonomskih i ekoloških interesa, koje bi svakako trebalo da uzmu u obzir. Države treba da postignu pravičan odnos između interesa pojedinaca i zajednice, a jedna od pozitivnih obaveza države na tom putu je, na primer, da na efikasan način kontroliše rad fabrika putem dozvola za rad i delotvornih sankcija za nepoštovanje nacionalnih propisa o zagađenju.²⁵

4. ULOGA PORODICE U RAZVOJU EKOLOŠKE SVESTI

Duži period, od nastanka čoveka, u živom svetu je vladala uzajamna i harmonična povezanost i zavisnost u ekološkoj ravnoteži. Do disbalansa ekološke ravnoteže dolazi usled ljudskih aktivnosti kojima čovek privljuje prirodu i stvara proizvode. Takvim delatnostima ne dolazi samo do poremećaja ravnoteže ekosistema, već i do ozbiljnog i konstantnog ugrožavanja integriteta čoveka i uopšte njegovog opstanka. Nesumnjivo, da je briga o zaštiti životne sredine oduvek postojala, međutim, do razvoja ekološke svesti dolazi u drugoj polovini XVIII veka, postavljanjem prvih teorija o životnoj sredini. Nadalje, dolazi do temeljnijeg prepoznavanja ekoloških procesa i pojava u prirodi, ali i obogaćivanja ljudske svesti u oblasti sagledavanja ekoloških zakonitosti, te usklađivanja ljudskog

²⁵ Miloš Stopić, Nevena Dičić, Jovan Zorić, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2009, str.19.

ponašanja sa istima. Razvoj ekološke svesti potencira shvatanja da čovek svojim radnjama ne sme da dovede do prekida procesa u prirodi, uređujući je prema svojim potrebama, niti do poremećaja funkcionisnja ravnoteže koja od pamtiveka postoji između živih bića i njihove životne sredine.

Materijalna praksa održivog društva mora da podrazumeva:

- većitu potragu za efikasnijim ekološkim rešenjima;
- ozbiljan tretman svih ekoloških opasnosti;
- stalnu proveru projektovane ekološke politike;
- informisanje javnosti o ekološkim performansama ekoloških aktivnosti;
- proizvodne procese usaglašene sa najnovijim naučnim i tehničkim mogućnostima;
- sve proizvodnje moraju davati prednost, tj. prioritet realizaciji ekoloških ciljeva, tj. da ih inkorporiraju u svoju politiku;
- ekološke mere, ciljevi i standardi, moraju biti integrirani u sve oblasti upravljanja preduzećima;
- realizacijom aktivnosti eko-menadžmenta očekuje se razvoj ekologije kao stalnog procesa;
- eko stručnjaci treba da imaju glavnu i završnu reč u uređivanju poslovnih privrednih situacija i posledica;
- sve zaposlene u poslovnim sistemima, trebalo bi edukovati u cilju izgradnje ekološki odgovornog pomaganja i svesti;
- glavni imperativ poslovne politike mora biti ekološka podobnost koja nastaje kao posledica: zaštite životne sredine, racionalne upotrebe energije i resursa, bezbedne upotrebe novonastalih proizvoda, ponovnim korišćenjem proizvoda, reciklažom, te bezbednim deponovanjem.²⁶ Dakle, ekološka svest predstavlja obrazac života, koji poštuje i usklađuje sa prirodnim zakonima kruženja materije, trošenje energije i obnavljanje života, pri čemu podstiče da se od prirode uzima samo onoliko koliko je potrebno za obezbeđivanje osnovnih ljudskih potreba. Zato ekološka etika predstavlja ekološki odnos čoveka prema životnoj sredini, koji se odnosi na moralan odnos između ljudskog/tehnosfere i prirodnog/biosfere. Novi odnos prema životnoj sredini, kao i preobražaj duha savremene sfere rada postaje

²⁶ Vesna Vasović, Rade Biočanin, " Održivi razvoj", *Ecologica*, Naučno-stručno društvo za zaštitu životne sredine Srbije, Beograd, 2007, vol.14, br.49, str. 67-70

imperativ. Konceptija održivog razvoja nudi mogućnost harmoničnog razvoja.²⁷

Odgovornost je na svakoj generaciji za prenošenje lekcija o perspektivi sveta i očuvanju prirodnog okruženja, sledećim generacijama. Zato u oblikovanju ekološke kulture savremenog čoveka značajnu ulogu ima sistem ekološkog vaspitanja i obrazovanja. Neophodnost vaspitno obrazovnog procesa u funkciji zaštite i unapređenja životne sredine više je nego očigledna. Taj proces predstavlja svesno i plansko razvijanje ekološke svesti, odnosno razvijanje znanja o čovekovoj životnoj sredini, odnosu prema njoj, očuvanju i unapređenju sredine, tokom čitavog života. Nadalje, ekološko obrazovanje ima zadatak ne samo da pruža saznanja o osnovnim ekološkim pitanjima savremenog društva, već i da kanališe kritički osvrt prema degradaciji životne sredine, naglašavajući potrebu racionalnog korišćenja prirodnih resursa. Na ovaj način se nesporno afirmiše izgradnja ekološki odgovornih ličnosti.

Obrazlagati važnost ekološkog vaspitanja je suvišno i može se uporediti samo sa značajem "domaćeg vaspitanja", koje svaka osoba stiče u porodici u najranijem detinjstvu i predstavlja temelj za formiranje zdravih ličnosti. Propusti i nedostaci u vaspitanju, koji se iz bilo kog razloga naprave u najranijem periodu, ne mogu se nadoknaditi i predstavljaju "crne rupe" bez obzira na fakultetske diplome, titule i stručnost u pojedinim oblastima. Majka priroda je širokogrudna i velikodušno nudi svoje darove bez ikakvog ograničenja, oslanjajući se samo na našu svest da ćemo njene blagodeti što racionalnije koristiti. Ali iako čovek važi za jedino svesno biće na planeti, ipak se najneracionalnije ponaša. Žudnja za sticanjem, pohlepa, tehnološki napredak, menjanje prirodnih tokova i zakonitosti...I baš tu i leži uzrok velikog broja problema, pa i ovog koji se tiče porasta agresivnosti i nasilničkog ponašanja kod dece i omladine. Mentalno zdravlje, podrazumeva fizičko zdravlje, a ovo pak podrazumeva zdravo okruženje. Sve veća otuđenost savremenog čoveka od prirode, od njenih zakona, a time i Božjih zakona, dovela je do potpune erozije morala, a naročito ekološkog morala.²⁸

Upotrebljena metafora "crne rupe" iz mladosti, jeste zapravo podloga koja daje iskrivljenu sliku realnosti, gde se nasuprot duhovnim vrednostima, u prvi plan potenciraju i stavljaju materijalne vrednosti. Mnogi nažalost prenebregavaju činjenicu da je period najranijeg detinjstva, do polaska u školu, po mnogim osobenostima i najvažniji. Naime, u tom važnom periodu, presudnu ulogu na vaspitanje dece trebala bi da ima porodica, ali tu ulogu postepeno, nesvesno i neumoljivo preuzima, televizija, ostvarujući sve veći

²⁷Goran Rajović, navedeno delo, str.72.

²⁸Zoran Mijatović, " Pitanje, ekološka svest, ekološko vaspitanje, ekološki moral ", www.vz.in.rs/index.php?option=com-content.../24/07/2011.

uticaj u kreiranju virtualne stvarnosti i savremenih načina ponašanja. U tom kontekstu može se zapaziti da i u školi podležu takvim obrascima, gde uče decu pogrešno o tome da su vredne stvari one kojih ima malo u prirodi (zlato, srebro, biseri, dijamanti) i da te stvari imaju veliku vrednost za ljude. Međutim, nasuprot tome, shvatanja da nam je najvažnije, nešto čega najviše ima, a to su Sunce, vazduh i voda, zahteva učenje još u predškolskom periodu. Taj period, u kojem deca stiču prva saznanja o osnovnim životnim vrednostima, posebno je prijemčiv za edukaciju, jer deca "upijaju" svaku reč. Zato je tada i važno da otac i majka neprstano promovišu ljubav prema prirodi i potrebu da se živi u skladu sa njenim zakonima, zarad svog potomstva i potomstva svoje dece. Uvažavajući mišljenje psihologa, predškolski period je, uopšte, vreme najbržeg učenja i usvajanja navika ponašanja. Deca se ponašaju onako kako su im odrasli pokazali i u skladu sa tim takve će navike usvojiti. Dakle, presudnu ulogu u odnosu prema životnoj sredini trebala bi da ima porodica, taj odnos se gradi još u najranijem uzrastu i on ne bi trebao da ima alternativu.

Nije dovoljno da roditelj samo kaže detetu da treba da čuva životnu sredinu, mnogo je važnije da mu to kroz sopstveni primer i pokaže. Dešava se, međutim, da roditelji (da li zbog nesmotrenosti, prezauzetosti ili nečeg drugog) zaborave "pravila" kojima su podučavali svoje mališane - pa recimo, dubre bacaju baš tamo gde su rekli deci da nikako ne smeju. Onda deca, sledeći svoje modele ponašanja, odnosno roditelje, počnu i sama da se tako ophode.²⁹

Naravno da deca predškolskog uzrasta ne poseduju u toj dobi znanja koja imaju odrasli, jer je to period kada se upravo formiraju osnovni životni stavovi i navike koje ostaju za ceo život. Zato je veoma važno da roditelji prenesu deci uzročno-posledičnu zavisnost između prirode i čoveka, neophodnost sačuvanja prirodnih resursa i zaštite životne sredine. Pri tom, treba apostrofirati naizgled jednostavne, ali s druge strane upečatljive primere, koji prouzrokuju štetu prirodi i prirodnim resursima, npr. "jedna baterija veličine dugmeta ima toliko žive da zagadi kubni metar zemljišta, da od 600 recikliranih limenki može da se napravi jedan bicikl, da je za 100 listova belog papira A4 formata potrebno iseći drvo čije je stablo dva metra visine, da jedan pokvareni vodokotlić za mesec dana potroši oko 23.000 litara vode, da TV aparat koji nije potpuno isključen troši struju..."³⁰ Takođe, veoma su značajne lekcije o: važnosti smanjenja potrošnje, recimo, u delu čuvanja i nerasipanja vode, smanjivanja otpada i iskorišćavanju sirovina koje su nam na raspolaganju, recikliranju materijala kao što su papir, plastika,

²⁹ <http://www.yu-mama.com/dete/6-7/godine/2443-naučite-dete-da-cuva-svoju-okolinu.html?print,01/08/2011>

³⁰ ibid

aluminijum i na taj način uštedi prirodnih sirovina i nadasve o važnosti brige o planeti i potrebi da parkovi, šume, ostanu očuvani itd.

Svaka generacija je odgovorna za prenošenje lekcija o budućnosti sveta i očuvanju planete narednoj generaciji. Kao roditelji svi imamo potrebu da učinimo okolinu, a time i svet, zdravijim i lepšim mestom za sebe i svoju decu. Zato ne postoji bolji poklon za dete od stvaranja svesti o tome koliko je priroda značajna za sve nas i znanja da i ono samo može da utiče na očuvanje zdrave okoline. Nikada nije previše rano za prve lekcije o ekologiji ako želite da decu naučite da budu "zeleni" i brinu o svetu u kome žive i kao odrasle osobe. Stvari koje deluju kao sitnice mogu značajno da utiču na usvajanje stava cele porodice.³¹ Jednostavno rečeno, briga o prirodi je zapravo, briga o čoveku i njegovom opstanku na planeti.

ZAKLJUČAK

Životnu sredinu čine, prirodno okruženje, tj. vazduh, voda, zemljište, životinjski i biljni svet, klima, jonizujuće i nejjonizujuće zračenje, vibracija, buka, ali isto tako i okruženje koje je izgradio čovek, tj. razni objekti, naselja i infrastruktura. Čovek kao i sva druga živa bića od početka svog postojanja pa do današnjih dana vezan je tesnim i uzajamnim vezama sa živom i neživom prirodom koja ga okružuje.

Evolucija čoveka kao svesnog bića manifestovala se u prvom redu u traženju puteva i načina kojima bi se uskladio s prirodom koja ga okružuje, kako bi obezbedio preduslove neophodne za sopstveni opstanak. Sa svakim novim pronalaskom (počev od oruđa za obradu zemlje i točka, pa sve do savremene kompjuterske tehnologije) čovek ostvaruje sve veći deo veće želje da uskladi prirodu i svoje potrebe. I dok je savremeni urbani, privredni, ekonomski i tehnološki razvoj čoveku pružio velike koristi, industrijsko zagađenje vazduha i vode, nekontrolisana seča šuma i njihovo pretvaranje u poljoprivredno zemljište, uništenje ozonskog omotača i globalno zagrevanje planete praćeno klimatskim promenama, nagomilavanje raznog otpada, uključujući i radioaktivni, kao i nestanak biljnih i životinjskih vrsta, samo su neke od negativnih posledica čovekovih aktivnosti, koje, međutim, ozbiljno ugrožavaju njegov sopstveni opstanak.³²

³¹ [http:// serbianforum.org/kutak-za-roditelje/191961-ekološka-svest-od-malih-nogu. html/ 25/07/2011.](http://serbianforum.org/kutak-za-roditelje/191961-ekološka-svest-od-malih-nogu.html)

³² Stevan Lilić, "Zaštita životne sredine, lokalna samouprava i lokalna agenda 21", *Lex forum*, Časopis za pitanja vladavine prava i demokratije, Udruženje Pravnici za demokratiju, broj 5-8, Beograd, 2005, str. 15-17.

Pitanja različitog karaktera u oblasti životne sredine ili u vezi sa životnom sredinom zauzimaju znatan deo aktivnosti EU. Napori Evropske zajednice u kontekstu intenzivnijih i sveobuhvatnijih političkih akcija u ovom domenu koincidiraju sa izraženim trendom jačanja svesti o značaju i globalnim posledicama degradacije životne sredine.

Naglašavanje potrebe za uspostavljanjem krivične odgovornosti u slučajevima ozbiljnog zagađenja ili dovođenja u opasnost životne sredine, zasnovano je na procenama da je ugrožavanje životne sredine krivičnim delima sve rasprostranjeniji problem koji prouzrokuje očitu štetu životnoj sredini na globalnom nivou. Zato se već duže vreme vode rasprave koje ukazuju na neophodnost uspostavljanja mera za sprečavanje, suzbijanje i sankcionisanje ekološkog kriminala, jer se broj radnji kojima se priroda ugrožava i degradira višestruko uvećao.

Razvoj ekološke svesti mladih u prvi plan stavlja ulogu porodice kao najuže socijalne grupe koja formuliše i definiše egzistencijalna pitanja i druge važne potrebe ličnosti. Uticaj porodice na vaspitanje mladih, u tom kontekstu je nemerljiv. Naime, porodica može i treba da deluje pozitivno u smislu razvoja ekoloških vrednosti svojih članova, razvijanjem kritičkog odnosa o rastućoj degradaciji životne sredine, razvijanjem svesti o očuvanju i unapređenju životne sredine, te neophodnosti racionalnog korišćenja prirodnih resursa. Kroz lični primer, koji daju roditelji, kod mladih se ustaljuje obrazac ponašanja važan kao podsticaj za formiranje ekološki odgovornih i zdravih ličnosti.

LITERATURA

Bjelajac Željko, *Organizovani kriminal vs Srbija*, Pravni fakultet za privredu i pravosudje u Novom Sadu, DTA, Beograd, 2008.

Joldžić Vladan, "O potrebnim novinama u krivično pravnoj zaštiti ekoloških vrednosti", *Pravo i životna sredina*, Beograd, 1997.

Jovašević Dragan, Borislav Petrović, "Odgovornost za zagrožavanje na životnata sredina od aspekt na aktite od Sovetot na Europa", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Skoplju*, 2002-2003, broj 40.

Kostić Marija, "Ekološki kriminal i njegovo suzbijanje", *Pravni život*, tematski broj Pravo i vreme, br.10, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009.

Lilić Stevan, "Zaštita životne sredine, lokalna samouprava i lokalna agenda 21", *Lex forum*, Časopis za pitanja vladavine prava i demokratije, Udruženje Pravnici za demokratiju, broj 5-8, Beograd, 2005.

Mijatović Zoran, " Pitanje, ekološka svest, ekološko vaspitanje, ekološki moral ", www.vz.in.rs/index.php?option=com-content.../24/07/2011.

Rajović Goran, "Ekološka svest kao osnova održivog razvoja ruralnih prostora Crne Gore", *Ekologica*, Naučno-stručno društvo za zaštitu životne sredine Srbije, broj 49, Beograd, 2007.

Siegel Dina, Nelen Hans, (Eds): "Organized crime-Culture", *Markets and Polices*, Springer Vol.7, New York, 2008.

Stopić Miloš, Nevena Dičić, Jovan Zorić, *Pravci zaštite životne sredine u Srbiji*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2009.

Stanković M. Stevan, "Pozitivni i negativni uticaji turizma na životnu sredinu", *Glasnik SED*, sv. LXXV, br.1, Beograd, 1995.

Todić Dragoljub, *Vodič kroz EU politiku - životna sredina*, Evropski pokret Srbije, Beograd, 2010.

Tomkins Kevin, "Law Police Enforcement and Environment"; *Current Issues in Criminal Justice*, Vol.16, Issue 3.

Vasović Vesna, Rade Biočanin, " Održivi razvoj", *Ekologica*, Naučno-stručno društvo za zaštitu životne sredine Srbije, Beograd, 2007, vol.14, br.49.

Volf-Nidermajer Anita, "Ekološka politika", *Evropa od A do Š - priručnik za evropsku integraciju*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2004.

Internet adrese:

http://www.europarl.europa.eu/news/public/default_en.htm(datum pristupanja: 16.09.2011)

[@body=ENVI](http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/homeCom.do?language=EN)(datum pristupanja: 16.09.2011)

<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?lang=EN> (datum pristupanja: 16.09.2011)

http://ec.europa.eu/environment/index_en.htm (datum pristupanja: 23.09.2011)

<http://www.eib.europa.eu/projects/topics/environment/index.htm?lang=en>(datum pristupanja: 25.09.2011)

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033 (datum pristupanja: 25.09.2011)

<http://www.ombudsman.europa.eu/home/default.htm> (datum pristupanja: 15.10. 2011)

<http://www.eea.europa.eu> (datum pristupanja: 15.10.2011)

http://echa.europa.eu/home_en.asp (datum pristupanja: 18.10.2011)

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/environment/introduction> (datum pristupanja: 20.10.2011)

http://ec.europa.eu/environmental/legal/crime/pdf/organised_candidate_countries.pdf)

[http:// www.yu-mama.com /dete/6-7 godine/2443-naučite-dete-da-cuva-svoju-okolinu.html?print,/01/08/2011.](http://www.yu-mama.com/dete/6-7%20godine/2443-naucite-dete-da-cuva-svoju-okolinu.html?print,/01/08/2011)

[http:// serbianforum.org/kutak-za-roditelje/191961-ekološka-svest-od-malih-nogu. html/ 25/07/2011.](http://serbianforum.org/kutak-za-roditelje/191961-ekološka-svest-od-malih-nogu.html/25/07/2011)

Željko Đ. Bjelajac
Milan Počuča
Miloš Marković

EU POLICY IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH REFERENCE TO THE DEVELOPMENT OF ECOLOGICAL AWARENESS

Endangering environment and its protection have been representing a problem for the mankind throughout decades. Disappearance of harmony between man and nature has created numerous dangers which degrade the accomplishments of the civilization achieved so far, cause enormous damaging effect on people, their lives and health, body integrity and many other values. Therefore, the significance of the environmental protection is highlighted as the most important global challenge of the modern society. Thus, various issues from and related to the field of environment form an important part of the activity of EU, that has lately been undertaking more comprehensive and more intensive political actions in this domain. Environmental crime today is considered to be a serious and widely spread phenomenon which has got to be suppressed on transnational level. For that matter, criminal-legal protection of environment is a final, but also a very efficient and more than a necessary measure. At the same time, the role of the family as a basic cell of the society is being extended, so that regarding the development of environmental awareness, family has a special place, especially in forming healthy and ecologically-responsible persons. The existence of a healthy and devoted family is a prerequisite for the existence of a healthy and progressive society.

Key words: *environment, endangering the environment, environmental protection, environmental crime, environmental awareness, family.*