INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138 UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

2/2012

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*
Dr 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
Dr 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

STRANI PRAVNI ŽIVOT 2/2012

S A D R Ž A J

Doc. dr Oliver Nikolić
USTAVNOST PRAVNIH AKATA EVROPSKE UNIJE I MEĐUNARODNOG PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA USTAVNI SAVET FRANCUSKE 7

Doc. dr Miloš Petrović
ARAPSKA POVELJA O LJUDSKIM PRAVIMA – KRITIČKI OSVRT 20

MA Тијана Перић
ПАУНДОВА КРИТИКА МЕХАНИЧКЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ 33

Др Александар Фатић
ОГРАНИЧЕЊА ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА ЕКСТРЕМИЗАЦИЈЕ ДЕСНИЦЕ У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ 47

Проф. др Драгана Коларић
СУЗБИЈАЊЕ ТЕРОРИЗМА И КРИВИЧНИ ЗАКОНИК НЕМАЧКЕ .. 56

Dr Dejan B. Đurđević
NASLEDNIČKO UVERENJE (*ERBSCHEIN*) U NEMAČKOM PRAVU 71

Dr Vesna Klajn-Tatić
INFORMISANI PRISTANAK NA UČEŠĆE U NASUMIČNO KONTROLISANIM KLINIČKIM OGLEDIMA 94

Dr Katarina Damnjanović
PRAVNI OKVIR ZAŠTITE „NANOTEHNOLOGIJA“ U EVROPSKOJ UNIJI 111

Prof.dr Vladimir Čolović
FOREIGN JUDICIAL DECISIONS IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY 129

Prof.dr Zdravko Petrović, Doc. dr Milan Počuča, Doc. dr Rajko Tepavac
UGOVOR O OSIGURANJU ŽIVOTA U PRAVU CRNE GORE 150

Dr Katarina Jovičić
ZAHTEV ZA IZVRŠENJE UGOVORA U NAKNADNOM ROKU KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE 176

Mr Milica Kovačević
PRIVATNI ZATVORI 195

Dr Nataša Mrvić-Petrović
VARIJANTE ZATVORSKOG TRETMANA KAO ALTERNATIVNE
KRIVIČNE SANKCIJE I MERE 210

Мр Младен Милошевић
КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У
АНГЛО – АМЕРИЧКОМ ПРАВУ 230

Проф. др Мирољуб Јевтић
ИСЛАМСКО СХВАТАЊЕ ДРЖАВЕ И ПРАВА
У ДЕЛУ ИВЕ АНДРИЋА 252

Др Наташа Даниловић Христић
УРБАНА БЕЗБЕДНОСТ КАО ЈАВНО ДОБРО 270

Marko Andrejević
ZNAČAJ FORENZIČKE DNK ANALIZE
U PRAVOSUDNOM SISTEMU 290

Dr Jovan Ćirić
BORBA PROTIV DROGE PUTEM
DEKRIMINALIZACIJE – SLUČAJ PORTUGALIJE 308

Dr Monika Milošević
ODLUKE PROTIV KOJIH SE MOŽE IZJAVITI ŽALBA
U PRAVNOM SISTEMU SAD 319

Prof. dr Zorica Mršević
PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U STRAZBURU
U KORIST TRANSSEKSUALNIH OSOBA 332

Милан Јечменић
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ УСКРАЋИВАЊА
НЕОПХОДНЕ ПОМОЋИ 352

Prof. dr Slobodan R. Petrović
DILEMA: KIBER ILI SAJBER 368

Ana Batrićević
KRIVIČNO - PRAVNA REAKCIJA NA ZLOSTAVLJANJE ŽIVOTINJA
U KRALJEVINI ŠVEDSKOJ 378

Dr. Jelena Lopičić – Jančić
MEĐUNARODNI CRVENI KRST 395

Sanja Zlatanović
Prikaz knjige, Dragan Prlja, Zvonimir Ivanović, Mario Reljanović,
KRIVIČNA DELA VISOKOTEHNOLOŠKOG KRIMINALA, ... 405

FOREIGN LEGAL LIFE 2/2012

TABLE OF CONTENTS

Oliver Nikolić, PhD
THE CONSTITUIONALITY OF LEGAL ACTS OF THE EUROPEAN UNION AND INTERNATIONAL LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN FRANCE 7

Miloš Petrović, PhD
ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS – A CRITICAL REVIEW 20

Tijana Perić, MA
POUND'S CRITICS OF MECHANICAL JURISPRUDENCE 33

Aleksandar Fatić, PhD
LIMITATIONS TO THE LEGAL REGULATION OF THE EXTREME RIGHT IN GREAT BRITAIN 47

Dragana Kolaric, PhD
SUPPRESSION OF TERRORISM AND THE CRIMINAL CODE OF GERMANY 56

Dejan B. Đurđević, Ph.D.
THE CERTIFICATE OF INHERITANCE (*ERBSCHEIN*) IN GERMAN LAW 71

Vesna Klajn-Tatic, PhD
INFORMED CONSENT TO PARTICIPATION IN RANDOMIZED CONTROLLED CLINICAL TRIALS 94

Katarina Damnjanović PhD
EUROPEAN UNION'S LEGAL FRAME FOR NANOTECHNOLOGY 111

Vladimir Čolović Ph.D
FOREIGN JUDICIAL DECISIONS IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY 129

Zdravko Petrović, PhD, Milan Počuča, PhD, Rajko Tepavac,PhD
LIFE INSURANCE CONTRACT IN MONTENEGRIAN LAW 150

Katarina Jovičić, PhD
REQUEST FOR SPECIFIC PERFORMANCE OF CONTRACT IN THE

ADDITIONAL PERIOD OF TIME ON THE CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS 176

Milica Kovačević MA
PRIVATE PRISONS 195

Nataša Mrvić-Petrović; PhD
SOLUTIONS OF PRISON TREATMENT AS AN ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION AND MEASURE 210

Mladen Milošević MA
CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN ANGLO-AMERICAN LAW 230

Miroljub Jevtić, PhD
ISLAMIC CONCEPT OF LAW AND STATE IN WRITING OF IVO ANDRIC 252

Nataša Danilović Hristić, PhD
THE URBAN SAFETY AS PUBLIC GOOD 270

Marko Andrejević
SIGNIFICANCE OF FORENSIC DNA ANALYSIS IN THE CRIMIAL JUSTICE SYSTEM 290

Jovan Ćirić; PhD
FIGHT AGAINST DRUGS BY DECRIMINALIZATION – THE CASE OF PORTUGAL 308

Monika Milošević, Ph. D.
APPEALABLE DECISIONS IN TJE U.S. LEGAL SYSTEM 319

Zorica Mršević, PhD
JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN FAVOR OF TRANSSEXUALS 332

Mr. Milan Ječmenić
LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY REFUSAL TO RENDER NECESSARY AID 352

Slobodan R. Petrović, PhD
THE DILEMMA: KIBER OR CYBER 368

Ana Batrićević
STATE REACTION TO ANIMAL CRUELTY IN THE KINGDOM OF SWEDEN 378

Jelena Lopičić – Jančić, PhD
INTERNATIONAL RED CROSS 395

Sanja Zlatanović
Review of the book; - Dragan Prlja, Zvonimir Ivanović, Mario Reljanović, KRIVIČNA DELA VISOKOTEHNOLOŠKOG KRIMINALA, ... 405

Doc. dr Oliver Nikolić
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK 341
342.4(44)
Originalni naučni rad

USTAVNOST PRAVNIH AKATA EVROPSKE UNIJE I MEĐUNARODNOG PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM NA USTAVNI SAVET FRANCUSKE

U prvom delu članka se objašnjava način utvrđivanja ustavnosti pravnih akata Evropske unije i međunarodnih ugovora i sporazuma. Svaka neustavnost međunarodnog ugovora i sporazuma ima za posledicu obaveznu promenu Ustava Republike Francuske, pa samim tim nijedan akt Evropske unije, međunarodni ugovor ili sporazum neće biti ratifikovan odnosno potvrđen, odnosno neće imati pravnog dejstva u domaćem pravu, dok ne bude u saglasnosti sa Ustavom. Predsednik Republike, prvi ministar, predsednik jednog od domova Parlamenta ili 60 poslanika, odnosno senatora imaju pravo da traže od Ustavnog saveta kontrolu ustavnosti međunarodnih akata.

U drugom delu članka prikazuje se institucija Ustavnog saveta, svakako jedne od najuticajnijih institucija francuskog pravnog sistema, od istorijskog razvoja, preko organizacije Saveta i njegove nadležnosti. Pored principijelne nadleznosti, kontrole ustavnosti zakona koja podrazumeva ocenu ustavnosti organskih i običnih zakona, poslovnika domova Parlamenta, međunarodnih ugovora i sporazuma, Ustavni savet ima zadatak i da vrši kontrolu parlamentarnih i predsedničkih izbora kao i referenduma.

***Ključne reči**: Ustavni savet, ustavnost,Ustav, Francuska, Evropska unija*

Ustavnost pravnih aktata Evropske unije i međunarodnog prava

Odnos Francuske i Evropske unije u nacionalnom pravu je obrađen u glavi XV Ustava koja nosi naziv »O Evropskoj uniji« i to članovima od 88-1 do 88-7. Ova glava nije ni postojala u osnovnom tekstu Ustava od 1958. godine, ali se vremenom, kako je jačalo povezivanje država u Evropsku zajednicu, ustavnim zakonima menjala i dopunjavala. Poslednje promene su usledile nakon stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma od 2007. godine i ustavnih promena od 2008. godine.

Odnos francuskog prava i međunarodnih ugovora i sporazuma[1] je regulisan Ustavom u poglavlju VI i to članovima od 52. do 56. Predsednik Republike pregovara i ratifikuje međunarodne ugovore, a obaveštavan je o svim pregovorima za zaključenje međunarodnih sporazuma koji ne podležu ratifikaciji. Ovi ugovori i sporazumi počinju da se primenjuju odmah nakon ratifikacije i nakon objavljivanja u Službenom listu. Međutim, ugovori o miru, trgovački ugovori, ugovori ili sporazumi koji se odnose na međunarodne organizacije, kojima se angažuju državna sredstva, kojima se menjaju odredbe zakonske prirode, koji se odnose na lični status, koji sadrže ustupanje, razmenu ili pripajanje teritorije, mogu da budu ratifikovani odnosno potvrđeni samo putem zakona.

Postoje dva načina za utvrđivanje ustavnosti međunarodnih ugovora i sporazuma pred Ustavnim savetom. Prvi način je, ukoliko Predsednik Republike, prvi ministar, predsednik jednog od domova Parlamenta ili 60 poslanika, odnosno senatora[2] smatra da neka međunarodna obaveza sadrži odredbu suprotnu Ustavu, a Ustavni savet to i utvrdi, ovlašćenje za ratifikovanje, odnosno potvrdu može biti dato samo posle izmene Ustava (ne može se delimično odobriti odnosno ratifikovati jer se međunarodni ugovor odnosno sporazum smatra jednom celinom). Iz ovoga sledi da je Francuska primenila sistem suprematije Ustava[3] ali i primata međunarodnog prava nad domaćim zakonom. Svaka neustavnost međunarodnog ugovora i sporazuma ima za posledicu obaveznu promenu Ustava Francuske Republike,[4] pa samim tim nijedan međunarodni ugovor ili sporazum neće biti ratifikovan odnosno potvrđen, odnosno neće imati pravnog dejstva u domaćem pravu, dok ne bude u saglasnosti sa Ustavom. Nigde se eksplicitno ne određuje rok za obraćanje Ustavnom savetu, ali sasvim jasno se može zaključiti da Ustavni savet može da utvrđuje ustavnost međunarodnih ugovora i sporazuma, tek nakon što se oni zaključe i pre nego što ih Parlament ratifikuje odnosno potvrdi putem zakona. U više od petnaest navrata ovlašćeni predlagači su ukazivali na delimičnu neustavnost određenih međunarodnih obaveza što je Ustavni savet utvrdio u nekoliko slučaja i to u: Ugovoru iz Mastrihta, Ugovoru iz Amsterdama, Ugovoru kojim se stvara Ustav za Evropu, Ugovoru iz Lisabona, ugovoru koji se odnosi na statut Međunarodnog krivičnog suda, na Evropsku povelju o regionalnim i

1 Od svih međunarodnih ugovorima i sporazumima najviše je onih koji se odnose na pravo Evropske unije.

2 Do ustavne revizije od 25. juna 1992. godine, poslanici i senatori nisu imali pravo da od Ustavog saveta traže ocenu ustavnosti međunarodnih ugovora, odnosno sporazuma.

3 Ustavni savet je, u presudi «Traité établissant une Constitution pour l'Europe» od 19. novembra 2004, potvrdio da se na vrhu unutrašnjeg pravnog sistema nalazi Ustav.

4 Ova konstatacija se potvrđuje i članom 55. Ustava, gde se izričito navodi da ratifikovani odnosno potvrđeni međunarodni ugovori i sporazumi imaju veću snagu od zakona, pod uslovom da sporazum odnosno ugovor primenjuje i druga strana.

manjinskim jezicima i međunarodne obaveze koje se odnose na ukidanje smrtne kazne. U šest od ovih sedam slučaja usledile su ustavne promene[5], kako bi se otklonila neustavnost, a jedino Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima nije mogla biti ratifikovana jer joj nije prethodila promena Ustava.

Postoji i druga mogućnost utvrđivanja ustavnosti međunarodnih ugovora i sporazuma, koja se odvija na osnovu člana 61. Ustava, što predstavlja kontrolu ustavnosti običnih zakona. Obzirom da se ratifikacija odnosno potvrđivanje međunarodnih obaveza u određenim slučajevima sprovodi putem donošenja zakona, ovlašćeni predlagači mogu tražiti od Ustavnog saveta ocenu ustavnosti, takvih zakona. Ustavni savet u ovom slučaju se može sazvati nakon glasanja o zakonu koji potvrđuje ratifikaciju ali pre njegove promulgacije. « Brojni međunarodni ugovori odnosno sporazumi, koje je Francuska potpisala, izbećiće kontrolu ustavnosti, jer ne ulaze u ona akta koja su pobrojana u članu 53. Ustava ili, ukoliko Vlada ne namerava da ih ratifikuje preko Parlamenta ».[6]

Postavlja se pitanje šta se dešava ukoliko postoji sumnja da neki zakon nije u saglasnosti sa međunarodnim ugovorom ili sporazumom. Obzirom da su ratifikovani međunarodni akti iznad domaćeg zakona i oko čega nema nedoumice, ostaje utvrđivanje njihove saglasnosti, odnosno nesaglasnosti, što bi trebalo da bude u nadležnosti Ustavnog saveta kao kontrolora ustavnosti francuskog prava. Međutim Ustavni savet je još 15. januara 1975. godine prilikom ispitivanja saglasnosti Zakona o svojevoljnom prekidu trudnoće[7] sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, utvrdio da nije nadležan za rešavanje o tom pitanju. Ovom odlukom Ustavni savet je iz tzv. »bloka ustavnosti« trajno odstranio mogućnost ispitivanja saglasnosti zakona sa ratifikovanim međunarodnim aktima, što je izazvalo određene kritike od strane stručnjaka.[8] »Kada je

[5] Zbog Ugovora iz Mastrihta Ustavnim zakonom od 25. juna 1992. godine je dodata Ustavu glavu XV »O Evropskim zajednicama i Evropskoj uniji« koju čine članovi 88-1 do 88-4; zbog Ugovora iz Amsterdama Ustavnim zakonom od 25. januara 1999. godine promenjeni su članovi Ustava 88-2 i 88-4; zbog Međunarodnog krivičnog suda Ustavnim zakonom od 8. jula 1999. godine je dodat član Ustava 53-2, što je omogućavalo priznavanje ovog suda; zbog Ustava za Evropu, francuski Ustav je promenjen Ustavnim zakonom od 1. marta 2005. godine i te izmene su u glavi XV »O Evropskoj Uniji« ; zbog ukidanja smrtne kazne Ustavnim zakonom od 23. februara 2007. godine promenjen je član 77. Ustava; i zbog Lisabonskog ugovora Ustavnim zakonom od 4. februara 2008. godine promenjena je glava XV »O Evropskoj Uniji«.

[6] Christine Maugüé, Le Conseil constitutionnel et droit supranational, u Pouvoir, br. 105, 2003, str. 55.

[7] Odluka Ustavnog saveta, br. 74-54 DC od 15. januara 1975. godine.

[8] Videti, Denys de Béchillon, De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution), u *RDA*, 1998, str. 225; Olivier Cayla, Le coup d'État de Droit? u *Le Débat*, n° 100, 1988, str. 108; Guy

sazvan na osnovu člana 61. Ustava, Ustavnom savetu nije u nadležnosti da ispituje saglasnost jednog zakona sa odredbama međunarodnog ugovora ili sporazuma«.[9] Odluka o nenadležnosti Ustavnog saveta je zasnovana na dva argumenta. Prvi argument, zasnovan na pravu, polazi od striktne interpretacije člana 61. Ustava, po kome se Ustavnom savetu ne poverava opšta mogućnost izjašnjavanja o saglasnosti akata već isključivo saglasnost zakona, koji su upućeni na razmatranje, sa Ustavom. Dakle član 61. Ustava nedvosmisleno poverava Ustavnom savetu zaštitu Ustava i nigde se ne pominje utvrđivanje saglasnosti sa međunarodnim aktima. Drugi argument, više praktičan, se zasniva na roku od mesec dana koji je ostavljen Ustavnom savetu da donese svoju oduku, a koji nije dovoljan da se utvrdi saglasnost podnetog zakona sa veoma brojnim međunarodnim aktima koje je Francuska potpisala. Mnogi francuski pravnici tvrde da »je položaj Ustavnog saveta stalan: on razmatra ustavnost i samo ustavnost podnetih akata, što znači da je Ustav, referenca u ostvarivanju ove kontrole«,[10] ili »ceo Ustav i ništa osim Ustava, predstavlja pravni okvir po kome sudi francuski ustavni sudija«.[11] Ne prihvatajući da utvrđuju saglasnost zakona sa međunarodnim ugovorima odnosno sporazumima, Ustavni savet je preneo Kasacionom sudu[12] i Državnom savetu[13] u nadležnost ovu, uslovno rečeno, novu kontrolu saglasnosti zakona sa međunarodnim aktima.[14]

Istorijske napomene u vezi Ustavnog saveta

Ustavom Francuske republike od 1958. godine (glava VII, članovi 56. do 63.) je po prvi put ustanovljena institucija Ustavnog saveta kao "čuvara ustavnosti i zakonitosti" u Francuskoj. Medjutim, sama ideja kontrole ustavnosti zakona u Francuskoj se javlja još krajem 18. veka ali ta ideja nije rezultirala stvaranjem nekog tela koje bi vršilo kontrolu ustavnosti zakona, već se u samoj Deklaraciji prava čoveka i gradjanina od 1789, na par mesta,

Carcassonne, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975? u Cahiers du Conseil constitutionnel, br. 7, 1999, str. 93.

[9] Louis Favoreu, Loic Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 8 izdanje, str. 310.

[10] Eva Bruce, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité - Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, VIe Congrès de droit constitutionnel (AFDC), Montpellier, 2005, str. 19.

[11] George Vedel, IVe Journées juridiques franco-allemandes, u Revue internationale du droit comparé, specijalan broj, vol. 6, 1984, str. 183.

[12] Kasacioni sud (Cour de Cassation) je postupajući po ovoj nadležnosti doneo prvu presudu 24. maja 1975. (*Administration des douanes c/ Société des Cafés Jacques Vabre*).

[13] Državni savet (Conseil d'Etat) je posle 14 godina oklevanja, ipak primenio ovu nadležnost, pa je tek 20. oktobra 1989. godine doneo prvu presudu (*Nicolo*).

[14] *Contrôle de conventionnalité des lois* opisno na srpskom znači kontrola saglasnosti zakona sa međunarodnim aktima.

ukazuje na ograničavanje zakona.[15] Razlog zbog kojeg se nije stvorilo telo za kontrolu ustavnosti, u teoriji, se svodi na sledeću argumentaciju: jakobinska tradicija se protivi ograničavanju moći zakonodavstva od strane sudstva, odnosno nepoverenje "revolucionara" u sudije (jer je uklesana ideja da samo Parlament može da predstavlja ceo narod), i njihovo slepo verovanje u zakon.[16]. Tokom perioda Konzulata (Consulat), Imperije (Empire) i Druge Imperije (Second Empire), javlja se organ tzv. Konzervativni Senat (Sénat conservateur) čija uloga kontrole ustavnosti nije dolazila do nekog izražaja. Ustavom od 1946. godine ustanovljava se Ustavni komitet (Comité constitutionnel), kojim predsedava Predsednik Republike, a čine ga deset izabranih članova i dva člana po pravu i to predsednik Nacionalne Skupštine (Assemblée nationale) i predsednik Saveta Republike (Conseil de la République).[17] Od deset izabranih članova Nacionalna Skupština bira sedam, dok Senat tri kandidata, koji ne mogu biti članovi Parlamenta. Ustavni komitet, čija je uloga bila više politička nego zakonodavna, nije imao veći značaj ni u praksi ni u teoriji.[18]

Organizacija Ustavnog saveta

I. Sastav ustavnog saveta

Prema članu 56. Ustava francuske Republike od 1958. godine, Ordonansi od 7. novembra 1958. i Dekretu iz 1959. godine, članovi Ustavnog saveta mogu biti članovi po pravu i izabrani članovi.

a) Članovi po pravu

Članovi po pravu su svi bivši predsednici Republike. Njihov mandat traje doživotno i oni ne mogu da podnesu ostavku na ovu poziciju (jer na nju nisu ni izabrani), već mogu da ne učestvuju u radu sednica Ustavnog saveta.[19] Članovi po pravu ne mogu da učestvuju u radu Ustavnog saveta

---

[15] "Zakonom se mogu zabraniti samo postupci štetni po društvo" (član 5), "Zakonom se smeju uvoditi samo kazne strogo i očigledno nužne" (član 8), (Deklaracija prava čoveka i gradjanina od 26. avgusta 1789.).

[16] Bernard Poullain, La pratique française de la justice constitutionnelle, Economica, Paris, 1990, str.19-20

[17] Videti detaljnije, Marcel Prelot, Institutions politiques et droit constitutionnel, Dalloz, Pariz, 1957, str. 525. i dalje; Roger Pinto, Eléments de droit constitutionnel, Morel & Corduant, Lille, 1952, str. 471.

[18] Sastao se samo jednom i to 18. juna 1948. godine povodom usaglašavanja stavova dva doma Skupštine. O ovoj sednici videti detaljnije, Auguste Soulier, La délibération du Comité constitutionnel du 18. juin 1948, Chronique constitutionnelle française, Revue du droit public, avril-juin 1949, str. 195. i dalje.

[19] Od bivših predsednika Republike u radu Ustavnog saveta su učestvovali Vincent Auriol, René Coty i Jacques Chirac. General de Gaulle je nakon ostavke na mesto Predsednika Republike, izjavio da neće učestvovati u radu Saveta. François Mitterrand takođe je izjavio da

ukoliko obavljaju neku drugu javnu funkciju koja je inkompatibilna sa članstvom u Ustavnom savetu.

b) Izabrani članovi

Ukupan broj izabranih članova Ustavnog saveta je devet. Po tri člana biraju Predsednik Republike, predsednik Nacionalne Skupštine i predsednik Senata, s tim što se svake treće godine Savet obnavlja za trećinu i time se održava kontinuitet saveta. Mandat članova Saveta traje devet godina i ne može biti obnovljen[20]. Jednom izabrani članovi ne mogu biti opozvani niti smenjeni[21]. Svi članovi Ustavnog saveta su obavezni da polože zakletvu pred Predsednikom Republike. Za članstvo u Ustavnom savetu ne postoji ograničenje u pogledu godina, niti se traže određene profesionalne ili stručne kvalifikacije. Funkcija savetnika je inkopatibilna sa članstvom u Vladi, Ekonomskom, Socijalnom i Ekološkom savetu, kao i sa poslaničkim mandatom. Za članove Ustavnog saveta važe ista pravila u vezi profesionalne inkopatibilnosti kao i za poslanike.

II. Predsednik Ustavnog saveta

Iz redova članova Saveta (članova po pravu i izabranih članova), predsednik Republike bira predsednika Ustavnog saveta. Do sada su to bili oni članovi koje je on predložio za članstvo u Savetu. Dužina mandata se nigde tačno ne precizira ali po ustaljenom običaju, mandat za funkciju predsednika Saveta traje do kraja mandata člana Saveta[22]. U teoriji vlada mišljenje da je predsednik Saveta "*primus inter pares*", on predstavlja Savet u zvaničnim svečanostima i ima esencijalnu ulogu za život i rad Saveta,[23] predsedava sednicama (u slučaju odsutnosti zamenjuje ga najstariji član), odredjuje izvestioce povodom svakog predmeta, itd. Ukoliko je prilikom glasanja broj glasova podjednak odlučuje glas predsednika, osim ukoliko se traži kvalifikovana većina.

---

ne želi da učestvuje u radu Ustavnog saveta. Valéry Giscard d'Estaing nakon što je izabran za poslanika odbio je dalje članstvo u Savetu zbog inkompatibilnosti funkcija (koja važi po članu 57. Ustava i članu 4. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine), ali od 2004. godine učestvuje u radu Saveta.

[20] Postoji mogućnost da član Saveta koji je zamenio člana koji je umro ili podneo ostavku na članstvo, a nije proveo više od tri godine u Savetu, bude ponovo izabran sa punim mandatom od devet godina.

[21] Članove Saveta može smeniti sam Savet pod odredjenim uslovima, ali se to nikada nije desilo.

[22] Jedino je Daniel Mayer posle tri godine podneo ostavku na funkciju Predsednika Saveta (ali je ostao u Savetu kao njen član) i od 1986 njegovo mesto zauzima Robert Badinter.

[23] B. Pouillain, op. cit. str. 32.

Nadležnost Ustavnog saveta

Nadležnost Ustavnog saveta se ne svodi samo na kontrolu ustavnosti zakonodavnih akata, već je mnogo šira i obuhvata razgraničenje domena legislative i egzekutive, kontrolu sprovodjenja referenduma, predsedničkih i parlamentarnih izbora, kao i nadležnost kada Predsednik Republike ne može da obavlja svoju funkciju, odnosno prilikom vršenja specijalnih ovlašćenja Predsednika Republike. Ustavni savet svoju nadležnost zasniva isključivo na Ustavu i organskim zakonima. Ustav striktno ograničava nadležnost Ustavnog saveta i on zaseda i daje mišljenje samo u tačno odredjenim slučajevima. Prema tome Ustavni savet nema opštu nadležnost već nadležnost koju zasniva na različitim članovima Ustava i organskih zakona.

I. Kontrola ustavnosti zakonodavnih akata

Kontrola ustavnosti ima dva smisla, postoji u interesu gradjana, radi zaštite prava i sloboda čoveka zagarantovanih Ustavom od zloupotrebe zakonodavca, ili postoji u interesu javne vlasti, radi održavanja odvojenosti funkcija ustanovljenih Ustavom. Ovaj drugi smisao nastao je u Francuskoj, donošenjem Ustava od 1958 godine.

Tada je po prvi put u francuskoj istoriji ustanovljena prava kontrola ustavnosti zakonodavnih akata, koja podrazumeva sve organske zakone a i većinu običnih zakona i medjunarodnih ugovora. Drugim rečima, vrši se kontrola akata koje Parlament izglasava ili potvrdjuje. Zakonodavna akta nad kojima se vrši kontrola ustavnosti se uporedjuju ne samo sa odredbama Ustava od 1958. godine, već i sa "blokom ustavnosti"[24] koji podrazumeva Preambulu iz 1958. godine, Preambulu iz 1946. godine, Deklaraciju prava čoveka i gradjanina od 1789 godine, fundamentalne principe koje poznaju zakoni Republike (smatra se ustavnom normom od 1971 god.), organske zakone, pa čak u nekim slučajevima i ordonanse. Savet vrši neposrednu i automatsku kontrolu organskih zakona kao i poslovnika domova Parlamenta, kao i direktnu kontrolu predloženih zakona, izglasanih zakona ili promulgovanih zakona ali samo ako je sazvan.

Na svojim sednicama, Ustavni savet raspravlja o pitanju ustavnosti i to u roku od mesec dana, odnosno osam dana ukoliko se radi o hitnom postupku koji zahteva Vlada. Trajanje rasprave u Ustavnom savetu suspenduje promulgaciju zakona.

Odluke Ustavnog saveta su konačne, na njih se ne moze uložiti žalba i obavezne su za sve javne vlasti i za sve upravne i sudske organe. Sve odluke

[24] Više o tzv. bloku ustavnosti videti, Charlotte Deniyeau, Existe-t-il un bloc de constitutionnalité? LGDJ/Montchrestien, Paris, 1998, str. 33-61, i Loi complétant les dispositions des articles 5. et 7. de la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association, Décision 71-44 DC od 16. jula 1971. godine.

se objavljuju u odgovarajućem službenom glasilu (Journal Officiel) i u godišnjem zborniku sudske prakse.

a) Norme podlozne obaveznoj kontroli

Prema članu 61, al. 1. Ustava od 1958: "Organski zakoni, pre proglašenja, predlozi zakona navedeni u članu 11, pre iznošenja na referendum i poslovnici domova Parlamenta, pre primenjivanja, moraju da budu podneti Ustavnom savetu koji se izjašnjava o njihovoj saglasnosti sa Ustavom", a član 46, al. 5: "Organski zakoni mogu biti proglaseni tek pošto Ustavni savet izjavi da su saglasni sa Ustavom". Pri kontroli organskih zakona Ustavni savet poseduje odredjenu slobodu jer Ustav upućuje na organski zakon, što znači da on ne može biti samo obična reprodukcija ustavnih odredaba, već (organski zakon) treba da razradi i primeni principe i pravila sadržana u Ustavu. Iz toga sledi da Ustavni savet ne vrši kontrolu saglasnosti već pre kontrolu kompatibilnosti, te traži postojanje suprotnosti izmedju dva teksta.[25]

Ustavni savet se izjašnjava o tekstovima koji su definitivno obrađeni i čekaju saglasnost Ustavnog saveta da budu proglašeni i ukoliko ih Ustavni savet smatra neustavnim oni ne mogu biti ni korišćeni ni proglašeni.

Kontrola ustavnosti koju vrši Ustavni savet se odnosi samo na zakone koje izglasava Parlament ali ne i na one koji se usvajaju referendumom. U prilog ovog stava a prema odluci donetoj 6. novembra 1962. godine ide i shvatanje francuske teorije da su zakoni usvojeni na referendumu "direktni izraz nacionalnog suvereniteta" te da bi bili kontrolisani od strane Ustavnog saveta bilo bi neophodno da Ustav to izričito naglasi (što nije slučaj), a pritom i član 17. ordonanse od 7. novembra 1958. godine koji se odnosi na Ustavni savet govori samo o zakonima koje usvaja Parlament.

Što se tiče kontrole ustavnosti poslovnika domova Parlamenta, Ustavni savet ih uporedjuje sa Ustavom, sa organskim zakonima i sa ordonansama na osnovu člana 62, al. 1, Ustava i to njihov sadržaj, značenje, područja itd.

b) Norme podložne fakultativnoj kontroli

U ovu grupu spadaju pre svega obični zakoni, medjunarodni ugovori i sporazumi, ali i dekreti i drugi akti Predsednika Republike.

Prema članu 61. al. 2.: "Zakone, u istom cilju mogu pre njihovog proglašenja, podneti Ustavnom savetu, Predsednik Republike, prvi ministar, predsednik Nacionalne skupštine, predsednik Senata i 60 poslanika, odnosno

[25] Charles Debbasch, Jean-Marie Pontier, Jacques Bourdon Jean-Claude Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, Economica, Paris, 1983, str. 498.

60 senatora". Prema tome, svi zakoni pre proglašenja se mogu podneti Ustavnom savetu na izjašnjavanje o njihovoj saglasnosti sa Ustavom. Tekst zakona za koji se utvrdi da je neustavan ne može se proglasiti. Ukoliko su samo neke njegove odredbe proglašene neustavnim a mogu se odvojiti od samog teksta zakona, Predsednik Republike može proglasiti ostali deo zakona, ili može tražiti jos jednu raspravu pred Parlamentom.

Sistem kontrole ustavnosti *a priori* ima kako prednosti tako i nedostatke. Glavna prednost je što ukoliko Ustavni savet utvrdi neustavnost teksta ustvari automatski sprečava njegovo proglašenje, pa ne može doći ni do njegove primene, dok se nedostatak odražava u nenapadljivosti proglašenog teksta zakona. Reformom koja je usledila nakon izveštaja "Odbora Balladur"[26] i donošenja ustavnog Zakona broj 724. od 23. jula 2008. godine, "u Francuskoj je uvedena mogućost ne samo kontrole *a priori*, već i kontrola *a posteriori*, nakon stupanja na snagu zakona ili nekog drugog pravnog akta"[27]. I ranije (1990. i 1993. godine) je bilo pokušaja da se ustavnom reformom ustanovi *a posteriori* kontrola akata, ali bezuspešno.[28] U članu 61. 1. Ustava se kaže: "Kada, tokom postupka pred sudom, se smatra da zakonska odredba krši prava i slobode zajamčene Ustavom, na predlog Državnog saveta ili Kasacionog suda može biti sazvan Ustavni savet koji se, u određenom roku, izjašnjava". Da bi se o takvoj odredbi akta uopšte raspravljalo u Ustavnom savetu, potrebno je da Ustavni savet prethodno nije nikada doneo odluku da je ta odredba u saglasnosti sa ustavom.

c) Razgraničenje domena legislative i egzekutive

Ustavni savet raspolaže i posebnom nadležnošću raspodele normativnih ovlašćenja izmedju Parlamenta i Vlade. Tom prilikom Ustavni savet ne raspravlja o ustavnosti samoga teksta predloga zakona odnosno amandmana, vec interveniše tokom same procedure njihovog donošenja.

U jednom slučaju, kada Vlada smatra da predlog zakona odnosno amandmana prevazilazi kompetencije Parlamenta, koje su mu poverene članom 34. Ustava od 1958. godine, a sa tom konstatacijom se složi i predsednik doma Parlamenta iz kojeg predlog zakona, odnosno amandman i potiče, odustaje se od dalje procedure. Medjutim, ukoliko predsednik dotičnog doma Parlamenta ima drukčije misljenje, Ustavni savet je nadležan

[26] Odbor za raspravu i predloge o modernizaciji i konsolidaciji institucija Pete Republike na čijem je čelu bio bivši prvi ministar Edouard Balladur, je sačinio izveštaj koji su sačinjavala 77 predloga, na osnovu kojih je izvršena poslednja promena Ustava od 1958. godine.

[27] Ottavio Quirico, Le contrôle de constitutionnalité français dans le contexte européen et international: Une question de priorités, u časopisu European Journal of Legal Studies, vol. 3, br. 1, 2010, str. 78.

[28] Više o ovom pitanju, Didier Chavaux, L'exception d'inconstitutionnalité, 1990-2009: Réflexions sur un retard, u časopisu Revue de droit public, br. 3, 2009, str. 566-569.

da to pitanje reši u roku od osam dana. Odluka Ustavnog saveta mora da bude obrazložena i upućuje se Predsedniku doma Parlamenta i Prvom ministru.

U drugom slučaju Ustavni savet interveniše kada Vlada svojim uredbama menja već postojeće zakone u sopstvenom domenu. Ukoliko se radi o zakonima koji su doneti pre definitivno utvrdjene granice izmedju zakonodavnog i uredbodavnog domena (utvrdjene članom 34. Ustava od 1958.) Vlada je slobodna da sopstvenim dekretom promeni te zakona. U drugoj hipotezi, kada su zakoni izglasani nakon raspodele normativnih ovlašćenja, a nisu dati Ustavnom savetu na razmatranje pre promulgacije, ne mogu se menjati. Medjutim, ukoliko Vlada, ipak, nakon promulgacije, zaželi da stavi pitanje pred Ustavni savet pa ovaj deklariše sadržinu zakona kao uredbodavnu materiju, Vlada je ovlašćena da dekretom izmeni zakon.

II. Kontrola izbora i referenduma

Ustavni savet je zadužen za kontrolu parlamentarnih i predsedničkih izbora kao i za kontrolu referenduma.

a) Kontrola parlamentarnih izbora

Kontrolu regularnosti izbora su vršili sami poslanici odnosno senatori sve do pojave Ustavnog saveta 1958. godine, koji preuzima ovu kontrolu kao i kontrolu oko pitanja neizbornosti i inkompatibilnosti[29]. Ustavni savet vrši kontrolu parlamentarnih izbora na osnovu člana 59. Ustava od 1958. godine i članova 32. do 45. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine.

Ustavni savet se sastaje da bi raspravljao o regularnosti izbora samo na osnovu prigovora. Pravo da stave prigovor imaju svi kandidati kao i birači iz izbornog okruga, a ukoliko niko ne uloži žalbu na regularnost izbora, u roku od deset dana (rok počinje da teče od dana koji sledi po objavljivanju rezultata), izbori se smatraju važećim.

Ustavni savet ne raspravlja o regularnosti svih delova izbora već isključivo o onim vezanim za proglašenje izbora ali je 1981, odnosno 1986. godine znatno proširio svoju nadležnost. Ustavni savet vodi računa o moralnosti tokom izborne kampanje i nepravilnostima tokom glasanja, ali je veoma retko poništavao izbore zbog ovih slučajeva.

Pokretanje spora se vrši tako što zainteresovano lice pismenim zahtevom ukazuje generalnom sekretaru Ustavnog saveta na neregularnost izbora, a on to prosledjuje Predsedniku Ustavnog saveta. Predsednik

[29] O problemu neizbornosti kandidata, odnosno inkompatibilnosti funkcija pred Ustavnim savetom videti detaljnije u delu, Louis Favoreu, Loïc Philip, Le Conseil constitutionnel, Presses Universitaires de France, Pariz, 1988, str. 49-54.

Ustavnog saveta upoznaje jedno od tri odelenja (svako se sastoji od tri člana) i odredjuje izvestioca. Ukoliko Ustavni savet konstatuje da su izbori bili regularni on potvrdjuje rezultate i izbor kandidata, a (pri tome) ne mora da daje obrazloženje. Medjutim, ako smatra da su izbori bili neregularni, obaveštava poslanika odnosno senatora čiji je izbor osporen i traži njegovo mišljenje. Nakon odredjenog postupka[30], Ustavni savet donosi odluku koju obrazlaže i protiv koje se ne može uloziti žalba. Ukoliko utvrdi da su parlamentarni izbori neregularni, Ustavni savet može da potpuno ili delimično poništi izbore.

b) Kontrola izbora Predsednika Republike

Ustavni savet vrši kontrolu izbora Predsednika Republike na osnovu člana 58. Ustava od 1958. godine. Pre svega učestvuje u razradi preliminarnih akata, a i vrši organizaciju operacija pripreme izbora. Ustavni savet ustanovljava listu kandidata za predsedničke izbore, prihvata predstavljanje kandidatura i vrši njihovu kontrolu. Njegov zadatak je i kontrola regularnosti odvijanja glasanja i ukoliko ima prigovora (može ih podneti birač ili kandidat, a i sam Ustavni savet) Ustavni savet ih razmatra, pa ako se utvrdi da je bilo neregularnosti, može da delimično ili potpuno poništiti izbore. Ustavni savet zvanično proglašava rezultate deset dana nakon glasanja.

c) Kontrola referenduma

"Ustavni savet se stara o pravilnosti operacija referenduma i proglašava njegove rezultate"[31]. Ustavni savet kao i kod predsedničkih izbora ima obavezu da učestvuje u pripremi referenduma (Vlada je obavezna da ga o tome redovno obaveštava - član 46. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine), da se stara o regularnosti referenduma, da kontroliše prebrojavanje glasova, da prima i raspravlja sve prigovore, i u slučaju neregularnosti, da delimično ili potpuno poništi rezultate referenduma (član 50. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine) a u slučaju regularnosti da proglasi rezultate (član 51. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine).

III. Ostale nadležnosti

Ustavni savet ima posebne nadležnosti u slučaju kada Predsednik Republike ne može da obavlja svoju funkciju[32] i prilikom vršenja specijalnih ovlašćenja Predsednika Republike.[33]

---

[30] Videti detaljinije, Dimitrije Kulić, Ustavno sudstvo u svetu, Beograd-Zajecar, 1982., str.404-405.

[31] Član 60. Ustava iz 1958 godine.

[32] Član 7. Ustava iz 1958 godine.

a) Nadležnost kada Predsednik Republike ne može da obavlja svoju funkciju

Ukoliko na bilo koji način (bolest, nesreća) Predsednik Republike ne može da obavlja svoju funkciju, a to konstatuje Ustavni savet (apsolutnom većinom svojih članova), sve funkcije (osim iz članova 11. i 12. Ustava) Predsednika Republike vršiće predsednik Senata, a ukoliko je i on sprečen, Vlada. Kada Ustavni savet definitivno konstatuje sprečenost Predsednika Republike, predsednicki izbori se moraju održati, najranije za 20. a najkasnije za 35. dana. Ukoliko neko od kandidata za predsedničke izbore umre ili bude sprečen, u tačno odredjenim slučajevima, Ustavni savet može da odloži izbore.

b) Nadležnost prilikom vršenja specijalnih ovlašćenja Predsednika Republike

Kada Predsednik Republike odluči da upotrebi nadležnosti iz člana 16. Ustava od 1958. godine[34], on je obavezan prethodno da se konsultuje sa Ustavnim savetom, prvim ministrom, i predsednicima oba doma. Ustavni savet se izjašnjava povodom primene ovog člana, odnosno o regularnosti upotrebe, i to sa obrazloženjem, što se i objavljuje[35]. Ustavni savet se i izjašnjava povodom svih mera koje Predsednik Republike upotrebi na osnovu člana 16, ali se ovo mišljenje Ustavnog saveta ne objavljuje.[36]

Zaključak

Po francuskoj teoriji, posle više od pedeset godina postojanja, može se pozitivno oceniti rad Ustavnog saveta. Uprkos izvesnoj uzdržanosti političke javnosti zbog stvaranja ovog organa 1958 godine, Ustavni savet je stvorio ugled i izborio značajno mesto medju političkim institucijama. Postojanje ovog organa učvrstilo je režim ustavnosti a značajno je i javljanje Ustavnog saveta kao ravnoteže javnih vlasti. Uticaj Ustavnog saveta je veliki i na ceo pravni sistem a važnu ulogu ima i u zaštiti javnih sloboda i osnovnih prava.

[33] Član 16. Ustava iz 1958 godine i članovi 52. do 54. Ordonanse od 7. novembra 1958. godine.

[34] "Kada institucije Republike, nezavisnost zemlje, integritet njene teritorije ili izvršenje medjunarodnih obaveza budu ugroženi na težak i neposredan način, a redovno funkcionisanje ustavnih javnih vlasti bude prekinuto, Predsednik Republike, ... preduzima mere koje ovakve okolnosti iziskuje".

[35] Član 53. Ordonanse od 7. novembra 1958 godine.

[36] Videti detaljnije, L. Favoreu, L. Philip op. cit., str. 64.

Oliver Nikolić Ph.D
Research Fellow,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

THE CONSTITUIONALITY OF LEGAL ACTS OF THE EUROPEAN UNION AND INTERNATIONAL LAW WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN FRANCE

In the first part of the article there is provided an explanation of the mode of establishing the constitutionality of legal acts of the European Union and international treaties and agreements. Each unconstitutionality of international treaties and agreements consequently leads to the mandatory change in the Constitution of the Republic of France, and therefore neither any act of the European Union, any international treaty or agreement will be ratified, i.e. approved, nor will have legal effect in the national law until fully in line with the Constitution. President of the Republic, the prime minister, the president of one of the Houses of Parliament or 60 MP, i.e. senators are all entitled to ask from the Constitutional Council to conduct the control of the constitutionality of international acts.

The second part of the article presents the institution of the Constitutional Council, certainly one of the most influential institutions of the French legal system, starting from the historical development, across the Council organization to its jurisdiction. Along with its principal jurisdiction, the control of the constitutionality of the law which means the appraisal of the constitutionality of organic and common laws, rules of procedure of the Parliament, international treaties and agreements, the Constitutional Council has also a duty to monitor parliamentary and presidential elections as well as referendums.

***Key words**: Constitutional Council, Constitutionality ,Constitution, France, European Union*

Docent dr Miloš Petrović
Departman za pravne nauke
Državni univerzitet Novi Pazar

UDK 342.7
Originalni naučni rad

ARAPSKA POVELJA O LJUDSKIM PRAVIMA – KRITIČKI OSVRT

U međunarodno-pravnoj regulativi, ljudska prava su do pre nekoliko godina poznavala kodifikacije na univerzalnom i na regionalnim, kontinentalnim nivoima (evropski, interamerički i afrički). Od stupanja na snagu Arapske povelje o ljudskim pravima, 2008. godine, po prvi put se suočavamo sa partikularnim sistemom ljudskih prava koji je kodifikovan u okviru jednog posebnog civilizacijskog i pravnog kruga kome granice nisu kontinenti, pošto su potpisnice ove Povelje arapske zemlje Afrike i Azije. Povelja je, što se samog teksta tiče, učinila značajan otklon od tradicionalističkog pristupa ljudskim pravima, karakterističnog za arapski svet i pisana je u jednom univerzalističkom duhu, tako da se u pravno-tehničkom izrazu gotovo i ne razlikuje od sličnih dokumenata koji uspostavljaju univerzalni i partikularne sisteme ljudskih prava drugde u svetu. Sam proces donošenja Povelje je bio prilično dug i složen, a ista je prvi put usvojena 1994. godine, ali nije stupila na snagu, da bi tek izmenjena i revidirana Povelja iz 2004. godine konačno stupila na snagu početkom 2008. godine. Iako dodatno osavremenjena, Povelja ima nekoliko nedostataka, a svakako da je najuočljiviji od njih, nedostatak adekvatnog mehanizma zaštite ljudskih prava, pa su u tom smislu u arapskom svetu već pokrenute inicijative da se Povelja dopuni jednim Protokolom kojim bi se formirao Arapski sud za ljudska prava, po ugledu na slične sudove koji već godinama sa manje ili više uspeha funkcionišu na evropskom, američkom i afričkom kontinentu.

Ključne reči: *ljudska prava, Arapska povelja, Liga arapskih država*

UVOD

U domaćoj naučnoj i stručnoj javnosti prilično neopaženo je prošla činjenica da je polaganjem potrebnog broja ratifikacionih dokumenata, u martu 2008. godine stupila na snagu Arapska povelja o ljudskim pravima (engl. *Arab Charter on Human Rights*),[1] usvojena 2004. godine od strane

[1] Tekst Povelje videti u: *Arab Charter on Human Rights;* www.acihl.org.

Saveta Lige arapskih država. Razlog tome treba tražiti pre svega u okrenutosti domaćih pravnika ka standardima i usaglašavanju nacionalnog prava sa pravom Evropske unije, kao i u činjenici da se, kada govorimo o arapskom svetu i pravu unutar njega, radi o jednom sistemu kome je i inače posvećena nedovoljna pažnja od strane naše pravne nauke. Retko se domaći pisci[2] oglašavaju sa temama iz oblasti islamskog prava uopšte, pa čak i kada to čine, izlaganja uglavnom završavaju na konstatacijama da se radi o pravnom sistemu koji se oslanja na set religijsko – moralnih postulata postavljenih *Kur' an* – om, a koji je šire poznat kao Šerijatsko pravo (engl. *Sharia*).[3] Za razliku od Šerijatskog prava koje je *''vertikalno postavljeno i tiče se odnosa koji odražava relaciju između svakog pojedinačnog čoveka i njegovog Tvorca, odnosno čovekovog savesnog ispunjavanja obaveza, pa samim tim ovo pravo nije preokupirano horizontalnim odnosima čoveka sa čovekom''*[4], Arapska Povelja čini svojevrstan otklon i stvari postavlja principijelno drugačije (mada se ne odriče apsolutno i bezuslovno religijskih konotacija – videti fusnotu broj 11.), zapravo u savremenim univerzalističkim koordinatama prava ljudskih prava, što možda predstavlja i svojevrstan pokušaj arapskih zemalja da izađu iz začaranog kruga nerazumevanja sa Zapadom i posmatranja arapskog sveta i Islama uopšte

---

[2] Jedan od retkih domaćih pravnih pisaca koji u svojim publikovanim radovima daje uvid u sistem islamskog prava je Slobodan Perović.Videti: Perović, S. *Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava* ; Pravni život, broj 1-2, Beograd, 2011. strana 68.

[3]Pokušaćemo ovde u najkraćim crtama sagledati osnovne karakteristike šerijatskog prava. U prevodu Šerijat označava ''put ka pojilištu'', ''put kojim trebaju ići vernici'', dok je kao tehnički izraz prihvaćeno njegovo značenje u smislu verskog zakona Islama. Prema Smailagiću, suština Šerijata je da se u Allahov zakon ne treba pronicati razumom, već ga čovek treba primiti sa njegovim nejasnoćama i nepojmljivim odredbama, bez kritike, kao mudrost za kojom se ne traga. Šerijat čine dve oblasti: 1.)odredbe o bogosluženju i obredne obaveze, u koje spadaju ispovedanje vere (šahad), obredna molitva (salāt), dobročinstvo (zakāt), hodočašće (hağğ) i post (sawm); i 2.) propisi pravne i političke prirode, u koje spadaju ugovori, nasledno pravo, bračno i porodično pravo, krivično pravo, rat protiv nevernika i odnosi prema nevernicima uopšte, propisi o ishrani, žrtvama i klanju životinja, zakletva, procesno pravo i učenje o dokazima i oslobađanje robova. Ineresantno je da sve odredbe šerijata ne treba shvatati kao apsolutne zabrane ili zapovesti, pa se u tom smislu može razlikovati pet kategorija ljudskih dela (činjenja i propuštanja): I) ''dužnosti'' (farz) odnosno ''nužnosti (vadžib) – obavezno propisana dela čije se vršenje nagrađuje, a propuštanje kažnjava; II) ''vredno preporuke'' (mandūb) – uobičajena, poželjna dela; III) ''dopuštena'' ili ''neutralna'' (mubāh) dela – za čije vršenje ne treba očekivati ni nagradu ni kaznu; IV) ''odbaciva'' (makruh) – dela koja nisu kažnjiva, ali ih Zakon ne odobrava; V) ''zabranjena''(harām) – pred Allahom kažnjiva dela. Takođe, u zavisnosti od raznovrsnosti osnova koji određuju svrstavanje nekog dela u određenu kategoriju, odnosno u zavisnosti od prilika isto delo može biti trtirano kao zabranjeno, odbacivo, dopušteno, preporuke vredno ili kao dužnost. O Šerijatskom pravu videti više u: Smailagić, N. *Leksikon Islama,* Svjetlost, Sarajevo, 1990., strane 580. – 582.

[4] Weeramantry, Ch. G. *Islam and Human Rights*; in *Islamic Jurisprudence* ; London, Macmillan, 1988, pp. 116-117

kao nekompatibilnih sa savremenim standardima ljudskih prava. Takođe, činjenica je da su svi partikularni sistemi prava ljudskih prava zapravo kontinentalni sistemi (evropski sistem utemeljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, kasnije dodatno razvijen brojnim Protokolima i Konvencijama koje se odnose na pojedine oblasti zaštite ljudskih prava; američki kontinentalni sistem utemeljen Interameričkom konvencijom o ljudskim pravima iz 1969. godine i afrički sistem prava ljudskih prava utemeljen na Afričkoj povelji o ljudskim i narodnim pravima iz 1981. godine, takođe kasnije razvijena dodatnim Protokolima), a jedino Arapska povelja o ljudskim pravima izlazi iz kontinentalnih granica i umesto njih za svoj okvir uzima pripadnost država potpisnica istom civilizacijskom i pravnom krugu.[5] Sve ovo smatramo dovoljnim razlozima da se na sledećim stranicama bliže upoznamo sa pomenutom Poveljom.

PROCES DONOŠENJA POVELJE

Iako je Povelja, kao što je već pomenuto, usvojena 2004., a stupila na snagu početkom 2008. godine, ideja o donošenju ovog dokumenta u arapskom svetu ima dugu predistoriju. Prvi zahtev datira iz 1960. godine, kada je Unija arapskih pravnika (najstarija nevladina organizacija u arapskom svetu) pozvala Ligu arapskih država da usvoji Arapsku povelju o ljudskim pravima,[6] a osam godina kasnije, u okviru Lige je osnovana Arapska komisija za ljudska prava kojoj je od strane učesnika Konferencije (osnivača Komisije) upućen zahtev da pripremi dokument pod nazivom Arapska povelja o ljudskim pravima.[7] Ipak, donošenje Povelje je moralo da sačeka neka druga vremena (ovde ćemo ukazati samo na neke od brojnih razloga koji su uticali da Povelja ne bude ranije usvojena: okončanje arapsko – izraelskih ratova, prestanak prve Intifade, smirivanje građanskih sukoba koji su u drugoj polovini 20. veka bili česta pojava u arapskim zemljama Afrike, ''smekšavanje'' stavova jednopartijskih predsedničkih republika i naslednih predsedničkih republika u pogledu pravnog obavezivanja na poštovanje univerzalnih standarda ljudskih prava), tako da je prva verzija Povelje usvojena tek na pedesetogodičnjicu osnivanja Lige arapskih država,

---

[5] Istine radi i Konvencija o ljudskim pravima zajednice nezavisnih država, iz 1995. godine takođe odstupa od kontinentalnog pristupa, ali ne podrazumeva ni poseban civilizacijsko – pravni krug, osim ako pod tim ne smatramo zajedničko nasleđe zemalja bivšeg Sovjetskog Saveza. Videti više u : *Commonwealth of Independent States – Convention on Human Rights;* www.obs.coe.int.

[6] Videti: Al-Midani, M.A. *The enforcement Mechanisms of the Arab Charter on Human Rights and the Need for an Arab Court of Human Rights;* www.acihl.org.

[7] Videti: Al-Midani, M.A. *The League of Arab States and the Arab Charter on Human Rights;* School of Law, Boston University, Boston, USA, October 2005

1994. godine.[8] Ono što je interesantno kod ovog dokumenta je da isti nikad nije stupio na snagu, pošto ga nijedna potpisnica nije ratifikovala.[9] Inače, prva verzija Povelje je imala 43 člana u kojima su proklamovana osnovna ljudska prava i slobode na način kako je to urađeno u drugim univerzalnim i regionalnim dokumentima istog tipa. Osnovna i najveća mana dokumenta bio je nedostatak bilo kakvog mehanizma za nadzor nad poštovanjem i zaštitom ljudskih prava. Brojne kritike sa različitih strana[10] uticale su na Ligu arapskih država da Povelju revidira i modernizuje, pa je konačno 2004. godine usvojen izmenjeni tekst Povelje, koji je zadržao osnovne garancije ljudskih prava i sloboda, kao u prvoj verziji, ali su dodate i neke savremenim shvatanjima primerene garancije ljudskih prava, koje nisu bile zastupljene u verziji iz 1994. godine, a takođe je uveden i mehanizam nadzora nad poštovanjem odredbi Povelje, o čemu će biti reči u daljem izlaganju.

KONCEPCIJA POVELJE

Revidirana verzija Povelje iz 2004. godine sadrži Preambulu i 53 člana, koje možemo grupisati u osam različitih celina.

I) Preambularne odredbe predstavljaju zasebnu celinu, i u samom uvodu nalaze se dva pozivanja na religijske momente i učenja,[11] što je i očekivano, ako imamo u vidu uticaj koji Islam kao religijsko učenje ima u svakodnevnom životu arapskih nacija.[12] Dalje, Preambula ističe da su arapske nacije humanitarne vrednosti i principe baštinile kroz svoju dugu

---

[8] Tekst prve verzije Povelje videti na: *Arab Charter on Human Rights (1994)* , University of Minnesota, Human Rights Library

[9] Videti: Shaw, M.N. *International Law, 4th edition,* Cambridge university press, p. 355

[10] Videti: Rishmawi, M. *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?;* Human Rights Law Review (2005)5 (2), Oxford, p: 361-376.

[11] Bitno je istaći da same ove preambularne odredbe pokazuju visok stepen svesti o religijskoj toleranciji, pošto principe bratstva, *jednakosti* i tolerancije vezuju ne samo za Islam, nego i za ranije objavljene religije, odnosno Stari i Novi zavet.

[12] U ovom smislu, interesantno je pogledati i uporediti Preambulu Povelje sa preambularnim odredbama Kairske deklaracije o ljudskim pravima u Islamu, donete 1990. godine od strane država-članica Islamske konferencije, kao i sa preambularnim odredbama Univerzalne islamske deklaracije o ljudskim pravima, donete od strane Islamskog saveta u Evropi, pošto iste sadrže brojna pozivanja na religijska učenja. Ipak ovde treba ukazati na opasnost od preteranog pojednostavljivanja stvari, pošto može doći do prihvatanja pojmova Arapi i Islam kao sinonima, što oni nikako nisu, kao prvo zato što je Islam religijsko učenje zastupljeno na mnogo širim prostorima od prostora na kojima vekovima žive aparski narodi, a kao drugo, zato što u aparskom svetu postoje ne tako malobrojne zajednice arapa hrišćana, ali i druge verske zajednice. Videti:*Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, Aug. 5, 1990, [English translation]. University of Minnesota, Human Rights Library; i: *Universal Islamic Declaration of Human Rights,* adopted by *Islamic Council of Europe* on 19 September 1981, University of Minnesota, Human Rights Library

istoriju, tokom koje su igrale značajnu ulogu u širenju razumevanja između Istoka i Zapada, a sam region je predstavljao mesto koje su pohodile brojne generacije u potrazi za znanjem i mudrošću. Moramo priznati – vrlo nadahnuto i vrlo inspirativno, što je prava retkost u preambulama modernih međunarodno-pravnih dokumenata.

Ovde moramo istaći da, pored pozivanja na univerzalne dokumente o ljudskim pravima, Preambula ističe da arapski narodi odbacuju sve oblike rasizma i Cionizma, što se kasnije ponavlja i u članu 2. Povelje, a što je naišlo na određene rezerve u međunarodnoj zajednici i među njenim najvišim zvaničnicima zaduženima za promociju i zaštitu ljudskih prava.[13]

II) Kao drugu celinu možemo posmatrati član 1. Povelje, u kome su istaknuti ciljevi donošenja ovog dokumenta, koji, kako se ističe, u kontekstu nacionalnog identiteta arapskih država i njihovog osećaja pripadnosti zajedničkoj civilizaciji treba da doprinesu postavljanju ljudskih prava u centar nacionalnih interesa u arapskim državama, čineći ta prava uzvišenim i fundamentalnim principima koji trebaju biti uobličeni i dostupni svim pojedincima u arapskim državama na način da im omoguće da unaprede svoje živote u skladu sa najvišim ljudskim vrednostima. Drugi cilj Povelje je osposobljavanje svih ljudskih bića u arapskim državama da poštuju identitet, lojalnost prema svojoj zemlji, vezanost za svoju zemlju, istoriju i zajedničke interese, usvajanje kulture bratstva, tolerancije i otvorenosti prema ostalima, u skladu sa univerzalnim principima i vrednostima koje su proklamovane u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. Sledeći cilj Povelje je priprema novih generacija u arapskim državama za slobodan i odgovoran život u civilnom društvu vođenom vrednostima jednakosti, tolerancije i modernizacije, i naposletku, kao četvrti cilj navodi se utvrđivanje principa da su sva ljudska prava univerzalna, nedeljiva, međuzavisna i povezana, što je takođe potpuno nova formulacija, značajno drugačija i kvalitetnije postavljena od njoj najpribližnije formulacije, iz Preambule Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, koja ljudska prava tretira kao ''*jednaka i neotuđiva''*.[14]

III) Član 2. Povelje takođe predstavlja posebnu logičku celinu, prvenstveno iz razloga što sadrži listu ljudskih prava koje se garantuju narodima kao kolektivitetima, navodeći pravo naroda na kontrolu prirodnih bogatstava na njihovoj teritoriji, pravo na nacionalni suverenitet i teritorijalni integritet i pravo na otpor stranoj okupaciji. Novina u formulisanju ovih

---

[13] U tom smislu se Louise Arbour, Visoki Komesar UN za ljudska prava, je 2008. godine, pozdravljajući stupanje Povelje na snagu distancirala od nekih aspekta pomenutog dokumenta. Videti u: Shaw, M.N. *Op.cit.* pp 355 - 356

[14] *Međunarodni pakt o građanskim i političlkim pravima;* Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005., strana 25.

prava je to što ona utvrđuju sistem vrednosti koji se neposredno vezuje za odnos nacija – nacija (odnosno: država – država), i to na jednom kvalitativno višem nivou nego što je to slučaj sa, na primer Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, koji u članu 1. stav 2. takođe garantuje svim narodima da mogu slobodno raspolagati svojim prirodnim bogatstvima i izvorima, ali uz ogradu da pri tom ne mogu ugrožavati obaveze koje proizlaze iz međunarodne privredne saradnje zasnovane na načelu uzajamne koristi i međunarodnom pravu. Ovako formulisana odredba koja se nalazi u Paktu o građanskim i političkim pravima ne ide u prilog zemljama u razvoju i nerazvijenim zemljama (u ove dve grupe spada najveći broj arapskih zemalja), pošto ostavlja široko polje za različita tumačenja zavisna od trenutnih odnosa snaga u međunarodnoj zajednici i interesa koje razvijene industrijske zemlje imaju u pogledu prirodnih bogatstava koja se nalaze na teritorijama manje ili nedovoljno razvijenih zemalja, tako da ne možemo da se složimo u potpunosti sa Al-Midanijevom[15] tvrdnjom da su član 2. Povelje i član 1. stav 2. Pakta o građanskim i političkim pravima vrlo slični; naprotiv, oni imaju samo sličan pravno-tehnički izraz, suštinski se vrlo razlikuju; prava koja član 2. Povelje garantuje bezuslovno, član 1. stav 2. Pakta garantuje samo u onom obimu u kom ona ne ugrožavaju međunarodnu privrednu saradnju čiji generatori nisu arapske zemlje, a vrlo je upitno da li će to za još dugo vremena postati. U pogledu prava na otpor stranoj okupaciji takođe možemo konstatovati da je garancija ovog prava naroda postavljena mnogo principijelnije i u sasvim otvorenom obliku, za razliku od jedinog međunarodno-pravnog dokumenta koji takođe garantuje ovo pravo naroda kao kolektiviteta, Afričke povelje o ljudskim i narodnim pravima,[16] gde se u članu 20. stav 3. garantuje ''pravo na borbu protiv strane dominacije – političke, ekonomske ili kulturne'', pa se posredno može zaključiti da je pravo na otpor stranoj okupaciji zapravo sadržano u pravu na borbu protiv političke dominacije koja može (ne mora) biti izražena i u obliku *ocupatio bellica.*

IV) Kao određenu posebnost možemo posmatrati i član 4. Povelje, koji se odnosi na mogućnosti derogacije određenih prava, ali samo u izuzetnim slučajevima opasnosti po opstanak nacije i samo onda kada su takvi slučajevi opasnosti i zvanično objavljeni od strane nadležnih organa, naravno, samo za vreme dok takva situacija traje, pod uslovom da se prilikom derogacije prava poštuje načelo nediskriminacije po bilo kom od navedenih diskriminatornih osnova.[17] Ovim članom su predviđena i prava

---

[15] Videti: Al-Midani, M.A. *The enforcement Mechanisms… Op.cit.*

[16] Tekst Afričke povelje o ljudskim i narodnim pravima videti u: *African Charter on Human and Peoples' Rights;* University of Minnesota, Human Rights Library

[17] Ovde moramo istaći da je i samo načelo nediskriminacije, kao osnovni postulat jednakosti svih ljudskih bića, i kao osnovno pravilo zaštite i poštovanja ljudskih prava, nedovoljno

koja se ni u kojoj situaciji ne mogu derogirati, a radi se o pravu na život, zabrani torture, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana, zabrani ropstva i stanja sličnih ropstvu, pravilima fer i poštenog suđenja, pravu da svako bude prepoznat kao pravna ličnost, zabrani prisilnog ili samovoljnog proterivanja, pravu na politički azil, pravu na sticanje državljanstva i slobodi misli, savesti i veroispovesti. Ovde je predviđena i obaveza Države koja poseže za derogacijom određenih prava i sloboda da odmah o tome i o razlozima derogacije prava obavesti Generalnog sekretara Lige arapskih država.

V) Sledeću logičku celinu čine garancije osnovnih ljudskih prava i sloboda, koje možemo grupisati u pet grupa:

- Individualna prava: zabrana diskriminacije (član 3.); pravo na život (članovi 5., 6. i 7.); zabrana torture, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana (članovi 8., 9., 18. i 20.); zabrana ropstva, trgovine ljudima, prinudnog rada i položaja sličnih ropstvu (član 10.) i pravo na bezbednost ličnosti (članovi 14. i 18.)

- Prava na pravdu: pravo svih osoba na jednakost pred pravom (član 12.) i skup opštih pravnih načela kojima se garantuje pravičan postupak i fer suđenje (članovi 13., 15., 16., 17. i 19.)

- Građanska i politička prava: pravo na političku aktivnost kao skupni naziv za grupu prava u koja spadaju pravo na slobodno vršenje političkih aktivnosti, pravo na učešće u vođenju javnih poslova – direktno ili preko izabranih predstavnika, pravo na izbor predstavnika na slobodnim i nepristrasnim izborima pod uslovima jednakosti svih građana i uz garancije o slobodnom ispoljavanju svoje izborne volje, pravo pristupa javnim poslovima pod jednakim uslovima za sve državljane, pravo na slobodno udruživanje sa drugima i sloboda mirnog okupljanja (član 24.); sloboda kretanja (članovi 26. i 27.); pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 21.); prava manjina – nacionalnih, jezičkih i verskih (član 25.); pravo na politički azil (član 28.); pravo na sticanje državljanstva (član 29.); sloboda misli, savesti i veroispovesti uz slobodu roditelja ili staratelja da se brinu o religijskoj i moralnoj edukaciji njihove dece (član 30.); pravo na privatnu imovinu (član 31.); pravo na informisanje i sloboda mišljenja, izražavanja i

kvalitetno razrađeno iz razloga što Povelja u članu 3. postavlja *numerus clausus* diskriminatornih osnova, ograničavajući ih na nedozvoljena razlikovanja na osnovu rase, boje kože, pola, jezičke pripadnosti, religije, mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, rođenja, fizičkog ili mentalnog poremećaja. Primentno je odsustvo reči: ''… *ili drugog statusa*'', što odredbe člana 3. Povelje čini nesavršenima, jer ostavlja prostor za pojavu diskriminacije na nekim drugim osnovama, recimo na primer, na osnovu seksualnog opredeljenja.

istraživanja (član 32.); i pravo na pun i slobodan pristanak na brak (član 33.)

- Ekonomska, socijalna i kulturna prava: pravo na rad (član 34.); pravo na sindikalno organizovanje (član 35.); pravo na socijalnu zaštitu (član 36.); pravo na razvoj koje pored prava na učešće u razvoju podrazumeva i pravo na uživanje koristi i rezultata razvoja (član 37.); pravo na dostojan životni standard (član 38.); pravo na najviše dostupne standarde zdravstvene zaštite (člano 39.); pravo na obrazovanje (član 41.) i pravo na učešće u kulturnom životu zajednice (član 42.)

- Nova prava – koja nisu bila garantovana Poveljom iz 1994. godine: osnaženje prava na jednakost muškaraca i žena u arapskom svetu (član 3. stav 3); garancije prava deteta (član 34. stav 3) i prava hendikepiranih osoba (član 40.).

VI) Članovi 43. i 44. Povelje takođe se mogu posmatrati kao posebna celina, a isti sadrže standardizovane odredbe koje upućuju da se nijedna odredba Povelje ne može tumačiti na način da daje manja prava nego što je to već predviđeno nacionalnim zakonodavstvima država potpisnica ili drugima međunarodno-pravnim dokumentima koje su potpisnice Povelje prihvatile ili ratifikovale, a posebno u pogledu prava žena, dece i pripadnika manjina; kao i odredbe o obavezi svih potpisnica da preduzmu sve moguće mere (ne samo legislativne, nego i svake druge koje se ukažu kao potrebne) u cilju efektivnog sporovođenja u život prava garantovanih Poveljom.

VII) Celina koja predstavlja slabu kariku Povelje, nalazi se u članovima 45. – 48., kojima se ustanovljava nadzor nad primenom i poštovanjem odredbi Povelje. U članovima 45., 46. i 47. opširno se reguliše formiranje Komiteta za ljudska prava, način izbora njegovih članova, način donošenja pravila i procedura rada, prestanak funkcije člana Komiteta, budžet Komiteta i imuniteti njegovih članova. Nažalost, u samo jednom članu (član 48.) Povelja se bavi nadležnošću ovog tela, i pri tom mu daje simbolična ovlašćenja koja se sastoje tek u mogućnosti da isti raspravlja o periodičnim dvogodišnjim izveštajima država – potpisnica, da po istim izveštajima zatraži eventualne dopune i objašnjenja, da nakon diskusije o izveštaju državi – potpisnici uputi preporuke kako da unapredi stanje ljudskih prava, kao i da jednom godišnje publikuje izveštaj o stanju ljudskih prava na području država članica Povelje. Zaista skromno za dokument čija prva verzija nikad nije stupila na snagu i revidirana je upravo iz razloga uvođenja mehanizma nadzora i kontrole, i upravo ovo odsustvo efikasnog mehanizma nad sprovođenjem odredbi Povelje u život značajno umanjuje njenu vrednost kao dokumenta kojem su u članu 1. proklamovani visoki ciljevi kojima isti teži.

VIII) Naposletku, kao osmu posebnu celinu možemo posmatrati članove 49.- 53. Povelje, u kojima se nalaze standardne završne odredbe o potpisivanju, ratifikaciji, adopciji, amandmanima, rezervama na tekst, stupanju na snagu i mogućnosti donošenja dopunskih protokola uz Povelju. Ove odredbe ne treba posebno tumačiti, pošto su one gotovo identične u svakom pogledu sa završnim odredbama koje se nalaze u većini međunarodno-pravnih instrumenata ovog tipa.

Što se tiče samog sistematizovanja materije koja je sadržana u Povelji, autorima teksta se može uputiti primedba da su mogli biti precizniji u tom poduhvatu, odnosno, tekst Povelje bi bio lakši za analizu i čitanje da su njegove logičke celine sistematizovane u posebna poglavlja kao što je to učinjeno u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950.),[18] a eventualni naslovi poglavlja mogli su glasiti: ciljevi Povelje, kolektivna prava, pravila o derogaciji pojedinih prava, osnovna prava i slobode, odnos prema drugim instrumentima ljudskih prava, nadzor nad primenom Povelje i završne odredbe. Ne može se reći da garancije prava i sloboda ne slede neku određenu logičku nit, niti da je Povelja koncepcijski loše postavljena, primedba se ne može staviti ni broju prepoznatih i garantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda, ali dodatni napor na njenom pravno – tehničkom poboljšavanju svakako bi dobro došao.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA - BUDUĆNOST POVELJE

Proces donošenja Arapske povelje o ljudskim pravima bio je izuzetno dug, od prve ideje, pa do stupanja Povelje na snagu proteklo je gotovo pedeset godina. Konačno, od 2008. godine, Povelja je na snazi, i svakako će biti važan faktor u daljoj promociji ljudskih prava u arapskom svetu, ali je i za pretpostaviti da će ista imati mnogo veću ulogu kao faktor međucivilizacijskog razumevanja, prvenstveno između arapske i zapadne civilizacije pošto se u današnje vreme taj odnos u mnogim pojavnostima očituje kao konfliktan i bremenit problemima nasleđenim još iz perioda kolonijalnih osvajanja. U tom smislu treba pozdraviti stupanje Povelje na snagu, pogotovu iz razloga što ista sebi postavlja visoke i plemenite ciljeve i teži da u prvi plan istakne potrebu modernizacije i usmeravanja novih generacija u pravcu prihvatanja univerzalnih vrednosti čitavog čovečanstva. Ovo naravno nikako ne znači negaciju dominantnog religijskog, pravnog, filozofskog, uopšte društvenog izraza u arapskim zemljama, već bi smo pre mogli tvrditi da Povelja predstavlja jednim modernim pravničkim izrazom

[18] Videti: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Rim, 1950.);*Instrumenti Saveta Evrope – ljudska prava; Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

iskazana ljudska prava koja Islam, ali i druge monoteističke religije zastupljene u arapskim zemljama svakako već odavno prepoznaju.

Ipak, treba istaći da postoji značajan prostor za unapređenje kvaliteta Povelje, pa ćemo u tom smislu ukazati na neka moguća poboljšanja. Pre svega, način na koji se Povelja u Preambuli i kasnije u članu 2. negativno određuje prema Cionizmu nije najpodesnije izabran, iz razloga što se ovde radi o jednom dokumentu koji uspostavlja jedan objektivni sistem prava ljudskih prava, pa je verovatno bilo uputnije izostaviti bilo kakvu političku konotaciju iz nje, što se i pokazalo u praksi, pošto se od strane određenih međunarodnih zvaničnika vrlo brzo pojavilo svojevrsno distanciranje od pojedinih odredbi člana 2. Povelje. Dokumentu koji pretenduje da bude dokaz i putokaz progresa u shvatanju, garancijama, promociji i zaštiti ljudskih prava i sloboda na početku njegovog života potrebna je sva moguća i nepodeljena podrška, i nikako ne može imati koristi od distanciranja od nje, učinjenih od strane onih lica koja su *per definitionem* pozvana da budu glavni promoteri ljudskih prava u svetu.

Sledeće, zabrana diskriminacije kao ključni princip prava ljudskih prava određena je taksativno, odnosno dat je *numerus clausus* osnova po kojima su autori teksta Povelje smatrali da diskriminacija može biti izvršena. Ovaj pristup svakako može biti poboljšan ubacivanjem teksta ''*i po bilo kom drugom osnovu, stanju ili statusu''* čime bi se proširila lista zabranjenih diskriminatornih osnova, odnosno, Povelja bi samim tim bila bolje prilagođena modernim tendencijama u pravu ljudskih prava, pošto smo svedoci da se u savremenom svetu pojavljuju i neki novi osnovi po kojima se neko može diskriminisati, a koji su do pre nekoliko godina ili decenija bili nezamislivi (kao tipičan primer navešćemo da gojazni putnici na letovima Er-Fransa moraju platiti 75 procenata veću cenu karte od putnika koji nisu gojazni, a isto se pravda razlozima bezbednosti vazdušne plovidbe).

U tekstu je već pomenuto, pa ovde koristimo priliku da još jednom podsetimo da je tekst Povelje mogao biti sistematizovan po poglavljima, čime bi Povelja u vizuelnom i u pravno-tehničkom smislu svakako dobila na kvalitetu.

Ono što više nedostaje Povelji od sistematizacije po poglavljima jeste uvođenje kvalitetnog sistema nadzora nad implementacijom njenih odredbi u nacionalne pravne sisteme, kao i nadzora nad poštovanjem i zaštitom ljudskih prava u zemljama potpisnicama. Komitetu za ljudska prava formiranom po ovoj Povelji data su simbolična ovlašćenja koja gotovo da i ne opravdavaju njegovo postojanje. Ovako postavljena ovlašćenja Komiteta su svakako odraz činjenice da u značajnom broju arapskih zemalja politički sistemi imaju specifične pojavne oblike (doživotni predsednici, nasledni predednici u okviru jedne porodice, jednopartijske države, specifični oblici

teokratske vlasti...), što svakako ne predstavlja najidealniji okvir za uvođenje jednog nezavisnog tela sa velikim ovlašćenjima, a koje bi bilo zaduženo za sudsku zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Naposletku, možda je i politički korektnije ne formirati Sud za ljudska prava dok se za to ne steknu stvarni uslovi, a Povelja u svojim završnim odredbama ostavlja mogućnost da bude menjana i dopunjavana dodatnim protokolima, kao da su na taj način i sami autori teksta hteli da ostave mogućnost da se jednog dana formira i Arapski sud za ljudska prava, kao nezavisni sudski organ koji će u arapskom svetu imati konačnu reč u pogledu sudske zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Budućnost Arapske povelje o ljudskim pravima je neraskidivo povezana sa budućnošću ljudskih prava i sloboda u arapskom svetu. ''Arapsko proleće'' kao svojevrstan (da parafraziramo Samjuela Hantingtona) ''četvrti talas demokratizacije'', svakako kao jedan od svojih uzroka ima i potrebu za odbacivanjem krutih jednopartijskih režima i sistema doživotne vladavine nezamenljivog predsednika, što je jasan signal kretanja arapskih društava ka daljoj, široj i obuhvatijoj adopciji univerzalnih standarda ljudskih prava kroz proces demokratizacije arapskih država.

Neizbežno je da se u ovom procesu otvore brojna pitanja iz oblasti poštovanja i zaštite ljudskih prava, u čemu će Arapska povelja o ljudskim pravima biti prvi i nezaobilazan oslonac u njihovom redefinisanju i kretanju ka univerzalizaciji standarda, što su u konačnom, arapske zemlje sebi i postavile kao cilj donoseći ovu Povelju.

PREGLED KORIŠĆENE I CITIRANE LITERATURE

- *Arab Charter on Human Rights(2004);* www.acihl.org.
- Perović, S. *Prostorne dimenzije pozitivnog i prirodnog prava* ; Pravni život, broj 1-2, Beograd, 2011.
- Smailagić, N. *Leksikon Islama*; Svjetlost, Sarajevo, 1990.
- Weeramantry, Ch. G. *Islam and Human Rights*; in *Islamic Jurisprudence* ; London, Macmillan, 1988
- Commonwealth of Independent States – Convention on Human Rights; www.obs.coe.int.
- Al-Midani, M.A. *The enforcement Mechanisms of the Arab Charter on Human Rights and the Need for an Arab Court of Human Rights;* www.acihl.org.
- Al-Midani, M.A. *The League of Arab States and the Arab Charter on Human Rights;* School of Law, Boston University, Boston, USA, October 2005
- Shaw, M.N. *International Law, 4th edition,* Cambridge university press
- Rishmawi, M. *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?;* Human Rights Law Review (2005)5 (2), Oxford
- *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, Aug. 5, 1990, U.N. GAOR,
  World Conf. On Human Rights.,4th Sess., Agenda Item5,U.N.Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993) [English translation]. University of Minnesota, Human Rights Library
- *Arab Charter on Human Rights (1994)* , University of Minnesota, Human Rights Library
- *Universal Islamic Declaration of Human Rights,* adopted by Islamic Council on Europe on 19 September 1981, University of Minnesota, Human Rights Library
- Univerzalni dokumenti o ljudskim pravima, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.
- *African Charter on Human and Peoples' Rights;* University of Minnesota, Human Rights Library
- Instrumenti Saveta Evrope – ljudska prava; Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2000.

Miloš Petrović, PhD
State University of Novi Pazar

ARAB CHARTER ON HUMAN RIGHTS – A CRITICAL REVIEW

Within international-legal regulations, human rights have been recognizing, since few years ago, the codifications in universal and regional, continental levels (European, inter-American, African). Since Arab Charter on Human Rights was introduced in 2008, we were able, for the first time, to face the particular system of human rights that is codified within the framework of a special civilization and legal domain that is not confined to the continents for the reason of Arab countries of Asia and Africa have been the signatories. The Charter, concerning its text, made a significant deflection from the traditionalists' approach to human rights that had been so specific for the Arab world. It was written in a universal spirit, so it almost does not differ in its legal and technical sense from similar documents that establish the universal and particular systems of human rights elsewhere in the world. The mere process of acquiring the Charter was quite long and complex, and it was adopted for the first time in 1994, but it was not empowered, until revised and modified Charter form 2004 was legally introduced and decreed in 2008. Even though modernized, the Charter has several drawbacks. The most conspicuous one is the lack of adequate mechanism of protecting human rights. Therefore, there are initiatives set in the Arab world that the Charter be complemented by a Protocol that would establish the Arab Court for Human Rights, resembling to similar courts that thrive on European, American and African continent, with more or less achievement.

Key words: *human rights, the Arab Charter, the League of Arab States*

МА Тијана Перић,
истраживач- приправник,
Институт за политичке студије

УДК 340.143:316
Оригинални научни рад

ПАУНДОВА КРИТИКА МЕХАНИЧКЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

У чланку аутор анализира критику механичке јуриспруденције америчког социолога права Роска Паунда. Ова критика представља напад на јуристичку доктрину 19. века по којој судска одлука нужно следи кроз процес формалне логике засноване само на меродавно датој премиси. Механичка јуриспруденција је промашила циљ права будући да није узимала у обзир ванправне елементе који неретко имају пресудан значај при доношењу судске одлуке. Ова судска доктрина је чезнула за механичком извесношћу исхода, што је догматски и социолошки нереално. Механичка јуриспруденција је сводила улогу судије на логички аутомат који је само способан да барата логичким инструментима и да не разматра социолошку страну спорног случаја. Механички облик примене права изричито је забранио судији да примењује дискрециони елеменат у судовању, плашећи се његове злоупотребе и прерастања у произвољно расуђивање, које се не може олако предвидети.

***Кључне речи**: Роско Паунд, механичка јуриспруденција, социолошка јуриспруденција, правни силогизам.*

1. Уводна разматрања

Богата научна продукција Роска Паунда побуђује велико интересовање академске заједнице, почев од почетка 20. века, када је он ступио на правничку сцену као баштиник социолошке јуриспруденције па до данашњих дана када је његово дело поново актуелизовано на нашем поднебљу. Почетком 21. века и на српски је преведено Паундово монументално дело „Јуриспруденција“, које баца ново светло и отвара нову, синтетичку димензију Паундовог програма социолошке јуриспруденције. Иако се Паундово дело може посматрати кроз призму теорије права а превасходно социологије права, изненађује нас чињеница да на нашем простору нема ниједне студије која истражује Паундов однос према механичкој јуриспруденцији. Та

чињеница је за аутора овог рада инспиративна и покретачка јер представља пионирски подухват за младог истраживача који је на почетку своје каријере запловио у непознате воде, ослањајући се на постојеће карте које могу да га одведу у погрешном правцу.

Читајући обимну Паундову грађу, налазимо да је *критика механичке јуриспруденције, прецизније речено раскринкавање механичке јуриспруденције*, *центрипетална сила Паундове социолошко-правне теорије.* Којом год темом би се бавио, он се увек критички освртао на механичко резоновање у праву, дајући приказ идеалније слике примене права по којој судије нису пуки механички извршиоци, већ креатори права, који стварају судска правна правила на темељу сопственог знања о друштву.

Тема коју истражујемо третира проблем судског резоновања и социолошког метода у примени права. Истражујући овај сегмент Паундовог опуса кретали смо се у границама социологије права, будући да наша тема задире у домен примене права, делом и у област стварања права и анализе правничке професије на примеру судства, а не у област правне логике, како *prima faciae* може да изгледа.

У овом раду анализирамо две конфликтне перспективе у примени права, механичку и социолошку јуриспруденцију, које на опозитан начин перципирају судијско расуђивање и улогу судије у процесу примене права. Теми смо приступили из угла посматрања англосаксонског правника, у препознатљивом маниру наклоности према судовима и она представља критику стерилности формалне логике коју карактерише снажан конструктиван елемент и комплексан појмовни апарат.

Наше истраживање полази од Паундове реакције на суштинске проблеме америчког судства и даје приказ његовог социолошког погледа на право и судове. Кроз Паундово зазирање од претераног логицитета долазимо до новог позива судије као социјалног инжењера, који приликом решавања спорног случаја узима у обзир социјални контекст, консултујући социологију права.

Аутор овог рада у страницама које следе настојаће да докаже да је Паундова критика стерилности механичке јуриспруденције истовремено и његово пледирање за социолошку јуриспруденцију и да се Паундов најоригиналнији допринос тој новој јуриспруденцији огледа у померању тежишта у доживљају судије као логичког аутомата до улоге судије као социјалног инжењера.

Употребивши технократски појам за нову улогу судије, Паунд постаје авангардан дајући судији задатак да учини да правни принцип

живи и да се прилагођава друштвеним потребама, да судија темељно гради мање амбициозан али друштвено кориснији рад, да интелигентно примењује принцип на конкретан случај и да подстиче функционалност правила. *Речју, да примењује социолошки метод у решавању конкретног случаја*. Овај метод у Паундовој интерпретацији огледа се у *функционалном проучавању правног система као специјализованог инструмента друштвене контроле.*

У раду се апострофира да примена права није чисто механичке природе и да она не подразумева логичко већ морално просуђивање у погледу одређених ситуација и начина посматрања сходно посебним околностима које никада нису идентичне. Такво просуђивање подразумева интуитивно закључивање засновано на искуству и такве судове не би требало исказивати у коначно формулисаним нормама. Доказује се да дати случај не би требало прилагођавати норми већ *vice versa*, норму датом случају.

Критика механичке јуриспруденције је Роска Паунда увела у сферу филозофије права у којој је он показао отпор ка дедуктивној методи, идеји да се сви правни прописи потенцијално налазе у глави правника и правној теорији која је дубоко склизнула у логику и постала анахрона у односу на социјалну збиљу и истинске друштвене потребе. Својом бритком расправом о механичкој јуриспруденцији Паунд је афирмисао потребу за социологијом права која омогућава судији да премости дубок јаз између традиционалних правних категорија и стварности права у датој друштвеној средини. Не критикујући овде Паундову критику механичке јуриспруденције, предлажемо да њему допустимо да нам презентује своју расправу.

1.1. Механичка јуриспруденција – мумификација ванправних елемената

„Право је аутоматска машина... стави се спор горе и извуче готова одлука доле“. [1]

Механичка јуриспруденција је начин закључивања који настаје подвођењем конкретног чињеничног стања (*premisa minor*) под правно правило (*premisa maior*) те се одлука у конкретном случају јавља у облику процеса супсумпције чија је мисаона шема правни силогизам.[2] Овај вид судског расуђивања (кажемо судског јер је оно парадигма

[1] Kantorowich, *Rechtwissenschaft und Sociologie*, 1911, 5.

[2] О правном силогизму видети: Б. Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 244-249.

правног расуђивања) перципира судију као логички аутомат, као машину која несвесно примењује правна правила и удовољава захтевима правне технике. Овај вид судске методологије полази од претпоставке о садржинској и логичкој потпуности правног поретка у којем се могу наћи решења за сва питања која се пред судом појаве.[3] По овом гледишту, примена права је пука механичка активност која се исцрпљује у тумачењу права а судија је само једна марионета чији су аксиолошки и стваралачки аспекти личности крајње угушени и укалупљени у оквире категоричког силогизма. Овај аутоматизам, премда сврсисходан због правне сигурности или да прецизирамо, због психолошке потребе за сигурношћу, као најзначајнијег чиниоца представе о праву, није могућ у великом броју случајева јер не може да јемчи потпуно исправан закључак. Сам термин аутомат асоцира на мањак делатног и стваралачког, на штанцовање пресуда по шаблону и на свођење целокупног судског процеса на логичку операцију. Прихватањем механичке јуриспруденције судијска професија доживљава свој фијаско, будући да је то професија која ни у ком случају не сме да се сведе на афирмацију логике. Стваралачка и креативна компонента су саставни елементи професије коју обављају судије и оне не смеју да буду потиснуте у други план.

Правни силогизам брани судији да у решавању конкретног случаја дође до изражаја његова личност, психолошки сегмент расуђивања, знање о правној и социјалној потки резоновања. Овако конципиран метод примене права стоји на бранику логичке исправности судске одлуке чинећи мумификацију ванправних елемената који неретко имају пресудну улогу у пресуђивању. Доведен до крајњих консеквенци, овај метод тумачења и примене права своди се на логичку дедукцију решења из затвореног правног система, не узимајући у обзир вредности које норма штити, нити циљ норме. Механичка јуриспруденција нам не даје одговор на питање како правници расуђују јер њено главно средство (логика) је апстрактан, безличан и затворен систем. Уз то, судска одлука која се повинује само ауторитету логике не може са сигурношћу да тврди да ли је судија адекватно протумачио значење израза у премисама. Она негира чињеницу да је судско расуђивање комплексно и да на њега утиче низ фактора, што значи да оно није само техничког карактера и да је његова методолошка структура знатно сложенија. Немамо амбицију да у овом раду запловљавамо у воде правне логике испитујући методолошку структуру судијског закључка, јер бисмо тиме проширили тему и вероватно се насукали на Рт Хорн судске методологије.

---

[3] Детаљније о томе код: Р. Васић и К. Чавошки, *Увод у право 2*, Београд 1997, 242.

Упориште америчке варијанте мехничке јуриспруденције било је лоцирано на Харварду. На овом угледном Универзитету дуго се неговало становиште његовог тадашњег декана Кристофера Ленгдала да је право „наука“ која би требало да изучава у лабораторијама, тј. библиотекама, правне случајеве из којих, извлачењем општих правних принципа, право може постати ефикасније. За Ленгдала су „библиотеке за правнике оно што су лабораторије за хемичаре и физичаре или оно што су музеји за природњаке“.[4]

Паунд ће се ухватити у коштац са овим Ленгдаловим ставом који се дуго неговао на престижном Универзитету и на тај начин утицао на поколења судија и правника да усвоје механичку јуриспруденцију са њеним арсеналом логичких инструмената као професионални стандард примене права. Сматрало се да су предности механичке јуриспруденције знатне, да она обезбеђује ауторитативне основе одлучивања који су познати пре него што је до спора дошло, да спречава погрешке код индивидуалног просуђивања, да снабдева управног службеника и судију стандардима у којима су формулисане етичке идеје заједнице, да је препрека против неприкладних мотива и ћефова оних који обављају правосудну функцију, као и да она пружа судији корист целокупног искуства његових претходника и спречава да се жртвују највиши друштвени и индивидуални интереси.[5]

У механичкој јуриспруденцији, жеља за формалним савршенством као циљем постала је одлучујућа побуда, док су се правда и уопште ванправни елементи у конкретним случајевима изгубили из вида. Судије су биле усмерене на стварање логичке садржине принципа кроз ригидну дедукцију са циљем да се омогући сигурно предвиђање судских одлука, по могућству до најситнијих детаља. Овај идеал је тешко остварив, јер је друштвени живот динамичан, непредвидив, те се изнова јављају ситуације које захтевају нови начин примене правних прописа. Механичко судовање је оваквим резоном дошло до ћорсокака јер је пренебрегло чињеницу да је право практична ствар и да оно мора да се хармонизује са захтевима новог доба.

---

[4] J. Frank, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton, New Jersey 1973, 225. Франк на овом месту критикује Ленгдалов став називајући га „бриљантним неуротиком“. Ленгдалов став занемарује реалан живот и фаворизује само оно што се налази у књигама. Према Ленгдаловим речима: „Оно што квалификује једну особу да предаје право није ни искуство из рада у адвокатској канцеларији, ни искуство до ког се дошло радом са људима, нити искуство са суђења или аргументи са парница, речју, не примена права, већ искуство стечено изучавањем права“.

[5] Р. Паунд, *Јуриспруденција књига 1*, Београд – Подгорица 2000, 487.

1.2. Паундов обрачун са догматизмом и формализмом - критика механичке јуриспруденције

Роско Паунд је ступио на америчку правну сцену 1906. године, када је на годишњој скупштини Америчког удружења адвоката одржао говор под називом „Узроци народног незадовољства правосуђем". Потреба за Паундовим критичким погледом на америчку јуриспруденцију није била потреба академског карактера већ чиста нужност. Овај ватрени говор, по мишљењу многих критичара најавио је једну од најсјајнијих каријера у америчком праву и науци о праву.[6]

Паунд, тада млађани професор (у раним тридесетим) оштром интонацијом је окарактерисао правосудни систем САД као архаичан, анахрон у ком је судска моћ ишчезла. Судови су губили време на баналним карактеристикама правничке етикеције, а законодавство је било окрутно. Стављање судова у службу политике је скоро уништило поштовање према судијској клупи.[7] Све узроке народног незадовољства правосуђем Паунд је систематизовао у четири групе: 1. узроци који су карактеристични за сваки правни систем; 2. узроци особени за англо-амерички правни систем; 3. узроци који леже у америчкој организацији правосуђа и 4. судског поступка као и узроци који потичу од администрације у правосуђу.[8]

Својом оштром реториком и даром за студиозно уопштавање, он је означио прекретницу у целокупном правничком мишљењу и реформи правосуђа, стекао респект у својој бранши и прокрчио пут ка критици механичке јуриспруденције. Како је метафорично приметио Џон Вигмор: „Конзервативни правнички умови су дигли узбуну поводом овог говора, режећи попут вучјака који чувају стадо оваца када осете вука; инстинкт им је говорио да постоји велика опасност у говору њиховог колеге који је причао као вук реформатор у кожи овчице“.[9]

Своју критику механичке јуриспруденције или „јуриспруденције концепција“ Паунд је изложио у чланку објављеном 1908. године под

---

[6] Т. Инђић, *Паундово заузимање за филозофију права*, предговор за: Р.Паунд, *Увод у филозофију права*, Подгорица 1996, 15-17.

[7] J. H. Wigmore, „Roscoe Pounds St.Paul Addres of 1906: The spark that kindled the White flame of progress“, *Journal of the American judicature Society*, vol. 20, No. 5, February 1937, 177.

[8] Ibid. , 176.

[9] J. H. Wigmore, ibid. , 17.

насловом „Механичка јуриспруденција“.[10] Овај чланак је постао класик у Паундовом опусу, који ће он интерпретирати све до смрти 1964. године. Како је то запазио Триво Инђић, Паунд је „заправо и свој почетни утицај на правну филозофију остварио као жесток критичар правног концептуализма, окошталог појмовног апарата, аксиома, максима, глоса и доктрина, који се поистовећују са реалношћу и истином, служе као *a priori* постулати и употребљавају се за силогистичко умовање у правосуђу“.[11]

Прво што пада у очи приликом изучавања тог Паундовог чланка је чињеница да он није дао детаљно одређење синтагме механичка јуриспруденција. Ово чуди, с обзиром на Паундову склоност ка егзактним дефиницијама коју му је у заоставштину оставио докторат из ботанике. До дефинисања овог појма прошло је пола века и он у свом петотомном, монументалном делу „Јуриспруденција“, дефинише ову синтагму. Наиме, механичка јуриспруденција или „јуриспруденција концепција“ је „систем логичких дедукција на основу утврђених ауторитативних смерница којима се руководи судија приликом доношења судске одлуке“.[12] У расправи о механичкој јуриспруденцији Паунд даје приказ екстремне идеје о томе да је суд „судски аутомат“ у који се убацује новац да би се дошло до пресуде и да је судска функција само функција обичног арбитра. Ова симплификована идеја постала је побожна фикција америчког судства у 19. веку.

Критичар Паунд је механичку јуриспруденцију означио као научну, будући да они који управљају правосуђем верују у њену научност. Али уистину, она нимало није научна. Не можемо нешто да сматрамо научним само због тога што показује строгу шему дедукција изведених из *a priori* концепција.[13] Сам Паунд је следио Полокову мисао по којој „модерно право не може да избегне научни и вештачки карактер због захтева за пуном правдом, једнаком правдом и прецизном правдом“.[14]

Научно право је скуп принципа који регулишу функционисање правосуђа и спречавају произвољност у судском одлучивању (судске хирове). Паунду је било јасно да је право приморано да преузме научни карактер да би било потпуно, једнако и прецизно, што је уједно и

---

[10] R. Pound, „Mechanical jurisprudence“, *Columbia Law Review*, vol.8, December 1908, 605-625.

[11] Т. Инђић, ibid. , 17.

[12] Р. Паунд, *Јуриспруденција књига 1*, Београд-Подгорица 2000, 485.

[13] R. Pound, „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, vol.8, December 1908, 608.

[14] Ibid. , 605.

разлог његовог постојања. Оно је научно да би спречило корупцију и судијско игнорисање. Како Паунд вели, право је научно због науке а сама научност права је „златна средина која се цени према резултатима који се постижу у раду правосуђа а не према лепоти своје унутрашње структуре; не цени се право лепотом свог логичког поступка нити стриктношћу којом његова правила следе догме и њихов постанак“.[15]

У овако појмљеном научном правном систему треба се заштитити од две опасности: прва од њих тиче се учинка који има научни и вештачки карактер права на јавност, а друга опасност се рефлектује кроз ефекат оваквог карактера права на судове и правничку професију. Респектујући прву опасност, није згорег запамтити да право не би требало да постане превише научно да би људи ценили његове учинке. Право има практичну функцију регулисања свакодневних односа и остваривања савремене идеје *fair play*. Оно не сме да постане превише вештачко и да се издигне изнад свакодневног живота, да га јавност не би перципирала као произвољно у целости. Паунд је изнео став да правна теорија не може да опстане као света традиција у модерном свету, као што то чини политичка теорија.[16]

Ефекат који има научни правни систем на судове и правничку професију је видљивији и далекосежнији. Неретко се дешава, примећује Паунд, да логички елементи скамене предмет који систематизују, да елиминишу индивидуалну иницијативу у будућности, да угуше независна разматрања нових проблема и да наметну идеје једне генерације другој. Камен спотицања напретка јуриспруденције према Паундовој процени је „доминација духова покојних стручњака чији су звучни методи заборављени, док њихове одлуке слове за јеванђеља“.[17]

Научно право 19. века карактерисала је тенденција да се оно дегенерише, да склизне у пуку технику и да научна јуриспруденција постане механичка јуриспруденција. То судију ограничава на пуки логички аутомат, на чисто механички задатак и на повиновање логичком ауторитету. Узрок ове тенденције Паунд проналази у томе да се: „у просечном човеку пронађе дивљење за природност у било којем правцу, у његовој наклоности ка стручности као манифестацији надарености, његовом осећају да право, као развијена институција, мора да има одређени баласт тајанствене стручности“.[18]

---

[15] Ibid.

[16] Ibid. , 606.

[17] Ibid. , 606-607.

[18] Шире о томе ibid. , 607.

Најпримитивнији степен механичке јуриспруденције постиже се када се концепције (појмови) не користе као полазне премисе већ као крајње солуције (одлуке).

Следећи утабани пут механичке јуриспруденције, научно право је вешто настојало да се ослободи несигурности и личних ставова при изрицању правде, што је резултирало заблудом и бесмислицом да је судска примена права механички процес и само једна фаза у тумачењу права. Кроз механичку јуриспруденцију која је имала империјалистичке претензије да све сведе на детаљно правило, да развија традиционални дух кроз фиксиране премисе, потиснуте су и дискредитоване умне моћи судија и дискрециони елемент у расуђивању. Стајући на браник судијске професије, Паунд цени да је лаичко цепидлачење над правилима и прописима далеко испод оног за шта су судије способне. Судије су, по њему, кадре да стварају право, да решавају свакодневне проблеме са којима се људи сусрећу а не само да „механички уклопе дати случај у тесну кожу норме или правног лека“.[19] Овакво свођење улоге судија на другоразредни значај било је последица уврежене догме о подели власти по којој судови само тумаче и примењују законе слепо се придржавајући правила логике, без имало креативности. Судије поклоници механичке јуриспруденције не верују ни у шта друго осим у чврсту одлуку, која се заснива на механичкој примени права, те је супротна здравом разуму и практичности. Добар део права које стварају судије састоји се из чврстих одлука тако да једна одлука постаје прецедент за другу, још чвршћу, те право на послетку постаје сметња за интервенцију правичности.[20]

Судски процес, према ком се сваки судија англосаксонац опходи са поштовањем и због ког је судство у САД у залеђини од остатка енглеског говорног подручја, патило је због механичке јуриспруденције. Теоријске концепције случајева осујетиле су законодавну намеру и судску праксу учиниле ригидном и јаловом. Профил судија сводио се на два модела: 1. на оне који се диче великим знањем и судијском независношћу и рецитују строге одлуке (Ерловом терминологијом исказано) и 2. судије које своја гледишта заснивају на темељу сирове непристрасности узрока трагајући по уџбеницима за случајевима који би поткрепили жељене резултате. [21] Ниједан од ових

[19] Р. Паунд, *Увод у филозофију права*, Подгорица 1996, 92.

[20] Паунд наводи сијасет примера бесмислености механичке јуриспруденције али најбоље примере проналазимо у начину на који common law судови резонују у трговинском праву, начину на који се одвија доказни поступак и поступак узев у целини. Видети: R. Pound, „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, vol.8, December 1908, 611,620.

[21] R. Pound, „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, vol.8, December 1908, 620.

профила није обећавајући, јер су делиоци правде били заробљени у шаци јуриспруденције концепција која им не дозвољава да дигну глас против псеудо-научних техничких правила.

У својој расправи, Паунд се обрачунао са формалном логиком, са универзалном идејом логике права. Према његовом мишљењу, судске одлуке се не заснивају на дедукцијама из претпостављених начела о људској природи, већ се од њих тражи да се темеље на људским потребама и на уважавању посебних аспеката сваког случаја. Свог истомишљеника у погледу значаја који треба дати логици, Паунд је пронашао у Вилијему Џејмсу који сматра да су „теорије оруђе, а не одговори на енигме са којима се можемо одмарати.“[22] Тиме је Паунд конципирао свој *ceterum censeo* да је логика у праву позиционирана као инструмент.

Срж америчке механичке јуриспруденције је схватање да се правни прописи налазе у једном идеално замишљеном поретку *common law*-а, у којем постоји идеална, логички међу собом зависна целина правних прописа, до које се долази логичком дедукцијом на основу ставова класичних ауторитета у *common law*-у. Изучавајући судско-механички процес Паунд је запазио да њега чине три корака: 1. проналажење права; 2. тумачење прикупљеног материјала и 3. примена одговарајућег прописа. Сам процес проналажења права и селекције није ништа друго до избор између фиксираних прописа унапред одређеног садржаја који установљава механичку примену тј. прилагођавање чињеница правилу. Како стоје ствари, евидентно је да судови поступају у циљу селекције која упућује на фиксиране прописе, на индуктивну, дедуктивну или на селекцију изван правног система. Не постоји стандардни метод који би одлучио о примату ових избора, те је ментални склоп судије или доступност резултата одлучујући фактор при овом избору.[23]

Незаобилазна референца у проучавању механичке јуриспруденције је Паундова дихотомија „право у акцији и право у књигама“ која је прерасла своје просторне и временске оквире и означава „јаз између правног фактицитета и правног нормативитета, који се раздвајају у две сфере у правном тоталитету“.[24] Ову дихотомију означићемо као нову *парадигму о несинхронизованости правних прописа и друштвеног живота*, што је уједно и окосница Паундове социолошке јуриспруденције. Механичка јуриспруденција

[22] R. Pound, „Mechanical Jurisprudence“, *Columbia Law Review*, vol.8, December 1908, 608.

[23] R. Pound, „The Theory of Judicial decision“ , *36 Harward Law Review*, 1923, 943.

[24] С. Врачар, *Паундова презентација јуриспруденције, поговор за Јуриспруденцију књига 3*, Београд 2000, 354.

кореспондира „праву у књигама“ које представља укупност норми које се односе на идеалну представу о праву. „Право у акцији“ је чиста примена права која неретко одудара од идеално конципираних норми које у пракси бивају непримењиве, неделотворне, стерилне због своје логичке педантности. Паунд сматра да на овај раскорак утичу следећи чиниоци: навике у јуристичком мишљењу које су у супротности са социјалним, економским и филозофским мишљењем, заосталост у легислативи, која је попут права које стварају судови крута, оптерећена сувишним детаљима и не оставља довољно простора за судску акцију у индивидуалним случајевима а ту су и недостаци америчке административне машинерије.[25] Асиметрија између права у књигама и права у акцији, између правила која се односе на уређивање људских односа и оних који се уистину збивају, истовремено је и раскорак између правне теорије и администрације у правосуђу.[26] Да би се право у књигама довело у склад са нужностима акције, Паунд предлаже да се дају шира овлашћења пороти и да се премости јаз између принципа и животних ситуација услед којих је право постало претерано механичко и више није ефикасан инструмент за остваривање правде. Паундов стратешки предлог за решење ове конфузије је спој две професије у једној личности, спој права и социологије који рађа нову професију, професију правника-социолога. Нов позив правника-социолога је да право у акцији прилагоде праву у књигама, како Паунд вели: „не испразним ватреним говорима против правне мањкавости или елоквентним опоменама на послушност писаном праву, већ да створе такво право које ће се примењивати брзо, јефтино и ефикасно“.[27] Да би нов позив правника био успешан потребно је да усвоје нове принципе који изражавају дух времена, да погледају у очи чињеницама људског понашања и да узму у обзир економију, филозофију и социологију права и да схвате да јуриспруденција није самодовољна на шта је громко указивала механичка јуриспруденција.[28]

---

[25] R. Pound, „Law in books and law in action“, *44 American Law Review*, 1910, 24.

[26] Ibid. , 15.

[27] Ibid. , 35.

[28]Ibid. Место о ком је реч гласи: „Правници не смеју да постану правни калуђери и не смеју да дозволе правним текстовима да захтевају светост и иду путевима светих писама“. Паунд је држао до става да је механичка јуриспруденција елиминисала судско срце и савест јер се од судије очекивало да случај сведе „на углове странице књиге“. Он је искрено веровао да се у реалности „месо и крв више неће покорити механичкој јуриспруденцији“ и да ће „душу права сачувати ритуал у ком ће људи а не правила управљати правосуђем“. Ibid. , 20.

Закључак:

На послетку Паундове критике механичке јуриспруденције даћемо нашу евалуацију Паундове критике. Сматрамо да је ова критика била индикатор потребе за променом круте, нефлексибилне судске методологије и за развојем америчког судства. Механичка јуриспруденција се претерано удаљила од социјалног живота због погрешног трагања за коначним истинама. Мишљења смо да је Паундова потреба да критикује јуриспруденцију концепција била мање доктринарна а више прагматична, окренута на животне ситуације. Она је „вапај“ за новим кључним вредностима у судијској професији, које перципирамо као креативну интелигенцију, богато правничко знање и морално расуђивање. Кроз Паундову критику механичке јуриспруденције провејава још увек (али не задуго) неисказана, прикривена идеја о артикулацији једног интелигентног, социолошког метода решавања друштвених сукоба. То је био камен темељац идеје о социолошкој јуриспруденцији.

Из критике механичке јуриспруденције видљиво је да се судијско резоновање одвија по диктату категоричког силогизма, који није адекватан оквир за разумевање и објашњење процеса судског одлучивања односно изрицања правде. Претерано удовољавање захтевима правне технике уопште није ни битно за разумевање суштине судске одлуке и судијске професије. Овај став који данас има аксиоматски карактер и велики број присталица, први је утемељио Роско Паунд у изнетој критици. Сви потоњи теоретичари који су се бавили проблематиком судског резоновања и улоге логике у процесу судовања наслањају се на Паундове закључке. Данас је већ универзално и необориво мишљење да је судијско расуђивање као парадигма правног расуђивања превасходно проблемског карактера којем се *post festum* (пошто се реши конкретан проблем) даје силогистичка форма.[29] Стара шема по којој правило и чињенице дају судску одлуку је овом критиком превазиђена, као што је превазиђена и идеја о улози логике као водиље у примени права. Као што је својевремено закључио Џером Франк, најпознатији представник америчког правног реализма: „ постоји боља основица захтева за извесношћу и предвидљивошћу од инсистирања на дечјој жељи да се буде од некога вођен“. Бољу основицу од логике проналазимо у арсеналу инструмената којима располаже социолошка јуриспруденција, која узима у обзир не само правна правила већ и подстицаје који имају утицаја на судију као и његов карактер и знање о друштву приликом доношења одлуке.

---

[29] О томе детаљније у студији Ј.Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 1988, 232.

У правничким круговима Роско Паунд није остао упамћен по овој критици иако је она била његов најамбициознији и најапстрактнији подухват, будући да је писана на почетку његове правничке каријере, без дипломе правника у рукама и са храброшћу која заврређује поштовање и дивљење.

Tijana Perić, MA
Institute of Political Science,
Belgrade

POUND'S CRITICS OF MECHANICAL JURISPRUDENCE

In this article author analise critics of mechanical jurisprudence of american legal sociologist Roscoe Pound. This critics attacks legal doctrine which was actual in 19th century, according to which legal decision is product of process of formal logics based on legal formalised premises. Mechanical jurisprudence missed the aim of law because it wasn't taking into consideration non legal elements which are often crucial for bringing legal decision. This jural doctrine was longing for mechanical outcome certainty, what is dogmaticly and sociologicly unreal. Mechanical jurisprudence was bringing down the role of judge on the logical automat which is able only to use logical instruments, not to taking into consideration sociological side of legal case. Mechanical form of law application expressly baned judges to apply discretional element in adjuducation, affraiding of it's manipulating and transformation into arbitrary reasoning which isn't easily predictable.

Key words: *Roscoe Pound, mechanical jurisprudence, socilogical jurisprudence, legal syllogism*

Литература:

Кошутић Б, Увод у јуриспруденцију, ЦИД, Подгорица, 2008.

Васић Р, Чавошки К, Увод у право 2, Драганић, Београд, 1997.

Frank J, Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton, New Jersey, 1973.

Паунд Р, Јуриспруденција књига 1, ЦИД, Београд – Подгорица, 2000.

Паунд Р, Јуриспруденција књига 2, ЦИД, Београд – Подгорица, 2000.

Паунд Р, Јуриспруденција књига 3, ЦИД, Београд – Подгорица, 2000.

Паунд Р, Увод у филозофију права, ЦИД, Подгорица, 1996.

Pound R, „Mechanical jurisprudence“, Columbia Law Review, vol.8, December 1908.

Pound R, „The Theory of Judicial decision“, 36 Harward Law Review, 1923.

Pound R, „Law in books and law in action“, 44 Am. Law Review, 1910.

Wigmore J.H, „Roscoe Pound's St.Paul Addres of 1906: The spark that kindled the White flame of progress“, Journal of the American judicature Society, vol. 20, No. 5, February 1937.

Хасанбеговић Ј, Перелманова правна логика као нова реторика, Београд, 1988.

Др Александар Фатић,
научни саветник,
Институт за међународну политику
и привреду

УДК: 342.53 (410)
Оригинални научни рад

ОГРАНИЧЕЊА ПРАВНОГ РЕГУЛИСАЊА ЕКСТРЕМИЗАЦИЈЕ ДЕСНИЦЕ У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ

Текст се бави односом између политички изражене воље британског друштва у вези са порастом популарности екстремне десније и могућности које стоје на располагању британском законодавцу да нормира испољавање екстремно десничарских сентимената. Иако је пораст десничарског расположења у Великој Британији забрињавајући, и довео је до низа нереда и насиља на улицама лета 2011. године, у овој земљи не постоје никакве иницијативе да се законодавно одговара на ту врсту промене друштвеног расположења. Недостатак тог репресивно-регулативног законодавног рефлекса показује суштинске разлике између неких методолошких и структурних димензија британског и европског, а посебно британског и права земаља са совјетским, позитивистичким правним наслеђен, о чему текст пружа извесне коментаре у свом завршном делу.

Кључне речи: *екстремна десница, законодавство, Национална партија, Конзервативна партија, изборна подршка, имиграција, расизам.*

Десничарски утицај на јавну политику у Великој Британији

Велика Британија је специфичан и, унеколико парадигматичан, случај десничарског утицаја на јавну политику који, с једне стране, не одговара формалној подели политичких странака на јавној сцени на левичарске, центристичке и десничарске, а с друге стране, наизменично ужива изборну подршку друштва, да би се она врло брзо преокренула у радикалне протесте. Историјско памћење британског друштва у прошлом и овом веку бележи десничарску политику као негативан феномен („тачеризам“), а британски интелектуални кругови су традиционално изразито левичарски оријентисани. Истовремено, у британском друштву постоји велика напетост између идеала социјалне

правде који је у неким другим европским земљама (пре свега у Скандинавији) постао друштвена норма, и снажне верзије економског и политичког либерализма који је карактеристичан за САД. У целини, политичка и социјална позиција Британије у Европи као земље на размеђу континенталне и трансатлантске структуре идентитета и идеологије рефлектује се у пуној мери и на јавну политику и схватање политичке деснице.

Иако се на политичкој сцени Велике Британије формално Национална партија сматра екстремном десницом, та партија (чији је лидер својевремено био Педи Ешдаун, некадашњи Високи представник међународне заједнице за Босну и Херцеговину) до августа 2011. године у британском друштву и у парламенту је била маргинална и није имала фактички никакав утицај на јавну политику. Реч је о странци која је стално доживљавала изборне дебакле и која артикулише ставове једног привилегованог али непопуларног дела друштвене елите. Међутим, после нереда који су избили широм Велике Британије августа 2011, садашњи лидер Националне партије, Ник Грифин, привукао је пажњу светске јавности изјавом да је Британија „на ивици врло врућег расног рата“.[1] Истраживања јавног мнења спроведена фебруара 2011. године показала су да би 48% Британаца гласало за Националну партију и друге екстремистичке партије, попут Енглеске одбрамене лиге, када би се ове странке ослободиле свог фашистичког имиџа и иконографије (капуљаче, маске, позиви на јавни линч имиграната), чак и без промене своје званичне политике.[2] Према истом истраживању јавног мнења, 60% Британаца сматра да је имиграција „лоша ствар“, док је 40% подржава, док 38% сматра да усељавање странаца треба зауставити за стално, а међу њима се не налазе само припадници беле расе, него и имигранти старијих генерација. Тај сентимент говори о чињеници да екстремна десница у Великој Британији има демократску подршку и да је маневарски простор за законодавце да је сузбија изузетно ограничен.

Лидер Националне партије Грифин недавно је оптужио бившу лабуристичку владу да је учинила да делови Британије „изгледају као део Африке“, као и да су Лабуристи, наводно, плаћали имигрантима из Африка до 50 000 фунти да се „доселе ту у суседство“ и обезбеде „стабилне лабуристичке већине за будућност“.[3] Док је опсесивно иступање Грифина пре свега усмерено на расну структуру имиграната,

---

[1] *Le Monde diplomatique*, http://mondediplo.com/2011/09/07farright, приступ 22. март 2012.

[2] *Daily Mail*, „Half of Britain ‘would vote for far-right parties if they gave up violence’”, www.dailymail.co.uk, приступ 22. марта 2012.

[3] *Le Monde diplomatique*, loc. cit.

и показује отворени расизам, постоје разлози за претпоставку да се међу онима који у великом броју подржавају екстремистичке десничарске странке у Британији налази и значајан број људи који немају проблем са расом, већ просто са економским и социјалним последицама имиграције. Ти гласачи се једнако противе усељавању имиграната из источне Европе, укључујући и досељавање држављана нових земаља чланица Европске уније, од којих је у Британији традиционално највише Пољака, као и усељавању имиграната из Африке, Латинске Америке и Индије.

Осим чињенице да су отворено есктремистичке партије у Британији изузетно популарне током протеклих неколико година, традиционално, прави носилац политике која се може окарактерисати као оштро (ако не и екстремно) десна у ствари је једна од две доминантне политичке странке која сама себе дефинише као странку „десног центра“, а то је британска Конзервативна партија, која је данас на власти и чији је председник садашњи премијер Велике Британије, Дејвид Камерон.

Камерон је у јеку економске и монетарне кризе ЕУ, септембра 2011. године, отворено прогласио „повратак тачеризма“ на британску политичку сцену и позвао бившу премијерку Маргарет Тачер у Даунинг стрит, појавивши се са њом пред медијима. Ова најава се догодила истовремено свега два месеца након насилних протеста широм британских градова, који су, како накнадне анализе показују, били искључиво резултат економске кризе и социјалних напетости и нису имали предзнак политичког странчарења. Конзервативна странка, осим идеологије тачеризма, која је подразумевала екстремну верзију економског либерализма на унутрашњем плану и агресивно спољнополитичко и војно савезништво са САД, као и резервисан однос према европским вредностима и интегративним аспирацијама, носи специфично наслеђе дискриминативне анти-имиграционе политике, као и агресивног односа према посебно рањивим слојевима становништва. Британци и данас за траумом памте деведесете године прошлог века (1993-1997), када су конзервативци били на власти под диригентском палицом Џона Мејџора, а министар унутрашњих послова је био Мајкл Хауард, аутор чувених „12 тачака против криминала“. Хауард је био лидер Конзервативне партије све док га, пре шест година, није наследио садашњи премијер, Дејвид Камерон. Његов програм контроле криминала је, између осталог, укључивао оштре рестрикције на усељавање имиграната, али и хапшење „бескућника и осталих сумњивих особа“, али и увођење чувене политике изрицања кривичних санкција засноване на принципу да чињење два или три кривична дела (зависно од самих дела и претходне криминалне историје починиоца)

воде до обавезне доживотне казне затвора.[4] У време док је Хауард водио ресор унутрашњих послова у Великој Британији убрзано је спровођена приватизација затвора, а број затвореника је био рекордно висок. Иста политика је настављена практично до данас: све до 2005. године у финкцији је био затворски брод HMP Weare, који био усидрен код Дорсета, а продат је јер затвореници нису имали елементарне услове за кретање нити одговарајући приступ свежем ваздуху. Међутим, већ 2010. године садашња конзервативна влада је започела јавну дебату о поновном увођењу бродова-затвора, са образложењем да је потребно смањити пренатрпаност постојећих затвора, јер је иста та влада укинула претходну лабуристичку праксу да се затвореници осуђени за ненасилна кривична дела пуштају са издржавања казне 18 дана раније, да би се ослободио простор за нове затворенике. Само на основу ове „либералне“ затворске политике раније је ослобођено око 75 000 затворника, што довољно говори о укупном броју затвореника и структури затворске политике у Великој Британији.[5] Конзервативна странка је најавила да ће до 2014. године повећати број места у затворима на укупно 96 000, укључујући и евентуално увођење нових бродова-затвора.

Репресивна политика британске деснице директно се одсликава и на имиграциону политику. Ове две врсте јавне политике показују посебно поклапање у трендовима, па је стога корисно сагледати реторику и политику борбе против криминала истовремено са политиком контроле имиграције. Реч је о јавној политици, у оба вида, која зависи од доживљаја друштвене контроле коју политички естаблишмент прихвата, што је делимично и резултат карактеристичних схватања друштвене контроле која припадају одговарајућим идеологијама. Десничарске идеологије, у начелу, друштвену контролу схватају репресивније, а имиграцију рестриктивније, од левичарских идеологија.[6]

Априла 2011. године Дејвид Камерон је најавио да ће циљ владе бити да смањи имиграцију на „десетине хиљада имигранта годишње“, што је изазвало спорења у владајућој коалицији, укључујући директно оспоравање од члана премијеровог кабинета, Винса Кејбла из

[4] Peter Coad, “Mandatory sentences: Putting the record straight – UK Home Secretary Michael Howard’s Crime Bill”, ttp://findarticles.com/p/articles/mi_m2242/is_n1573_v270/ai_19264368/, приступ 2. новембра 2011.

[5] BBC, “Prison ships to ease overcrowding”, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8476507.stm, приступ 1. новембар 2011.

[6] За систематичнија разматрања о карактеристикама и структури јавних политика друштвене контроле видети Александар Фатић, *Crime and Social Control in 'Central'-Eastern Europe*, Ashgate, Aldershot, 2006.

Лабуристичке странке.[7] Кејбл је означио премијеров говор као „лишен мудрости“ и као могући фактор за „усијавање екстремизма“. Иако Кејбл није објаснио на коју врсту екстремизма мисли, с обзиром на нереде који су лета 2011. године потресли Велику Британију, може се претпоставити да је реч била о анти-имиграционом екстремизму, који иначе карактерише политичку десницу у Великој Британији, као и у другим земљама. Док је Би-би-си критиковао Камерона због „анти-имигрантског говора“ одржаног априла ове године, десничарске новине, попут дневника “Дејли мејл” су га подржавале, што говори о чињеници да анти-имиграциона реторика у Великој Британији представља разделну политику за левичарске и десничарске ставове у јавности.[8]

Евроскептицизам британске деснице

Једна од основних карактеристика британске деснице је потенцирање евроскептицизма, који је иначе снажно изражен у британском друштву. Земља која је, иако од почетка чланица ЕУ, остала ван еврозоне, која није прихватила Шенгенски режим, и која и данас, након укидања шенгенских виза за грађане земаља Балкана тражи од истих грађана улазне визе, својом политиком у континуитету показује да није потпуно опредељена за заједничку европску спољну политику и да види свој идентитет као великим делом издвојен из композитног идентитета ЕУ. У истраживању јавног мнења које је спровела агенција Ангус и Рид наведено је да 49% грађана Велике Британије жели да напусти ЕУ, док исто то жели 60% чланова Конзервативне партије.[9] Новембра месеца 2011. године одржана је дебата у Доњем дому британског парламента о расписивању референдума о изласку Британије из ЕУ. Питање предвиђено предлогом референдума је укључивало могућност изјашњавања грађана о три опције: (1) излазак из ЕУ, (2) поновно преговарање о условима останка у ЕУ, или (3) останак у ЕУ под садашњим условима. Иако је гласање у парламенту прошло у корист Камеронове владе, са 483 гласа у прилог Камероновог става против расписивања референдума и свега 111 гласова за референдум, ово гласање је показало озбиљно слабљење ауторитета лидера Конзервативне странке унутар саме странке.

[7] BBC, “David Cameron rejects Cable immigration criticism”, "http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-13072509", 14. април 2011.

[8] Andrew Green, “Why is the BBC still so hideously biased on immigration?”, *The Daily Mail*, 15 април 2011, у електронској верзији *Mail Online*, "http://www.dailymail.co.uk/debate/article-1377103/David-Camerons-immigration-speech-Why-BBC-STILL-hideously-biased.html", приступ 4 новембра 2011.

[9] Никола Божидаревић, „Будућност Велике Британије у ЕУ: Бити или не бити питање (ни)је сад“, *Ekonom:east magazin*, 3. новембра 2011, стр. 40.

Камерон се суочава са активним протестом скоро половине чланова странке у односу на његову улогу „ЕУ прагматисте“, а број посланика конзервативаца који је гласао против Камеронове позиције у парламенту готово је двоструко већи од броја посланика коју су гласали против иницијативе тадашњег конзервативног премијера, Џона Мејџора, 1993. године, када се гласало о уговору у Мастрихту којим је, фактички, основана ЕУ. Другим речима, садашњи однос снага међу конзервативним посланицима по питању ЕУ представља највећи пораз једног конзервативног лидера у историји Конзервативне странке, што говори о томе у којој мери се „десничарење“ британских конзервативаца заоштрило у домену спољне политике, што делом утиче и на ставове о имиграцији.

Основни разлог због кога Велика Британија традиционално оклева да се прикључи свим аспектима заједничког европског идентитета лежи у интересном схватању европске интеграције: Британци свој идентитет сагледавају као специфичан, сасвим различит од континенталног, и тај доживљај се преноси и на званичну политику. Управо стога је велика криза евра, а посредно и политичка криза ЕУ која траје 2011. Године, утицала на незапамћен пораст традиционално присутних антиевропских и евроспкептичких сентимената, до те мере да британски министар спољних послова Вилијем Хејг, током описане дебате у британском парламенту, са поносом изјави да је „захтевао више референдума о изласку из ЕУ него било који други министар“.[10]

Политичка ограничења анти-расистичког законодавства у Великој Британији

Велика Британија је земља са једном од најстаријих и најразвијенијих правних традиција у свету, али истовремено земља са правним системом чији се елементи кроз прецедентност, постепено и посредно, назиру и у реформама правних система источноевропских земаља, па и Србије. Једна од дефинишућих карактеристика тих система је одсуство правног позитивизма и дословног нормативизма, која се огледа, пре свега, у две димензије система: у свести о политичким ограничењима и пореклу правне регулативе, и у креативној улози судија.

Иако је процес доношења закона у свакој бар процедурално демократској земљи заснован на фактичком политичком компромису у парламенту, у правној традицији бившег совјетског блока и земљама које су ту традицију бар донекле пратиле, попут бивше Југославије, постојала је нека врста „позитивистичког апсолутизма“ у смислу става

[10] Loc. cit.

да је оно што је прописано законом „Богом дано“, да је закон прва и последња мера исправности, те да интерпретације духа закона и намера законодавства долазе на далеко заостало друго место у односу на само слово закона. У британском правном систему, у низу области, традиционално постоји изразито наглашен интерпретативни дух, који закон сагледава као тренутни одговор на одређено друштвено питање или изазов, па према томе норму која проистиче из тог одговора не третира као апсолутно валидну за сваку следећу ситуацију која може мање или више одступати од оне због које је норма донета. Интерпретација *намере* законодавца стога игра далеко већу улогу у примени британског законодавства него што је то случај са континенталним правом.

Сходно овој карактеристици британског права, улога судије у Великој Британији је креативна, а не административна, као што је случај у континенталном праву. Судија може одлучити како ће интерпретирати прецедент, али и позитивноправну норму, а образложење те интерпретације је често значајније у пресуди него идентификовање одговарајуће норме и прецедента и позивање на њих. Стога су ова два система различита не само у нагласцима и методологији, него и суштински, по својој структури и духу.

Управо због наведених карактеристика британског права, иако би, посматрано из перспективе протеклих неколико деценија, у британском парламенту било могуће донети закон против екстремистичких странака, јер Национална партија не би, математички посматрано, имала довољно снаге да доношење таквог закона спречи, његова примена би била веома компликована. Судије би закон сагледавале као покушај политичког скретања јавног мнења са његовог спонтаног курса, а то је нека врста радикализованог „десничарења“, интерпретација закона би у конкретним судским поступцима довела до озбиљних и запаљивих политичких дебата, и непредвидиво је како би судије одлучивале када би се, током поступка, „укрстиле“ снажне традиције грађанских права у овој острвској земљи и евентулни покушај законодавца да на позитивно-правно рестриктиван начин спречи бујање екстремне деснице.

Ограничења способности законодавца у Британији да легислативом делује према екстремној десници могу деловати разочаравајуће када се на улицама збивају нереди, као што је то било случај током лета и јесени 2011. године. Међутим, она су истовремено тест суштинске, дубинске демократичности британског друштва. Та демократска димензија не допушта да право превазиђе своја системска ограничења, а она се, у суштини, своде на то да артикулише доминантне ставове јавности и вредности политичке заједнице, то јест

не допушта да се правна регулатива користи као политички инструмент за усмеравање друштва. Реч је о фундаменталном проблему са употребом права који је присутан у многим земљама, а који вероватно представља концептуални корен и стратешку вододелницу у правним и законодавним реформама у земљама совјетског нормативног и позитивистичког разумевања правног система као целине и његове друштвене улоге.

Aleksandar Fatić
Research Professor
Institute of International Politics and Economics

LIMITATIONS TO THE LEGAL REGULATION OF THE EXTREME RIGHT IN GREAT BRITAIN

The paper addresses the rise in extreme-right sentiments in Great Britain that, phenomenologically, reached its climax in the August 2011 street riots across the country, and discusses briefly the political climate that has led to such outbursts of intolerance on the one hand, and the limited tools available to the British law-makers to counter the trend, on the other. The key thesis of this short paper is that the British parliamentarians have no feasible way to legislate against the demonstrations of the extreme right, not just because this would be a chancy approach with regard to the delimitations of civil rights, including the collective right to publicly articulate political opinions, but also because of the deep-seated features of the British law. Namely, the British legal system is much more subject to creative interpretation by the judges than is the case with European law, and especially more so than is the case with the Soviet legacy of strictly positivistic legal systems such as those across Eastern Europe. This means that legislating so as to curb the public manifestations of extreme right sentiments could backfire through court proceedings that could turn into discussions of civil liberties and where judges might refuse to tow the positivistic normative line of the law in favour of a broader interpretation of rights and liberties. While, on the surface, such a limitation of legal regulation might seem disappointing to those fond of social control, it reflects a deep-running democratic trait in the British legal system that does not allow legal regulation to move beyond its proper place in society, and that is to be the articulation of the existing values and principles that the community shares with a sufficient degree of consensus.

Key words: *Extreme-right, registration; national party conservative party immigration; racism Great Britain.*

Проф. др Драгана Коларић
Криминалистичко-полицијска академија
Београд

УДК: 343.341 (430)
Оригинални научни рад

СУЗБИЈАЊЕ ТЕРОРИЗМА И КРИВИЧНИ ЗАКОНИК НЕМАЧКЕ

Сведоци смо времена у коме терористички инциденти ескалирају широм света. Међународна заједница је у последњих неколико деценија интензивно радила на креирању механизама за гоњење и кажњавање учинилаца тешких кривичних дела као што је тероризам. Државе су све више фокусиране на усклађивање националних кривичних законодавстава са међународним документима у правцу унификовања инкриминације тероризма, као и са њим повезаним кривичним делима. Хармонизација обухвата и запрећене казне како би се спречили учиниоци кривичног дела тероризма да користе погодности које су последица разлика између националних законодавстава. Упркос великој спремности и све већем консензусу међу државама по питању реформе и даљег развоја законских решења, овај процес суочен је са многим изазовима. Централни део рада представља давање одговора на питање да ли Савезна Република Немачка, суочена са претњом глобалног тероризма, има адекватне кривичноправне одредбе тј. да ли је извршена имплементација најважнијих међународних докумената. Овај чланак нуди преглед развоја савременог немачког кривичног права на пољу борбе против тероризма и даје одговор на питање да ли постоји склад између мера које се у немачком кривичном законодавству примењују у циљу сузбијања тероризма и критеријума који се сматрају доследним принципима правне државе.

Кључне речи: *тероризам, међународни тероризам, Кривични законик Немачке, међународни документи, тешка кривична дела*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Од почетка XXI века тероризам постаје проблем број један међународне, регионалне и националне политике, безбедности и регулативе.[1] Посебну димензију добија након догађаја од 11. септембра

---

[1]Овај рад резултат је реализовања научноистраживачког пројекта под називом *Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних* интеграција. Пројекат

2001. године. Свет у целини постао је сведок сазревања и јављања нове ере тероризма - ере глобалног, међународног тероризма. Бројни напади протеклих година, пре свега на средства јавног саобраћаја, показали су светској јавности да терористичке претње доживљавају и своје отелотворење. Појавни облици тероризма, као и средства за његово спречавање и сузбијање дуго су већ предмет проучавања и дискусије практичара и теоретичара из разних области. Савремене терористичке организације су способне за коришћење софистицираних информационих технологија што све доводи до нових феноменолошких обележја тероризма.[2] Формирање терористичких организација, финансирање тероризма, регрутовање и обука за извршење терористичких аката захтевају, најпре, унификовање законских одредби о тероризму, потом и ближу сарадњу и размену информација између држава што све заједно треба да подигне ниво борбе против тероризма. Суочене са озбиљном опасношћу од терористичких аката државе предузимају бројне кораке у правцу усавршавања националног кривичног законодавства (процесног и материјалног).

У теорији се, не ретко, среће став да међународне институције треба да играју водећу улогу у превенцији и сузбијању тероризма.[3] То значи унификовање дефиниције тероризма и сродних кривичних дела. Разлози су једноставни: лакша међународна сарадња, размена информација између обавештајних агенција, проверавање евалуације антитерористичког законодавства и усвојених стратегија. Њихова проактивна улога може да покаже, дугорочно посматрано, добре резултате јер ближе одређује средства и начине којима државе могу реаговати у оквиру националног кривичног права.

Тероризам се, углавном, посматра као врста конвенционалног криминалитета, мада може имати карактеристике које га разликују од обичних облика криминалитета.[4] Због тога, национално кривично законодавство има централну улогу у сузбијању тероризма. Међународни документи настоје да се тероризмом баве као

финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (бр. 179045), а реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду (2011−2014). Руководилац пројекта је проф. др Саша Мијалковић.

[2] Patané, V; Recent Italian Efforts to Respond to Terrorism at the Legislative Level, *Journal of International Criminal Justice,* 4 (2006), Oxford University Press, p. 1167.

[3] Nuotio, K; Terrorism as a Catalyst for the Emergence, Harmonization and Reform of Criminal Law, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), Oxford University Press, p. 999.

[4]Тероризам се, најчешће, врши организовано, захтева финансијску подршку, доступност различитих врста оржја, у неким случајевима има политичку подршку итд.

кривичноправним проблемом, јер терористички чинови предузети од стране недржавних субјеката не представљају ратна дејства и не могу представљати кршење међународног права. Интересантно је, такође, да тероризам не спада у надлежност међународног кривичног правосуђа. Поставља се питање да ли се неки терористички акти, ипак, могу окарактерисати као међународно кривично дело, уколико су учињени у контексту ширег и систематског напада упереног против цивилног становништва (злочин против човечности). По једном мишљењу, супротно ономе што многи верују, тероризам као међународни злочин постоји и може се под одређеним условима подвести под злочин против човечности.[5] По другом мишљењу, то би било претерано екстензивно тумачење појма злочина против човечности, између осталог зато што се терористичка организација не може изједначити са државом и државним структурама које су умешане у вршење злочина против човечности (подржавање терористичке организације од стране неке државе овде не би било довољно).[6]

Велики број европски земаља је већ предузео значајне кораке у правцу новелирања одредби о тероризму и са њим повезаним кривичним делима. Овај чланак ће испитати реакције и трендове у немачком кривичном законодавству на чин тероризма.

Окосницу измена и допуна немачког кривичног права чини Оквирна одлука Савета Европске Уније о борби против тероризма од 13. јуна 2002. године (*Council Framework Decision on Combating Terrorism, 2002/475/JHA*) са изменама и допунама које су учињене 2008. године (*Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*) и Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма (*Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism CETS No. 196*). Оквирна одлука Већа ЕУ о борби против тероризма има тринаест чланова. За имплементацију најважнији су: члан 1. којим се јединствено за цело подручје ЕУ дефинише тероризам, члан 2. којим се одређује терористичка група и члан 3. где се набрајају кривична дела која су повезана са тероризмом. Трећи стуб ЕУ који се односи на полицијску и правосудну сарадњу укључује и усклађивање законодавства држава чланица ради омогућавања што ефикасније борбе против тероризма. Оквирне одлуке којима се усклађује законодавство држава чланица обавезују државе у погледу резултата које треба остварити, али препуштају властима сваке државе да одаберу облик и метод којом ће

[5] Cassese, A; The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (2006), *Oxford University Press*, p. 938.

[6] Стојановић, З; Коларић, Д; *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*, Београд, 2010. година, стр.72.

остварити жељени резултат. Међународни документи се не примењују непосредно па ја зато потребно донети прописе којима ће се извршити имплементација у национално законодавство. Најкорисније за сваку државу, па и Немачку је да изврши ревизију појединих инкриминација у свом кривичном законодавству и тиме покрије области које међународни акти сматрају вредним укључивања у одредбу о тероризму и са њим повезаним кривичним делима.

Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма (*Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism CETS No. 196)* је усвојена у Варшави 16. маја 2005. године (ступила на снагу 1. јуна 2007. године). Она има за циљ да ојача напоре држава чланица у спречавању тероризма и поставља два начина за постизање овог циља. Први је, инкриминисање одређених понашања: јавно позивање, регрутовања и обуке за тероризам. Други начин је јачање превентивних мера на националном и међународном нивоу (модификација постојећих прописа о екстрадицији и узајамној помоћи).[7] За имплементацију у национално кривично законодавство од посебног су значаја одредбе чланова 5. до 7. Конвенције (јавно позивање на извршење терористичких дела, регрутовање за тероризам и обука за тероризам).

КРИВИЧНИ ЗАКОНИК НЕМАЧКЕ

Немачки правни систем је продукт вековног развоја које је започело са племенским правом. Ти обичаји су, касније, били измењени под утицајем Римског права тј. права које је владало у целој римској империји. До друге половине деветнаестог века закони који су се развијали били су мешавина немачког, римског и црквеног права. Постигнуто политичко уједињење, под Пруском доминацијом у 1871. години, можемо означити као почетак стварања изворних Немачких закона.[8]

Почеци немачког кривичног права обележени су ступањем на снагу 15. маја 1871. године Кривичног законика немачког Рајха који је унификовао кривично право Немачке и примењивао се скоро до друге половине прошлог века. Од њега је настао Кривични законик Савезне Републике Немачке.[9] Овај законски текст је у својој дугогодишњој

---

[7] Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism CETS No. 196*

[8] Коларић, Д; Кривично дело убиства, Београд, Службени гласник, 2008. година, стр. 128.

[9] Кривични законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за кривични законик и Војно кривичним законом, Центар маркетинг, Београд, 1998. година, стр. 1.

традицији више пута мењан и допуњаван. Савремени начин живота, развој технике и технологије, процес глобализације и борба против организованог криминалитета условили су објављивање нових верзија Кривичног законика. Истиче се да је Немачко кривично право у својој 130 година дугој традицији чак 180 пута амандманима, мање или више темељито, мењано и допуњавано.[10]

Кривични законик који је објављен 10. марта 1987. године изашао је у сусрет изменама у посебном делу које су настављене и после ове реформе. Овај законски текст подељен је на општи и посебни део. За нашу анализу од посебног значаја су кривична дела против јавног реда (§129*а* који се односи на кривично дело стварање терористичког удружења) и кривична дела која угрожавају државу (одредбе § 89*а* и 89*б* које се односе на припремање тешког дела насиља које угрожава државу и успостављање односа за извршење тешких дела насиља која угрожавају државу).

КРИВИЧНО ДЕЛО СТВАРАЊЕ ТЕРОРИСТИЧКОГ УДРУЖЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ НЕМАЧКЕ

Кривично дело "Стварање терористичког удружења" је регулисано у параграфу 129а Кривичног законика Немачке у групи кривичних дела против јавног реда. Према схватању израженом у немачкој кривичноправној теорији удружење у смислу § 129а представља добровољно организационо повезивање од најмање три лица, основано на неки период, које уз потчињавање воље појединца вољи заједнице следи заједничке циљеве и међусобно су у таквом односу да се осећају као јединствено удружење.[11]

Ради усклађивања са најважнијим међународним документима у области борбе против тероризма немачки законодавац је одлучио да прошири криминалну зону код кривичног дела стварање терористичког удружења (§129*а*). У циљу имплементације Оквирне одлуке Савета ЕУ о борби против тероризма та одредба је радикално измењена 22.12.2003. године.[12]

---

[10] "http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=267" скинуто дана 28.04.2006. године

[11] Schäfer, J; Feilcke, B; Aus der Rechtsprechung des BGH zum Staatsschutzstrafrecht, *Neue Zetischrift für Strafrecht-Rechtsprechungs Report,* München: Beck Verlag,10/2008, p. 298.

[12] То је учињено "Законом за имплементацију Оквирне одлуке Савета ЕУ за борбу против тероризма и измену других закона" од 22.12.2003. године. Види: Schäfer, J; Feilcke, B; Aus der Rechtsprechung des BGH zum Staatsschutzstrafrecht, *op.cit*, p. 299.

Према старој верзији кажњавало се лице које оснива или као члан учествује у удружењу чији је циљ или делатност вршење: кривичних дела убиства (обично убиство), усмрћења (тешко убиство)[13] или геноцида (тачка 1); кривичних дела против личних слобода у случајевима из § 239а или § 239б (отмица ради уцене и узимање талаца) (тачка 2); кривичних дела из § 305а (уништење важних средстава за рад) или опште опасних кривичних дела у случајевима из §§ 306. до 308 (проузроковање пожара), 310 б став 1 (проузроковање експлозије употребом нуклеарне енергије), § 311 став 1 (проузроковање експлозије употребом експлозива), § 311а став 1 (злоупотреба јонизирајућег зрачења), § § 312,315 став 1 (проузроковање поплаве којом се угрожава живот, опасно угрожавање железничког, бродског и ваздушног саобраћаја), § 316 б став 1 (ометање рада јавног погона), § 316 ц став 1. (напад на ваздушни и поморски саобраћај) или § 319 (опште опасна тровања) (тачка 3). То је био став 1. § 129а који се кажњавао казном лишења слободе од 1 до 10 година. Ако је учинилац био коловођа или следбеник, казна је била лишење слободе најмање 1 годину (став 2). Ко је подржавао удружење из става 1. или за њега врбовао кажњавао се лишењем слободе од 6 месеци до 5 година (став 3). Суд је могао у случајевима из става 1 до 3 према својој оцени ублажити казну учеснику чија је кривица незнатна а учешће од подредног значаја. Код овог кривичног дела примењивала се на одговарајући начин одредба става 6 § 129. према којој суд може одустати од кажњавања ако је учинилац: добровољно и озбиљно настојао да спречи опстанак удружења или извршење кривичних дела обухваћених циљевима удружења или добровољно и у време када се извршење кривичног дела, за које му је било познато да се планира, још могло спречити, пријавио своја сазнања надлежном државном органу. Учинилац, такође, не би био кажњен када је остварио свој циљ да спречи опстанак удружења или ако је до тога дошло и без његових настојања. Код овог кривичног дела могуће је било, уз лишење слободе од најмање 6 месеци, ограничити учиниоцу способност за вршење јавне службе и способност стицања права из јавних избора, као и наложити примену мере стављања учиниоца под надзор.

Према новој верзији кажњава се лице које оснива или као члан учествује у удружењу чија је делатност усмерена на вршење: кривичних дела убиства, усмрћења, геноцида или злочина против човечности (тачка 1. став1); кривичних дела против личних слобода у случајевима из § 239а или § 239б (тачка 2. став1). Запрећена кривична

[13] У старијој литератури се усмрћење назива "уморство". То је, уствари, прављење разлике између немачког *Vorsätzlich Tötung* и *Mord*. Више о томе: Коларић, Д; *Кривично дело убиства*, Службени гласник, Београд, 2008. година, стр. 129.

санкција је лишење слободе од 1 до 10 година. Тачка 3. ранијег става 1. је сада саставни део става 2. и допуњена је бројним другим кривичним делима[14] која нису тако тешка, али морају бити извршена са одређеном намером управљеном на остварење једног од циљева. И према ставу 2. кажњава се лице које оснива или као члан учествује у удружењу чије су активности усмерене на вршење кривичних дела набројаних у том ставу. Али према новој верзији, није довољно само да делатност удружења буде усмерена на вршење кривичних дела наведених у овом ставу него дело мора бити учињено *са намером* да се: становништво знатно заплаши[15]; да се влада или међународна организација силом или претњом употребе силе принуде да нешто учине или не учине; или да се озбиљно угрозе или повреде основне политичке, уставне, привредне или економске структуре државе или међународне организације. Такође, кривична дела морају да буду погодна да могу, с обзиром на њихову природу или последице, да озбиљнонанесу штету држави или међународној организацији. Дакле, та доста хетероргена кривична дела морају бити предузета у одређеном циљу. Према ставу 3. ако се прети извршењем кривичних дела набројаних у ставу 1. и 2. казна је затвор од шест месеци до пет година. Ако је учинилац коловођа или лице које из позадине управља током догађаја[16] казна је затвор не мање од три године у случајевима из става 1. и 2. и затвор од једне до десет година у случајевима наведеним у ставу 3 (став 4). Према ставу 5. ко подржава удружење у смислу извршења кривичних дела описаних у ставу 1. и 2.

---

[14] Тешке телесне повреде, кривична дела против животне средине, нека кривична дела из Закона о оружју итд.

[15] Поставља се питање да ли је законодавац имао у виду целокупно становништво у § 129а став 2. кад је тражио да дело буде учињено са намером да се "становништво знатно заплаши". У Кривичном законику Немачке рецимо у § 130 који одређује кривично дело хушкање против народа, супротно од претходне формулације, истакнуто је да се ради о "деловима становништва". Тешко би било прихватити мишљење да је ту законодавац мислио на целокупно станвништво јер би такво уско тумачење било у супротности са смислом правне норме. Целокупно становништво би обухватило и чланове удружења и њихове симпатизере против којих једва да могу да буду усмерени покушаји застрашивања. Пошто се терористичке активности веома често усмеравају против делова становништва, који су карактеристични по својој етничкој припадности, религији, припадности нацији или раси, код буквалног тумачења не би могао да буде обухваћен значајан део типичних терористичких кривичних дела. Због тога је довољно да кривична дела која предузима удружење могу да заплаше знатан део становништва.

[16] Немци употребљавају израз “Hintermänern” – именица у множини која би се могла превести у буквалном смислу као лица из позадине. Према теорији власти над делом ради се о лицу које у свакој фази остварења кривичног дела има пресудну улогу у смислу да је битно могао утицати на ток извршења кривичног дела. У смислу ове инкриминације то није лице које предузима радњу извршења и има "формалну власт над делом", него се ради о лицу које предузима одређене психичке акте који су усмерени на остваривање одређеног циља. Дакле, он је носилац материјалне власти над делом.

казниће се затвором од шест месеци до десет година и затвором не више од пет година у случају става 3. Такође, према ставу 5. ко врбује чланове или лица која ће подржавати терористичко удружење за извршење кривичних дела набројаних у ставу 1. и 2. биће кажњен затвором од шест месеци до пет година. Суд може у случајевима става 1, 2, 3 и 5. ублажити казну учиниоцу ако му је степен кривице низак а учешће од незнатног значаја (став 6). Суд може уз лишење слободе од најмање шест месеци ограничити могућност учиниоцу за вршење јавне службе и способност да бира и буде биран на јавним изборима (став 8). У случајевима наведеним у ставу 1, 2. и 4. суд може одредити примену мере стављања учиниоца под надзор (став 9).

Дакле, циљ стварања терористичког удружења је вршење тешких кривичних дела као нпр. кривичног дела убиства или вршење кривичних дела која нису тешка са одређеном намером управљеном на остварење једног од набројаних циљева у ставу 2.[17]

Лице улази у криминалну зону или оснивањем терористичког удружења или постајањем чланом удружења, а они који нису чланови кроз подршку удружењу или кроз врбовање чланова или лица која ће подржавати удружење.

Једна од радњи извршења је оснивање терористичког удружења ради вршења неког кривичног дела. Код овог облика је само стварање терористичког удружења изједначено са учињеним кривичним делом.[18] Оснивачи су лица која која актом оснивања постижу да се води и трасира правац удружења. Ако се нпр. лице А, Б и Ц договоре за један дужи период, да затрују основне животне намирнице смртоносном количином отрова, тиме постоји удружење од најмање три лица и испуњени си услови да се дело квалификује по ставу 1. параграфа 129а. Овде није неопходно постојање неког од наведених циљева у ставу 2. Остварење неког тешког кривичног дела, као што је убиство, само по себи даје довољно основа за квалификацију дела као терористичко у смислу параграфа 129а став 1.

---

[17] Weiβer, B; Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, *ZStW*, 121 (2009) Heft 1, p. 136.

[18] Слично је и у Кривичном законику Црне Горе, види: Стојановић, З; *Коментар кривичног законика Црне Горе*, Подгорица, 2010, стр. 878.

Активирање у својству члана у удружењу, такође, је кажњиво. Ова радња је кажњива независно од тога да ли су конкретна кривична дела довршена, покушана или припремана.[19]

Ако супруга која није члан неког удружења саветује свом мужу приступање том удружењеу она је кажњива по ставу 5. тачка 2. § 129а. Кривично дело је довршено самим врбовањем без обзира на постигнут резултат. Дакле, ако супруг буде отпоран на савете своје супруге то не мења ништа на плану њене кажњивости. Обратно, када члан удружења лице А покуша да неког са стране наговори на чланство тада већ постоји свршено кривично дело из става 1. односно свршено остварење сопственог чланства.

Врбовање чланова, према § 129 а став 5, врши онај ко настоји да наговори лица да постану чланови једног, тачно одређеног удружења, док врбовање лица која ће подржавати удружење подразумева вршење радњи којима се код других пробуђује спремност да активности таквог удружења подстиче непосредно или посредно, а да се сам не учлањује у организацију. У оба случаја врбовање може бити управљено како на конкретну особу тако и на неодређен број лица. Као што је већ поменуто, дело постоји без обзира да ли је врбовање било успешно. Лице које врбује жели да придобије чланове или лица која ће подржавати једну, конкретно одређену организацију. Уопштено позивање да се учествује у терористичким активностима које нису ближе одређене није довољно. Према томе, ни позив за прикључење џихаду, сам за себе, није довољан јер се везује за мноштво исламских организација, осим уколико га упућује лице које репрезентује неко удружење па из позива произилази да он важи за то удружење. Уколико неко лице објављује или шири изјаве да би придобио чланове, невезано од тог да ли је он сам члан терористичког удружења за које врши врбовање, биће кажњен према § 129 а став 5. тачка 2. само ако се то врбовање схвата као његово сопствено залагање за удружење. Насупрот томе, ко изјаву преноси само као туђу, у информативне сврхе, не остврује кажњиву радњу. Изменама Кривичног законика Немачке из 2002. године законодавац је сузио криминалну зону код врбовања. Наиме, до тада је свака врста врбовања за терористичко удружење била кажњива[20], а од тог момента само врбовање чланова или лица која ће подржавати удружење. Ту је немачки законодавац, ради заштите слободе мишљења као основног људског права, радњу врбовања

[19] Schäfer, J; Feilcke, B; Aus der Rechtsprechung des BGH zum Staatsschutzstrafrecht, *op.cit*, p. 299.

[20] Према ранијем § 129 а став 3. кажњавало се лице које подржава удружење или за њега врбује казном од шест месеци до пет година.

ограничио на случајеве где је потребна криминализација.[21] Тако, према старој верзији закона, растурање списа у којима су представљене и коментарисане прошле и будуће терористичке активности "Фракције црвене армије" представља кажњиву радњу јер се тиме повољно утиче на његову позицију у друштву, проширују могућности за њихове активности и евентуално регрутовање нових лица. Међутим, према садашњем стању у КЗ-у Немачке такве радње не представљају кажњиве радње према § 129 а став 5. тачка 2. јер је законодавац хтео изричито да из чињеничног стања изузме оне радње које се исцрпљују у пропагирању тј. врбовању за идеологију терористичког удружења (посебно треба да се из кажњивости изузме област пропагариања тзв. чистих симпатија).[22] Конкретно, данас се кажњава само врбовање за чланство у терористичком удружењу или врбовање лица која ће подржавати терористичко удружење.

Потом је законодавац, у децембру 2003. године, коначно спровео јасно диференцирање између радње подржавања терористичког удружења и радње врбовања чланова или лица која ће подржавати удружење. Према § 129 а став 5. тачка 1. ко подржава удружење у смислу извршења кривичних дела описаних у ставу 1. и 2. казниће се затвором од шест месеци до десет година и затвором не више од пет година у случају става 3. Насупрот томе, ако је у питању врбовање, према § 129 а став 5. тачка 2. кажњиво је само врбовање чланова или лица која ће подржавати удружење за извршење кривичних дела набројаних у ставу 1. и 2. (за одређена посебно опасна терористичка удружења) и то релативно благом казном (затвором од шест месеци до пет година) у односу на радњу подржавања терористичког удружења из § 129 а став 5. тачка 1. Врбовање чланова или лица која ће подржавати удружење за извршење кривичних дела набројаних у ставу 3. као и свака друга пропаганда која није усмерена на придобијање чланова или лица која ће подржавати удружење није кажњива.

Ако се више лица договори да оснује терористичко удружење, а сам акт оснивања још не предузму они се кажњавају за покушај кривичног дела. Како се то објашњава у немачкој теорији оснивање терористичког удружења није ништа друго него договор да се убудуће следи циљ удружења. Покушај оснивања терористичког удружења је према томе покушај договора о кривичном делу.[23] Поставља се питање

---

[21] Schäfer, J; Feilcke, B; Aus der Rechtsprechung des BGH zum Staatsschutzstrafrecht, *op.cit*, p. 303.

[22] Ibidem, p. 302.

[23] Weiβer, B; Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, *op.cit*, p. 138.

легитимности овог кривичног дела "организовања" које доводи до инкриминације у раној фази. Како се истиче у теорији немачког кривичног права оправданост се може у потпуности доказати. Наиме, другачије је да ли појединац сам доносе одлуку да убије нпр. омрзнутог градоначелника или ако група људи заједно то исто планира. Реализација планираног деликта је у групи извеснија. Постоји притисак групе, идеолошка заслепљеност и с обзиром да су терористичка удружења структурирана удружења подела послова повећава ефикасност узајамно усклађеног заједничког понашања.[24] Дакле, ово је кривично дело са апстрактном опасношћу као последицом. Законодавац оправдано полази од тога да се предузимањем ових радњи увек ствара апстрактна опасност.[25]

Ако учинилац делује у разним организацијама тј. предузима више различитих радњи које су прописане као радње извршења разних "организационих" кривичних дела[26] онда постоји стицај између тих кривичних дела. Ако код неке организације дође до структуралних промена, онда од околности појединачног случаја зависи, да ли се ради о истој или новој организацији. Организациони идентитет зависи, па чак и у случају промене имена организације, од чињенице да ли су организациони апарат и његови носиоци остали исти. Уколико структура удружења остане иста а дође до битне промене циља удружења онда може постајати друго кривично дело. То долази у обзир нпр. ако неко злочиначко удружење у смислу § 129 Кривичног законика Немачке одлучи да врши терористичка кривична дела у смислу § 129а истог законика.

КРИВИЧНА ДЕЛА КОЈА УГРОЖАВАЈУ ДРЖАВУ

Кривични законик Немачке је 2009. године допуњен новим инкриминацијама којима је циљ да реагују на терористичке претње већ у фази њихове припреме (§§ 89а и 89*б*).[27] Са новим кривичним делима органи кривичног гоњења могу да реагују већ код припреме терористичких напада, дакле када се са предузимањем радње извршења још није започело и када нису испуњени сви услови за постојање

---

[24] Weiβer, B; Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, *op.cit*, p. 136.

[25] О апстрактној опасности види више: Стојановић, З; *Кривично право-општи део*, Београд, 2010. година стр. 98.

[26] Schäfer, J; Feilcke, B; Aus der Rechtsprechung des BGH zum Staatsschutzstrafrecht, *op.cit*, p. 304.

[27] Radtke, H; Steinsiek, M; Terrorismusbekämpfung durch Vorfeldkriminalisierung, *JR Heft*, 3/2010, p. 107.

кривичног дела из § 129а.[28] Како је наведено у образложењу Закона за гоњење припреме тешких дела насиља која угрожавају државу велико угрожавање правних добара, посебно од стране исламског тероризма, захтева, по могућству, благовремену интервенцију и кривичног права. Било би тешко прихватљиво да органи кривичног гоњења морају да одустану од лишавања слободе неког лица које је предузело конкретне припремне радње за напад на неко правно добро пошто до стадијума покушаја још није дошло.[29] Бићем кривичног дела обухваћен је један стадијум далеко испред стварне повреде правног добра (рана фаза онога што је кажњиво према §§ 129 а и б, као и § 30 Кривичног законика).

Како се, сасвим оправдано, истиче државним институцијама, између тренутка у коме припремне радње постају очигледне и извођења напада остаје веома кратак период у коме треба да реагују и спрече наступање последица које се састоје у повреди живота, тела или имовине. Оно што је карактеристично за исламски тероризам је све већа децентрализација, танано, прозрачно и лабаво повезивање у одређена удружења, на први поглед сакривена обука и регрутовање за вршење терористичких кривичних дела што утемељује интерес државе да интервенише већ када су у питању припремне радње за извршење кривичног дела тероризма.[30] Из тих разлога, као и због потребе усаглашавања са чланом 7. Конвенције Савета Европе о спречавању тероризма уведени су параграфи 89а и 89*б* у Кривични законик Немачке.

Чињеничну основу нових кривичних дела чине понашања које законодавац оцењује као типичне припремне радње за извршење тероритичких напада.

Параграф 89а носи назив "Припремање тешког дела насиља које угрожава државу". Неопходно је да се припрема тешко дело насиља које угрожава државу. Према ставу 1. параграфа 89а тешко дело насиља које угрожава државу је кривично дело против живота (убиство или уморство) или против личне слободе (у случајевима §239а и §239б), које према околностима случаја угрожава или је погодно да угрози стање безбедности неке државе или међународне организације или уставне принципе Савезне Републике Немачке. Тако се кажњавају изричито свака обука, односно омогућавање обучавања другом лицу у

[28] Sieber, U; Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, *Neue Zetischrift für Strafrecht*, 7/2009, p. 354.

[29] Ibidem.

[30] Bader, M; Das Geset zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, *Neue Juristische Wochenschrift*, 39/2009, p. 2853.

изради или руковању ватреним оружјем, експлозивима, експлозивним или запаљивим материјама, нуклеарним или радиоактивним материјама, као и материјама које садрже или могу да развију отров, другим материјама које угрожавају здравље, посебним уређајима који су потребни за извршење дела или осталим вештинама које служе извршењу једног од наведених дела у ставу 1 (став 2. тачка 1. § 89а). Поред ових радњи санкционишу се и израда, набављање за себе или другог, чување или уступање другима таквог оружја, материја или уређаја наведених у тачки 1. става 2. § 89а (став 2. тачка 2. § 89а). Као и набављање или чување предмета или супстанци који су од суштинског значаја за израду, материја или уређаја и капацитета наведених у ставу 2. тачка 1. § 89а (став 2. тачка 3. § 89а). Кажњава се и лице које скупља, присваја или ставља на располагање не само материјалне вредности него и нематеријалне ресурсе за сврху извршења кривичног дела (став 2. тачка 4. § 89а).

Параграф 89*б* Кривичног законика Немачке носи назив "Успостављање односа за извршење тешких дела насиља која угрожавају државу" и њиме се инкриминише лице које у намери да се обучи за извршење тешког дела насиља које угрожава државу према §89а став 2. тачка 1, успоставља или одржава односе ради удруживања у смислу §129а (стварање терористичког удружења), такође и у вези са § 129б (злочиначка и терористичка удружења у иностранству)[31].

ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Савремени, односно тероризам XXI века, представља једну од најтежих глобалних претњи безбедности, проузрокује нове, комплексне ризике, а последице од терористичких нападу су све разорније. Његови протагонисти користе легалну инфраструктуру противника за извршење напада. Уз конвенционална средства, терористи све чешће као ефикасна средства употребљавају бензин, ђубриво, хемијске материје, компијутерске мреже и друге предмете који су у свакодневној употреби. То упућује на закључак да је данас логистика тероризма све једноставнија и тешко уочљива.[32] Најновије терористичке методе резултат су употребе нових технологија, преласка терористичких група преко међународних граница и промене извора подршке. Употреба информационих технологија, као што су интернет и мобилни телефони,

[31] Новину у Кривичном законику Немачке представља § 129 *б* који носи назив "Злочиначка и терористичка удружења у иностранству". Сврха нове инкриминације је њена примена и на терористичке групе у иностранству.

[32] Sieber, U; Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, *op.cit*, p. 353.

проширила је опсег деловања терористичких група. Управо средства глобалног информационог доба довела су до нових, са тероризмом блиско повезаних, понашања која се своде на регрутовање потенцијалних чланова и привлачење симпатизера. Многобројне терористичке групе шаљу снажне политичке поруке широј јавности *online*. Имају званичне и незваничне *web*-странице лаке за претрагу, и скоро све су доступне на енглеском језику.[33]

Законодавац у Немачкој подстакнут бројним нападима протеклих година, пре свега на средства јавног саобраћаја, као и потребом усглашавања са најзначајнијим међународним документима у области борбе против тероризма (*Оквирна одлука Савета Европске Уније о борби против тероризма и Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма*) уводи нове, горе анализиране, казнене одредбе у Кривични законик. На овом месту треба поменути да је законодавац у Немачкој отишао даље од земаља у региону и предвидео да се одредба §129а примењује и на организације у иностранству. Заправо ради се о кривичном делу које је уведено у августу 2002. године у Кривични законик под називом "Злочиначка и терористичка удружења у иностранству".[34] Како је прописано § 129 (злочиначко удруживање) и § 129а (терористичко удруживање) примењиваће се и на организације у иностранству. Уколико је кривично дело повезано са организацијом изван територије земаља чланица Европске Уније, примена поменутих параграфа неће бити могућа осим уколико је дело учињено у виду активности извршене на територији Савезне Републике Немачке или уколико је учинилац или жртва држављанин Савезне Републике Немачке или се налази у Немачкој. Кривични поступак се може покренути по одобрењу Савезног министарства правде. Приликом одлучивања министарство ће посебно узети у обзир да ли је циљ организације усмерен против фундаменталних вредности државног поретка или против мирољубиве коегзистенције нација.

Дакле, национална кривична законодавства су кључна када је у питању супротстављање тероризму. Међународни извори нису згодни за непосредну примену јер недовољно прецизно одређују елементе бића кривичног дела и не прописују казну за понашање које се сматра кривичним делом.[35] Због тога централно место заузимају национални

---

[33]Cronin, K. A; *Behind the Curve, Globalization and International Terrorism, in Terrorism and Counter Terrorism*, Readings and Interpretations – third edition, Prepare by Russell D. Howard, Reid L. Sawyer, Natasha E. Bajema, Higher education, 2009, p. 63.

[34] Види: Bundesgesetzblatt, год. 2002, део I, бр. 61, од 29.08.2002, p.3390.

[35] Стојановић, З; Устав Републике Србије и материјално кривично законодавство, Зборник радова *"Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа"*, Златибор, 2007. година, стр. 20.

правни системи који након ратификовања међународних уговора имају обавезу да изврше хармонизацију са тим изворима и имплементирају одговарајуће одредбе у своје национално кривично законодавство.

Professor Dragana Kolaric, PhD
Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

SUPPRESSION OF TERRORISM AND THE CRIMINAL CODE OF GERMANY

We are witnessing the time when terrorist incidents escalate all around the world. During the last several decades the international community has been working on creation of mechanisms to prosecute and punish the offenders of serious crimes such as terrorism. The states are more and more focused on harmonizing national criminal legislations with the international documents in order to unify incriminations of terrorism, as well as terrorism-related crimes. This harmonization includes also the punishments in order to prevent the terrorists to take advantage of favourable conditions which result from the differences among the national legislations. Despite great willingness and increasing consensus among the states regarding the reform and further development of legal solutions, this process faces many challenges. The central part of this paper consists of the answers to the question if the Federal Republic of Germany, faced with the threat of global terrorism, has adequate criminal provisions, i.e. if the implementation of the most important international documents has been made. This paper offers the review of the development of contemporary German criminal law in the field of fighting terrorism and gives the answer to the question if there is a harmony between the measures applied by the German criminal legislation in order to suppress terrorism as well as criteria which are considered consistent with the principles of the rule of law.

***Key words**: terrorism, international terrorism, Criminal Code of Germany, international documents, serious crimes*

Dr Dejan B. Đurđević
Vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Beogradu

UDK: 347.65 (430)
Originalni naučni rad

NASLEDNIČKO UVERENJE (*ERBSCHEIN*) U NEMAČKOM PRAVU

Za sticanje nasledničkog svojstva u nemačkom pravu nije potrebna konstitutivna sudska odluka, jer zaostavština ex lege prelazi na naslednika u trenutku ostaviočeve smrti. Da bi olakšalo nasledniku dokazivanje njegovog svojstva, nemačko pravo predviđa ustanovu nasledničkog uverenja (Erbschein). To je uverenje o naslednom pravu i veličini naslednog dela koje nasledniku na njegov zahtev izdaje ostavinski sud. Funkciju koju u nemačkom pravu ima nasledničko uverenje, u srpskom pravu vrši ostavinsko rešenje. Autor analizira vrste nasledničkih uverenja, sudski postupak za njihovo izdavanje, kao i pravna dejstva koja se odnose na pretpostavku tačnosti i zaštitu pouzdanja savesnih pribavilaca u tačnost nasledničkog uverenja. Posebna pažnja posvećena je ukazivanju na razlike između nemačkog nasledničkog uverenja i srpskog ostavinskog rešenja.

Ključne reči: *Nasledničko uverenje (Erbschein). – Nasleđivanje. – Ostavinsko rešenje. – Ostavinski postupak.*

I – Uvod

U nemačkom pravu važi princip *ipso iure* nasleđivanja.[1] Zaostavština prelazi na naslednika po sili zakona u trenutku ostaviočeve smrti.[2] Za prelazak zaostavštine na naslednika nije neophodna nikakva aktivnost pretendenta na nasleđe, niti suda. Po tome se nemačko pravo razlikuje od austrijskog, gde je za sticanje zaostavštine neophodno da pretendent na nasleđe dâ pozitivnu naslednu izjavu (*Erbantrittserklärung*) i da od ostavinskog suda ishoduje donošenje odluke o uručenju nasledstva (*Einantwortung*).[3] Pošto u nemačkom pravu za sticanje zaostavštine nije

[1] O načelu *ipso iure* nasleđivanja u nemačkom pravu, vidi umesto svih: K. Muscheler, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb: die rechtstechnischen Grundlagen des deutsches Erbrechts*, Tübingen 2002, 141 i dalje.

[2] Vid. § 1922, st. 1 Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB): „Smrću jednog lica (otvaranje nasleđa) prelazi njegova imovina (zaostavština) kao celina na jedno ili više drugih lica (naslednici)."

[3] Vid. R. Fucik, *Das neue Verlassenschaftsverfahren*, Wien 2005, 4.

potrebna konstitutivna sudska odluka, u praksi može biti sporno ko je postao naslednik i koliko iznosi njegova nasledna kvota.[4] Da bi naslednik mogao da se u pravnom prometu legitimiše kao ostaviočev univerzalni sukcesor, ostavinski sud mu na njegov zahtev izdaje nasledničko uverenje – *Erbschein*.

Srpsko pravo je još 1955. godine napustilo austrijski sistem prelaska zaostavštine na naslednike i prihvatilo načelo *ipso iure* nasleđivanja.[5] Funkciju koju u nemačkom pravu ima nasledničko uverenje, u srpskom pravu vrši ostavinsko rešenje. Između ostavinskog rešenja i nasledničkog uverenja postoje razlike koje nisu zanemarljive. Ukazivanje na te razlike može predstavljati značajan teorijski doprinos trenutnom radu na reformi srpskog građanskog prava, kao i polazište za otvaranje diskusije o potrebi usklađivanja pravila srpskog ostavinskog postupka sa materijalnim naslednim pravom.

II – Pojam i funkcije nasledničkog uverenja

Nasledničko uverenje se definiše kao uverenje o naslednom pravu i veličini naslednog dela koje nasledniku na njegov zahtev izdaje ostavinski sud (§ 2353 BGB). Nasledničko uverenje ima trostruku funkciju u pravnom prometu. To su: 1° funkcija publiciteta, 2° dokazna funkcija i 3° funkcija zaštite pouzdanja savesnih sticalaca.[6]

1. – Funkcija publiciteta

Funkcija publiciteta sastoji se u tome što nasledničko uverenje omogućuje svome imaocu da se prema trećim licima ili organima vlasti legitimiše kao univerzalni sukcesor određenog ostavioca.[7] Da bi naslednik mogao *de facto* da zauzme ostaviočevo mesto u pravnom prometu (na primer, da podigne novac sa ostaviočevog računa u banci, da naplati dug od ostaviočevog dužnika ili da se upiše u javne registre), neophodno je da ostale učesnike uveri u svoj naslednopravni položaj. Najlakši način da to učini jeste podnošenje nasledničkog uverenja.[8] Zahvaljujući nasledničkom uverenju

---

[4] O praktičnim problemima koji nastaju usled toga što kod *ipso iure* nasleđivanja nedostaje element publiciteta, vid. C. Ahrens, „Sicherung und Schutz der Erbschaft“, *Handbuch des Erbrechts* (Hrsg. R. Hausmann, G. Hochloch), Berlin 2010, 1245.

[5] Bliže o tome, vid. B. Poznić, „Raspravljanje zaostavštine”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/1955, 257 i dalje.

[6] O pravnopolitičkoj funkciji nasledničkog uverenja, vid. umesto svih: K. Muscheler, *Erbrecht*, Tübingen 2010, II, 1698-1699.

[7] Vid. C. Ahrens, 1260; C. T. Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 696.

[8] Upor. M. Reinicke, „Besondere Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (klassischer Bereich)“, *Lexikon des Zivilverfahrensrechts* (Hrsg. G. Lüke, H. Prütting), Neuwied/Kriftel

naslednik ne mora svaki put kada preduzima neku radnju u pogledu dobara iz zaostavštine da podrobno dokazuje svoje svojstvo univerzalnog sukcesora.[9]

Naslednik nije dužan da se legitimiše nasledničkim uverenjem.[10] Nemački sudovi stoje na stanovištu da dužnik nije ovlašćen da isplatu duga poverioćevom nasledniku uslovi prezentovanjem nasledničkog uverenja.[11] Naprotiv, on mora da plati dug i onom poverioćevom nasledniku koji svoje nasledničko svojstvo dokazuje notarskim testamentom.[12] Od ovog pravila moguć je izuzetak kada poverilac i dužnik ugovorom predvide da se isplata duga može izvršiti poverioćevim naslednicima samo ako podnesu nasledničko uverenje.[13] Takođe, prilikom uknjižbe naslednik, po pravilu, nasledničkim uverenjem dokazuje da je univerzalni sukcesor zemljišnoknjižnog prethodnika. Izuzetak je moguć kada je osnov pozivanja na nasleđe notarski testament, odnosno ugovor o nasleđivanju.[14] Tada je nasledniku za uknjižbu dovoljno da podnese notarsku ispravu o pravnom poslu *mortis causa*.[15] Jedino u slučaju kada iz sadržine notarskog testamenta, odnosno ugovora o nasleđivanju proističe ozbiljna sumnja u njihovu punovažnost, od naslednika se može zahtevati da priloži nasledničko uverenje.[16]

2. – Dokazna funkcija

Nasledničko uverenje stvara pretpostavku da licu koje je označeno kao naslednik pripada nasledno pravo i da ne postoje druga ograničenja osim

---

1989, 23: „Ko ne može nasledničkim uverenjem da dokaže svoj pravni položaj naslednika, on je praktično u nemogućnosti da učestvuje u pravnom prometu u pogledu predmeta iz zaostavštine.“

[9] Vid. M. Harder, I. Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied/Kriftel 2002, 238.

[10] Vid. D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2010, 254.

[11] U tom smislu, vid. odluku nemačkog Saveznog vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof* – BGH): XI ZR 311/04, 7. VI 2005, *Neue Juristische Wochenschrift*, 38/2005, 2779 i dalje.

[12] Bliže o tome, vid. T. Starke, „Erbnachweis durch notarielles Testament“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 44/2005, 3184 i dalje.

[13] Vid. W. Schlüter, *Erbrecht*, München 2000, 212. Opšti uslovi poslovanja banaka (*Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken*) u tački 5 predviđaju da nakon smrti klijenta banka može od njegovih naslednika zahtevati da podnesu nasledničko uverenje.

[14] Nemačko pravo predviđa da se ugovor o nasleđivanju zaključuje u formi notarske isprave. Bliže o tome, vid. D. Đurđević, „Uvođenje ugovora o nasleđivanju u srpsko pravo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2009, 194.

[15] Vid. § 35, st. 1 Zemljišnoknjižnog zakona (*Grundbuchordnung* – GBO). Isto važi i za upis u registar brodova (*Schiffsregister*). Vid. § 41, st. 1 Zakona o registru brodova (*Schiffsregisterordnung*).

[16] H. Schröder, T. Meyer, „Eröffnetes notarielles Testament versus Erbschein – Zum Regelfall des Nachweises der Erbenstellung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 45/2006, 3254 i dalje.

onih koja su navedena (§ 2365 BGB). U tome se ogleda njegova dokazna funkcija. Po svojoj pravnoj prirodi pretpostavka tačnosti nasledničkog uverenja je oboriva pravna pretpostavka (*Rechtsvermutung*).[17] Reč je o pretpostavci koja se neposredno odnosi na postojanje, odnosno nepostojanje nekog pravnog odnosa.[18] S obzirom da je reč o oborivoj pretpostavci, zaiteresovano lice može osporavati njenu tačnost svim dokaznim sredstvima (dokaz o protivnom – *Beweis des Gegenteils*).[19]

Pretpostavka tačnosti nasledničkog uverenja ispoljava se u dva vida: pozitivnom i negativnom.[20] Pozitivna pretpostavka odnosi se na postojanje naslednog prava i veličinu naslednog dela. Nasledničko uverenje ne predstavlja osnov za pretpostavku da određena dobra pripadaju zaostavštini.[21] Iz negativne pretpostavke proističe da ne postoje naslednopravna ograničenja (da nije imenovan potonji naslednik, niti izvršilac testamenta) ukoliko nisu navedena u nasledničkom uverenju. Međutim, izdavanje nasledničkog uverenja ne stvara pretpostavku o nepostojanju obligacionih tereta na zaostavštini (legati, nalozi, obaveza isplate nužnog dela).[22]

Pretpostavka tačnosti ima poseban značaj u parničnom postupku jer dovodi do obrta tereta dokazivanja.[23] Za slučaj da se u parničnom postupku ne može sa izvesnošću razjasniti da li je jedno lice ostaviočev naslednik (*non liquet* situacija), ako postoji nasledničko uverenje sudija će presuditi kao da je utvrdio postojanje naslednog prava.[24] Sledstveno tome, pretpostavka tačnosti može dejstvovati u korist, ali i na uštrb naslednika čije je nasledno pravo posvedočeno nasledničkim uverenjem.[25] Kada naslednik sudskim putem ostvaruje neko pravo iz zaostavštine prema trećem licu koje se brani

---

[17] G. Baumgärtel, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht* – Band II: *BGB Sachen-, Familien- und Erbrecht, Recht der EG, UN-Kaufrecht* (Hrsg. G. Baumgärtel, H.-W. Laumen), Köln-Berlin 1999, 1314.

[18] Za razliku od činjeničnih pretpostavki gde pravni poredak uzima da postoji činjenica na kojoj se zasniva neko pravo, pravne pretpostavke neposredno upućuju na postojanje određenog subjektivnog prava. Bliže o tome: L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010, 631.

[19] H. Rohlfing, *Deutscher Erbrechtskommentar* (Hrsg. M. Große-Wilde, P. Ouart), Köln 2010, 1091.

[20] C. Ahrens, 1261; W. Schlüter, 211.

[21] D. Olzen, *Erbrecht*, Berlin 2009, 326.

[22] C. T. Ebenroth, 706.

[23] W. Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Stuttgart-München 2009, 266; C. T. Ebenroth, 705.

[24] O značaju pravnih pretpostavki za raspodelu tereta dokazivanja: D. Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen - insbesondere bei Verweisungen zwischen verschidenen Rechtsgebieten, Berlin 1966, 99-100.

[25] C. T. Ebenroth, 705; R. Frank, *Erbrecht*, München 2003, 225.

tako što tvrdi da tužilac nije ostaviočev univerzalni sukcesor (na primer, tuži ostaviočevog dužnika za naplatu duga, a ovaj tvrdi da tužilac nije poverioočev naslednik i predlaže da se tužbeni zahtev odbije), nasledničko uverenje koristi nasledniku jer teret dokazivanja prevaljuje na njegovog protivnika. Ne stekne li sud ubeđenje o pravom stanju stvari, uzeće da je tužilac poverioočev naslednik i usvojiće tužbeni zahtev. Ali, ako poverilac radi naplate svog potraživanja tuži lice koje je u nasledničkom uverenju označeno kao dužnikov naslednik, a tuženi se brani tako što osporava da je univerzalni sukcesor tužioočevog dužnika, pretpostavka tačnosti nasledničkog uverenja dejstvuje na uštrb naslednika. Teret dokazivanja pada na lice koje je u nasledničkom uverenju označeno kao naslednik. U *non liquet* situaciji, sud će uzeti da je tuženi dužnikov naslednik i usvojiće tužbeni zahtev.

Pretpostavka tačnosti nasledničkog uverenja ima poseban značaj i u zemljišnoknjižnom postupku. GBO u § 35 predviđa da se nasleđivanje dokazuje nasledničkim uverenjem. To znači da zemljišnoknjižni sud sme i mora da se pouzda u nasledničko uverenje i da nije dužan da ispituje njegovu tačnost.[26] Međutim, ako su zemljišnoknjižnom sudu poznate činjenice za koje je očigledno da ih ostavinski sud nije uzeo u obzir i iz kojih proističe netačnost izdatog nasledničkog uverenja, on će odbiti predlog za uknjižbu.[27]

3. – Načelo pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja

Za nasledničko uverenje važi načelo pouzdanja (*öffentlicher Glaube*). Tim načelom štite se interesi savesnih učesnika u pravnom promentu koji od naslednika označenog u nasledničkom uverenju pribavljaju neko pravo iz zaostavštine.[28] BGB u § 2366 predviđa da ako je neko putem pravnog posla pribavio predmet iz zaostavštine, pravo na takvom predmetu ili oslobođenje od prava koje pripada zaostavštini, i to od onoga koji je u nasledničkom uverenju označen kao naslednik, onda se u korist pribavioca uzima da je sadržina nasledničkog uverenja tačna. U praksi se može dogoditi da ostavinski sud izda netačno nasledničko uverenje, tj. da u nasledničkom uverenju kao naslednik bude označeno neko drugo lice, a ne ono koje je zaista postalo univerzalni sukcesor. Takav naslednik naziva se prividnim naslednikom (*Scheinerbe*).[29] Na primer, ako neko falsifikuje ostaviočev testament i tako ishoduje izdavanje nasledničkog uverenja, on će biti prividni naslednik. Načelo pouzdanja u nasledničko uverenje omogućuje savesnom licu koje je od prividnog naslednika pribavilo neki predmet iz zaostavštine

---

[26] E. Schilken, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Hrsg. J. von Staudinger), Berlin 1997, § 2365, Rn 17 (u daljem tekstu: Staudinger/Schilken).

[27] T. Kipp, H. Coing, Erbrecht, Tübingen 1990, 572; Staudinger/Schilken, § 2365, Rn 17.

[28] Vid. H, Brox, *Erbrecht*, Köln – Berlin 2003, 351.

[29] Vid. W. Schlüter, 212.

da ima isti pravni položaj kao da je stupilo u pravni odnos sa stvarnim naslednikom.[30] Kada prividni naslednik, koji poseduje nasledničko uverenje, zaključi ugovor o cesiji, potraživanje prelazi na savesnog cesionara. Nastupaju ista pravna dejstva kao da je cesionar zaključio ugovor o cesiji sa pravim poveriočevim naslednikom. Pravi poveriočev naslednik ne može od dužnika zahtevati isplatu duga.[31]

Pouzdanje u tačnost nasledničkog uverenja uživa zaštitu samo ako je pribavilac savestan. Načelo pouzdanja u nasledničko uverenje ne važi: 1° ako je pribaviocu bilo poznato da je ono netačno i 2° ako je znao da je ostavinski sud naložio povlačenje nasledničkog uverenja (§ 2366 BGB). Pribavilac se smatra nesavesnim samo onda kada je znao da je nasledničko uverenje netačno. Prema jednodušnom stanovištu nemačkih autora,[32] svojstvo savesnog pribavioca priznaje se čak i onom licu koje je usled grube nepažnje propustilo da sazna za netačnost nasledničkog uverenja.[33]

U teoriji je sporno da li pribavilac prividnog naslednika uživa zaštitu i onda kada *de facto* nije znao za postojanje i sadržinu nasledničkog uverenja (na primer, pribavio je od prividnog naslednika neku stvar iz zaostavštine, a da pri tom nije izvršio uvid u nasledničko uverenje). Najveći broj autora[34] na ovo pitanje daje pozitivan odgovor, jer smatraju da zakonodavac pouzdanje u tačnost nasledničkog uverenja vezuje isključivo za to što je ono izdato.[35] Prema pristalicama mišljenja koje je ostalo u manjini,[36] zaštita poverenja podrazumeva postojanje saznanja o okolnostima na kojima se to poverenje zasniva. Međutim, ovaj argument je osporavan kroz komparaciju sa načelom pouzdanja u zemljišne knjige: kao što za pouzdanje u zemljišnu knjigu nije neophodno da pribavilac proverava ko je upisan, tako se i za primenu načela

---

[30] Vid. D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, Köln-Berlin, 1999, 406.

[31] Primer naveden kod: D. Leipold (2010), 263-264.

[32] C. T. Ebenroth, 708; R. Frank, 228; D. Leipold (2010), 259.

[33] Ovakvo široko postavljen pojam savesnog pribavioca opravdan je ako se ima u vidu da nasledničko uverenje izdaje ostavinski sud po sprovedenom vanparničnom postupku i da je neprimereno zahtevati od lica koje se oslonilo na sudski akt da proverava njegovu tačnost. U tom smislu, vid: T. Kipp, H. Coing, 573; U. von Lübtow, *Erbrecht*, Berlin 1971, II, 1027.

[34] U tom smislu: C. Ahrens, 1262; W. Brehm, 267; C. T. Ebenroth, 708; R. Frank, 229; D. Leipold (2010), 259-260; M. Löhnig, Köln - Berlin 2007, 148; D. Medicus (1999), 406.

[35] Među pristalicama ovog shvatanja ostalo je sporno da li je za primenu načela pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja potrebno da kod pribavioca postoji svest o tome da preduzima pravni posao povodom prava iz zaostavštine. O različitim shvatanjima, vid. S. Parodi, „Die Maßgeblichkeit der Kenntnis vom Erbschein für einen gutgläubigen Erwerb einer beweglichen Sache nach § 2366 BGB“, *Arhiv für die civilistische Praxis*, 3-4/1985, 363 i dalje.

[36] U tom smislu: C.-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, 508; S. Parodi, 362 i dalje.

pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja ne traži da pribavilac bude upoznat sa njegovom sadržinom.[37]

Načelo pouzdanja u nasledničko uverenje primenjuje se i onda kada je onome, koji je u nasledničkom uverenju označen za naslednika, izvršena činidba na osnovu prava iz zaostavštine (§ 2367 BGB). Na primer, savesni ostaviočev dužnik oslobađa se obaveze kada isplati dug prividnom nasledniku koji poseduje nasledničko uverenje. Na taj način obligacija se gasi, tako da pravi poveriočev naslednik ne može od dužnika zahtevati isplatu duga.[38] Pored toga, načelo pouzdanja u nasledničko uverenje omogućuje prividnom nasledniku da savesno treće lice oslobodi od obaveza prema zaostavštini.[39] Na primer, obaveza se gasi ako savesni ostaviočev dužnik zaključi ugovor o oprostu duga sa licem koje je u nasledničkom uverenju označeno za poveriočevog naslednika.

Uprkos tome što postoji nasledničko uverenje, savesni saugovornik prividnog naslednika ne može imati bolji položaj od onog koji bi imao da je zaključio ugovor sa pravim naslednikom.[40] Princip pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja, sam po sebi, ne dovodi do toga da savesni pribavilac na osnovu ugovora sa prividnim naslednikom stekne pravo koje nije pripadalo ostaviocu.[41] Ovim principom zaštićeno je samo poverenje savesnog pribavioca u naslednopravni položaj njegovog saugovornika, a ne i u sastav zaostavštine.[42] Na primer, ako prividni naslednik otuđi prsten koji je ostavilac ukrao, savesni pribavilac neće steći svojinu.[43] Pri tome je irelevantno to što je prividni naslednik označen u nasledničkom uverenju kao ostaviočev univerzalni sukcesor. Ukradeni prsten ne ulazi u sastav zaostavštine, tako da pribavilac ne bi stekao svojinu ni da je zaključio ugovor sa pravim naslednikom.[44]

---

[37] Vid. U. von Lübtow, II, 1028.

[38] Primer naveden kod: R. Frank, 229.

[39] M. Löhnig, 147.

[40] U tom smislu: H. Brox, 358; D. Medicus, „Besitz, Grundbuch und Erbschein als Rechtsscheinträger“, *Juristische Ausbildung*, 5/2001, 298.

[41] L. Michalski, *BGB – Erbrecht*, Heidelberg 2001, 421.

[42] D. Leipold (2010), 259; D. Medicus (2001), 298; W. Schlüter, 212.

[43] Primer naveden kod: H. Brox, 358.

[44] Ovakvo rešenje proističe iz § 935 BGB, koji isključuje sticanje svojine od nevlasnika u slučaju kada je stvar ukradena sopstveniku. Rešenje bi bilo drugačije da nije reč o krađi, već da je ostavilac stekao državinu na prstenu tako što ga je uzeo na poslugu i nije ga vratio. U toj situaciji dozvoljeno je sticanje od nevlasnika na osnovu § 932 BGB. Sledstveno tome, savesni pribavilac mogao bi zaključenjem ugovora sa prividnim naslednikom da stekne pravo koje nije pripadalo ostaviocu. Takav ishod nastaje kao posledica kumulativne primene dva pravna instituta: pravilom o sticanju od nevlasnika (§ 932 BGB) prevazilazi se to što stvar nije pripadala ostaviocu, dok načelo pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja (§ 2366 BGB)

Načelo pouzdanja u nasledničko uverenje ima veliki pravnopolitički značaj jer sprečava da „zaostavština bude blokirana".[45] Nakon smrti ostavioca uvek može postojati veća ili manja sumnja u pogledu toga ko je postao njegov naslednik. Kada ne bi važilo načelo pozdanja u nasledničko uverenje, treća lica bi se uzdržavala od toga da sa naslednikom stupaju u pravne odnose povodom predmeta iz zaostavštine. Bez pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja treća lica bi bila izložena riziku da pravi univerzalni sukcesor ospori njihovu transakciju ukoliko se kasnije ispostavi da je njihov saugovornik bio samo prividni naslednik.[46]

U srpskom pravu ne postoji načelo pouzdanja u tačnost ostavinskog rešenja. Savesno lice koje je pribavilo pravo iz zaostavštine od naslednika označenog u ostavinskom rešenju, može izgubiti to pravo ako se docnije utvrdi da ostavinski sud nije pravilno rasvetlio naslednopravne posledice ostaviočeve smrti. Kada prividni naslednik otuđi neku stvar iz zaostavštine trećem licu, pravi naslednik je ovlašćen da od trećeg lica zahteva predaju te stvari. Zaštita savesnog pribavioca prostire se onoliko koliko to dozvoljavaju pravila o održaju i o sticanju od nevlasnika.[47]

III. – Sadržina i vrste

1. – Sadržina

Sadržina nasledničkog uverenja uređena je zakonom. U nasledničkom uverenju mora da stoji ko je naslednik, a ako je iza ostavioca ostalo više univerzalnih sukcesora, neophodno je da se navede koliko iznose njihove nasledne kvote (§ 2353 BGB). Takođe, nasledničko uverenje mora da sadrži sva ograničenja naslednikovog prava da raspolaže predmetima iz zaostavštine. Takva ograničenja postoje kada je predviđena fideikomisarna supstitucija i kada je postavljen izvršilac testamenta.

Ukoliko je predviđena fideikomisarna supstitucija (*Nacherbschaft*),[48] nasledničko uverenje koje se izdaje prethodnom nasledniku (*Vorerbe*) mora da sadrži naznačenje da je određen potonji naslednik (*Nacherbe*), podatke o potonjem nasledniku i podatke o supstitucionom slučaju (*Nacherbfall*). Ako

---

nadomešćuje to što prenosilac nije pravi ostaviočev naslednik. U tom smislu, vid. L. Michalski, 421.

[45] Vid. K. Muscheler (2010), II, 1702.

[46] *Ibid*.

[47] Vid. O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd 1996, 577.

[48] O fideikomisarnoj supstituciji u nemačkom pravu, vid. D. Đurđević, „Pravni položaj prethodnog naslednika", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2011, 119-127.

je zaveštalac oslobodio prethodnog naslednika od ograničenja koja se odnose na raspolaganja pravima iz zaostavštine (*Befreiung des Vorerben*), ta okolnost se takođe mora navesti u nasledničkom uverenju (§ 2363 BGB). Time što insistira da se u nasledničkom uverenju navode podaci o fideikomisarnoj supstituciji zakonodavac štiti potonjeg naslednika od neovlašćenih raspolaganja prethodnog naslednika. Sadrži li nasledničko uverenje podatke o fideikomisarnoj supstituciji, potonji naslednik može svoje pravo da suprotstavi prema pravnim sledbenicima prethodnog naslednika, jer se tada na njih neće primeniti pravila o zaštiti savesnih pribavilaca.[49]

Takođe, ako je zaveštalac imenovao izvršioca testamenta (*Testamentvollstrecker*), to imenovanje mora da bude navedeno u nasledničkom uverenju (§ 2364 BGB). Uspešno obavljanje dužnosti izvršioca testamenta podrazumeva da naslednikova sloboda raspolaganja dobrima iz zaostavštine bude ograničena.[50] Unošenjem podatka o imenovanju izvršioca testamenta u nasledničko uverenje, sprečava se da ta ograničenja naslednikovog prava raspolaganja budu osujećena primenom pravila o zaštiti savesnih sticalaca.[51]

Nasledničko uverenje ne sme da sadrži druge navode, ma koliko oni bili relevantni za nasledno pravo, osim onih koji su izričito predviđeni zakonom.[52] U nasledničkom uverenju se ne navodi sastav zaostavštine.[53] Takođe, u nasledničkom uverenju ne stoje podaci o obligacionopravnim obavezama koje terete zaostavštinu (legati, nalozi, obaveza isplate nužnog dela, dugovi zaostavštine).[54] Ovo pravilo objašnjava se činjenicom da je jedina funkcija nasledničkog uverenja da posvedoči kome je nakon smrti ostavioca pripala zaostavština kao takva.[55] U ovom segmentu ogleda se još jedna ključna razlika između srpskog ostavinskog rešenja i nemačkog *Erbschein*-a. Prema čl. 122 srpskog Zakona o vanparničnom postupku (ZVP) ostavinsko rešenje mora između ostalog da sadrži podatke o sastavu zaostavštine, podatke o legatarima i licima koja imaju plodouživanje na

---

[49] J. Mayer, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Red. G. Schlichtling), München 2004, § 2363, Rn 2 (MünchKomm/Mayer).

[50] Upor. R. Frank, 148: „Jak pravni položaj izvršioca testamenta ima za posledicu razvlašćivanje naslednika“.

[51] Vid. J. Lange, *Juris Praxiskommentar BGB – Erbrecht* (Hrsg. W. Hau), Saarbrücken 2009, 1922; MünchKomm/Mayer, § 2364, Rn 1.

[52] U. von Lübtow, II, 1005; K. Muscheler (2010), II, 1718.

[53] MünchKomm/Mayer, § 2353 Rn, 40; Staudinger/Schilken, § 2353, Rn 81.

[54] O tome šta ne sme da sadrži nasledničko uverenje, vid. iscrpan katalog kod: Staudinger/Schilken, § 2353, Rn 81.

[55] C. Ahrens, 1245; MünchKomm/Mayer, § 2353, Rn 38-40.

stvarima iz zaostavštine. Ako se nakon pravnosnažnosti ostavinskog rešenja pronađe imovina za koju se nije znalo da pripada zaostavštini, sud donosi dopunsko ostavinsko rešenje (čl. 128 ZVP).

2. – Vrste

U zavisnosti od konkretnih naslednopravnih posledica ostaviočeve smrti koje su njima posvedočene, nemačko pravo razlikuje nekoliko vrsta nasledničkih uverenja. Osnovni model je isključivo nasledničko uverenje (*Alleinerbschein*) koje se izdaje kada celokupnu zaostavštinu nasleđuje samo jedan naslednik (§ 2353 BGB).

Delimičnim nasledničkim uverenjem (*Teilerbschein*) potvrđuje se da je jedno lice nasledilo alikvotni deo zaostavštine (§ 2353 BGB). Ono sadrži podatke o jednom sanasledniku i veličini njegove nasledne kvote. U delimičnom nasledničkom uverenju ne navode se podaci o ostalim sanaslednicima i veličini njihovih naslednih delova.[56] Sanaslednik je ovlašćen da zahteva izdavanje delimičnog nasledničkog uverenja za drugog člana nasledničke zajednice.[57] Posebnu vrstu delimičnog nasledničkog uverenja predstavlja tzv. nasciturus–nasledničko uverenje (*Nasciturus-Erbschein*). Takvim nasledničkim uverenjem se potvrđuje da je određeno lice ostaviočev naslednik i da ima naslednu kvotu čija je veličina nepoznata usled postojanja nasciturusa.[58]

Zajedničko nasledničko uverenje (*gemeinschaftliche Erbschein*) sadrži podatke o svim sanaslednicima i veličini njihovih naslednih delova. Izdavanje zajedničkog nasledničkog uverenja može se inicirati zajedničkim predlogom svih sanaslednika ili na predlog samo jednog od njih (§ 2357 BGB).

Grupnim nasledničkim uverenjem (*Gruppenerbschein*) potvrđuje se nasledničko svojstvo i veličina naslednih kvota samo jedne grupe, a ne svih sanaslednika.[59] Ova vrsta nasledničkog uverenja nije predviđena zakonom, već je razvijena u sudskoj praksi. Za grupno nasledničko uverenje kaže se da predstavlja sredinu između delimičnog i zajedničkog nasledničkog uverenja.[60] Potreba za grupnim nasledničkim uverenjem javlja se najčešće prilikom zakonskog nasleđivanja kada se zaostavština deli između više linija (odnosno loza), pri čemu je u nekoj od njih sporna veličina naslednih kvota. Uzmimo da na nasleđe konkurišu dva potomka ostaviočevog brata i tri

---

[56] MünchKomm/Mayer, § 2353, Rn 9.

[57] K. Firsching, H. L. Graf, *Nachlassrecht*, München 2008, 437.

[58] Staudinger/Schilken, § 2353, Rn 75.

[59] K. Muscheler (2010), II, 1719.

[60] U. von Lübtow, II, 1009.

potomka ostaviočeve sestre, pri čemu se ne zna da li je jedan od potomaka ostaviočevog brata doživeo trenutak ostaviočeve smrti. S obzirom da bratovljeva i sestrina linija dele nasledstvo na jednake delove, ovde je jasno da potomci ostaviočeve sestre nasleđuju po 1/6. Ostaje samo da se vidi da li će u liniji ostaviočevog brata naslediti samo jedan potomak i dobiti 1/2, ili će biti dva naslednika koji bi nasledili po 1/4. Nemački sudovi dozvoljavaju jednom od sestrića da zahteva izdavanje nasledničkog uverenja u kome će stajati da su tri potomka ostaviočeve sestre postala naslednici i da njihove nasledne kvote iznose po 1/6. Dobra strana ovakvog rešenja jeste to što lice čija je naslednopravna pozicija nesporna ne mora da čeka da se razreši sudbina ostalih sanaslednika da bi ishodovao javnu ispravu kojom će se u pravnom prometu legitimisati kao naslednik sa određenim naslednim delom. U srpskom pravu tako nešto je nezamislivo. Sanaslednici čiji je naslednopravni položaj razjašnjen ne mogu tražiti donošenje delimičnog ostavinskog rešenja u kome bi bile utvrđene samo njihove nasledne kvote. Srpski ostavinski sudovi ne donose nikakvo ostavinsko rešenje dok se ne razjasni pravni položaj svih sanaslednika.[61]

Zbirnim nasledničkim uverenjem (*Sammelerbschein*) naziva se slučaj kada jedna isprava sadrži više nasledničkih uverenja.[62] Ni ova vrsta nasledničkog uverenja nije predviđena zakonom već je razvijena u sudskoj praksi.[63] Potrebu za postojanjem zbirnog nasledničkog uverenja nametnule su situacije u kojima se uzastopno nasleđuje ista zaostavština.[64] Uzmimo da je ostaviočeva ćerka umrla neposredno nakon smrti svog oca, čiji je jedini naslednik, a da tu ćerku nasleđuju njena dva sina. U takvom slučaju naslednici mogu da zahtevaju izdavanje zbirnog nasledničkog uverenja u kome će stajati da je jedini dedin naslednik njegova ćerka i da su tu ćerku nasledila njena dva sina, svaki po polovinu. To što su dva naslednička uverenja sadržana u istoj ispravi, ne menja ništa u pogledu naslednopravnih dejstava. Sa stanovišta materijalnog naslednog prava ovde postoje dva otvorena nasledstva i dva naslednička uverenja.[65] Izdavanje zbirnog nasledničkog uverenja moguće je samo ako je za raspravljanje zaostavštine svih ostavilaca nadležan isti ostavinski sud.[66]

---

[61] Jedini slučaj delimičnog ostavinskog rešenja koji poznaje srpsko pravo jeste tzv. posebno rešenje o legatu, koje ostavinski sud donosi na zahtev legatara kada među učesnicima nije sporno pravo na legat. Vid. čl. 126 ZVP.

[62] L. Kroiß, *Nomoskommentar BGB – Erbrecht* (Hrsg. L. Kroiß, C. Ann, J. Mayer), Baden-Baden 2010, 1551; Staudinger/Schilken, § 2353, Rn 70.

[63] U. von Lübtow, II, 1010.

[64] Vid. K. Muscheler (2010), II, 1719.

[65] U. von Lübtow, II, 1010; K. Muscheler (2010), II, 1719.

[66] K. Firsching, H. L. Graf, 437; Staudinger/Schilken, § 2353, Rn 70.

U slučajevima sa elementom inostranosti naslednik može zahtevati da mu se izda predmetno ograničeno nasledničko uvrenje (*gegenständlich beschränkter Erbschein*). Ovakvo nasledničko uverenje ostavinski sud izdaje kada se deo zaostavštine nalazi u inostranstvu (§ 2369 BGB). U slučajevima sa stranim elementom izdavanje sveobuhvatnog nasledničkog uverenja može stvoriti praktične probleme, na primer da organi strane države na čijoj teritoriji se nalazi deo zaostavštine ne priznaju nemačko nasledničko uverenje.[67] Zbog toga § 2369 BGB predviđa mogućnost izdavanja nasledničkog uverenja koje je ograničeno samo na one predmete iz zaostavštine koji se nalaze u Nemačkoj. Pomenuta odredba propisuje i određena interpretativna pravila na osnovu kojih se određuje gde se neko pravo nalazi. Smatra se da se u Nemačkoj nalaze oni predmeti za koje se od strane nemačkih vlasti vodi određena knjiga ili registar za evidenciju ovlašćenih lica. Za zahteve iz zaostavštine (na primer, ostaviočev zahtev za povraćaj stvari prema licu koje mu je tu stvar ukralo), uzima se da se nalaze u Nemačkoj kada je za tužbu nadležan nemački sud.

IV – Izdavanje nasledničkog uverenja

Postupak izdavanja nasledničkog uverenja uređen normama Građanskog zakonika (BGB) i Zakona o postupcima u porodičnim i vanparničnim stvarima (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* - FamFG[68]). Pri tome vanparnično zakonodavstvo važi supsidijerno: na postupak izdavanja nasledničkog uverenja primenjuju se norme FamFG-a dokle god ih ne derogiraju specijalna pravila BGB-a.[69]

1. – Nadležnost

Za izdavanje nasledničkog uverenja stvarno nadležan je osnovni sud (*Amtsgericht*).[70] Izuzetak postoji u državi Baden-Virtemberg (*Baden-Württenberg*), gde je predviđena nadležnost službenog notarijata (*Amtsnotariat*).[71] Mesno nadležan je osnovni sud na čijem području je

---

[67] Vid. D. Leipold (2010), 256.

[68] Ovaj zakon je donet 17. 12. 2008 (BGBl. I, S. 2586), a stupio je na snagu 1. 9. 2009. g. Njime je izvršena reforma nemačkog vanparničnog postupka. O razlozima za donošenje i osnovim opredeljenjima zakona, vid. umesto svih: H. Prütting, *FamFG – Kommentar* (Hrsg: H. Prütting, T. Helms), Köln 2009, 3 i dalje.

[69] W. Brehm, 273.

[70] Vid. § 23a, st. 1, tač. 2 Zakona o uređenju sudova (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG), koji predviđa da su osnovni sudovi nadležni u vanparničnim stvarima ukoliko zakonom nije predviđena nadležnost drugog suda.

[71] § 147 Uvodnog zakona za Građanski zakonik (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* - EGBGB) predviđa da se ne ukidaju propisi država na osnovu kojih su za

ostavilac imao prebivalište u mometu smrti. Ukoliko ostavilac nije imao prebivalište u Nemačkoj, mesna nadležnost se određuje prema njegovom poslednjem boravištu (§ 343, st. 1 FamFG). Za slučaj da ostavilac, koji je nemački državljanin, nije u vreme smrti imao ni prebivalište ni boravište u Nemačkoj, za izdavanje nasledničkog uverenja biće nadležan Osnovni sud Šeneberg (*Amtsgericht Schöneberg*) u Berlinu. Ovaj sud može ustupiti predmet nekom drugom osnovnom sudu kada za to postoje važni razlozi (§ 343, st. 2 FamFG).[72]

Što se tiče međunarodne nadležnosti, do 2009. g. nemački sudovi držali su se „načela istog toka (*Gleichlaufgrundsatz*)“.[73] Polazeći od toga da je nemačko vanparnično procesno pravo prilagodjeno nemačkom materijalnom naslednom pravu („isti tok materijalnog i procesnog prava“), sudovi su zasnivali nadležnost u ostavinskim stvarima sa stranim elementom samo u onim slučajevima gde je za nasleđivanje bilo merodavno nemačko pravo.[74] Danas princip istog toka ne važi. FamFG u § 105 predviđa da se međunarodna nadležnost u vanparničnim postupcima određuje prema pravilima o mesnoj nadležnosti nemačkih sudova. Sledstveno tome, nemački sudovi biće nadležni da izdaju nasledničko uverenje onda kada je ostavilac strani državljanin koji je u Nemačkoj imao poslednje prebivalište, odnosno boravište. Ukoliko je ostavilac strani državljanin koji u momentu smrti nije imao prebivalište ili borvište u Nemaćkoj, biće nadležan nemački osnovni sud na čijoj teritoriji se nalaze predmeti iz zaostavštine (§ 343 FamFG).

Funkcionalna nadležnost podeljena je između sudije i višeg pravosudnog službenika. Viši pravosudni službenik (*Rechtspfleger*)

---

poslove starateljskih ili ostavinskih sudova nadležne druge službe. Državni zakon o vanparničnom postupku Baden–Virtemberga (*Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit* – LFGG) u § 38 predviđa da poslove ostavinskog suda obavlja notarijat. Za razliku od većine nemačkih država u Baden-Virtembergu ne postoji notarijat latinskog tipa, već tzv. službeni ili državni notarijat. Notari u Baden-Virtembergu nalaze se u državnoj službi (§ 3 LFGG), dok notari latinskog tipa svoju delatnost obavljaju kao slobodno zanimanje. O karakteristikama notarijata latinskog tipa, vid. A. Jakšić, „Notarijat kao javna služba“, *Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Beograd 2005, 85 i dalje; V. Rijavec, „Uloga notara u građanskom pravu Slovenije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2010, 108 i dalje.

[72] Ustupanje predmeta celishodno je onda kada je drugi sud u boljoj poziciji da raspravi zaostavštinu, na primer, na njegovom području se nalazi zaostavština, prebivalište lica koje zahteva izdavanje nasledničkog uverenja ili sedište notara koji je sastavio predlog za izdavanje nasledničkog uverenja. Bliže o tome, vid. O. Fröhler, *FamFG – Kommentar* (Hrsg: H. Prütting, T. Helms), Köln 2009, 2078.

[73] Vid. odluku bavarskog Vrhovnog zemaljskog suda: BayObLG – Breg. 1 Z 4/86, 13. 11. 1986, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19/87, 1148. Ovaj princip je ukinut stupanjem na snagu FamFG. Vid. W. Brehm, 273; D. Leipold (2010), 256.

[74] Bliže o tome vid. C. T. Ebenroth, 887-888; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, München 2005, 423; S. Lorenz, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. H. G. Bamberger, H. Roth), Bd. III (§§ 1297-2385; EGBGB; CISG), München 2003, 2429.

predstavlja posebnu pravosudnu profesiju koju srpsko pravo ne poznaje. Njegov položaj i nadležnost uređeni su Zakonom o višem pravosudnom službeniku (*Rechtspflegergesetz* - RPflG) od. 5. 11. 1969. Uvođenje viših pravosudnih službenika obrazlaže se težnjom nemačkog zakondavca da rastereti sudije od delatnosti koje nisu tipično sudijske, kako bi im ostavio više vremena za obavljanje pravih sudijskih poslova.[75] Pravilo je da postupak sprovodi viši pravosudni službenik (§ 3, st. 2c RPflG). Izuzetak je predviđen u dva slučaja: kada je podneto raspolaganje za slučaj smrti (testament ili ugovor o nasleđivanju) i kada *in concreto* treba primeniti strano pravo (§ 16, st. 1, tač. 6 RPflG). O tome da li je postoji raspolaganje za slučaj smrti odlučuje sudija. Viši pravosudni službenik neće sprovoditi postupak ni u onim slučajevima gde je očigledno da je raspolaganje za slučaj smrti ništavo.[76] Kada postoji raspolaganje za slučaj smrti, a sudija proceni da uprkos tome na konkretni slučaj treba primeniti norme zakonskog nasleđivanja, on može sprovođenje postupka preneti na višeg pravosudnog službenika. Prenošenje nadležnosti na višeg pravosudnog službenika nije dozvoljeno kada se zaostavština raspravlja po stranom pravu (§ 16, st. 1, tač. 6 RPflG).

2. – Pokretanje postupka. Dispozitiva maksima

Za razliku od srpskog ostavinskog postupka gde važi princip oficijelnosti,[77] izdavanje nasledničkog uverenja u nemačkom pravu uređeno je u skladu sa načelom dispozicije. Postupak se pokreće predlogom (§ 2353 BGB). Svojstvo predlagača pored isključivog naslednika, mogu imati: svaki sanaslednik, prethodni naslednik dok ne nastupi supstitucioni slučaj, potonji naslednik nakon nastupanja supstitucionog slučaja, izvršlac testamenta i upravitelj nasledstva. Lica koja imaju obligacione zahteve prema zaostavštini (legatar, nužni naslednik) nisu legitimisani za podnošenje predloga. Isto važi i za staraoca zaostavštine.[78] Takođe, Zakon o građanskom sudskom postupku (*Zivilprozessordnung* – ZPO) u § 792 predviđa da poverilac naslednika može da zahteva izdavanje nasledničkog uverenja ukoliko mu je ono potrebno za sprovođenje izvršnog postupka.

Sadržina predloga uređena je zakonom (§§ 2354, 2355 BGB). U svakom predlogu za izdavanje nasledničkog uverenja neophodno je da se

---

[75] Vid. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, 133, koji za poslove pravosudnog službenika kažu da su „nesudijski (*nichtrichterliche Geschäfte*)“.

[76] Vid. W. Brehm, 271.

[77] Ostavinski postupak u Srbiji pokreće sud po službenoj dužnosti. Izuzetak je predviđen samo onda kada u zaostavštini nema nepokretnosti. Tada se ostavinski postupak pokreće predlogom.Vid. I. Babić, „Važnija načela ostavinskog postupka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 6/1992, 611-613.

[78] Vid. C. Ahrens, 1250-1251; W. Brehm, 270; C. T. Ebenroth, 700.

navedu: vreme ostaviočeve smrti, da li pred sudom teče parnica o naslednom pravu, podaci o licima koja bi predlagača isključila iz nasledstva ili bi umanjila njegov nasledni deo da nisu otpala iz nasledstva, kao i razlog zbog kojeg ta lica nisu stekla nasledno pravo (na primer, ako je ostaviočeva žena umrla pre njega, a ćerka dala negativnu naslednu izjavu, ostaviočev sin kao podnosilac predloga za izdavanje nasledničkog uverenja mora da naznači podatke o ostaviočevoj ženi i ćerki i razloge zbog kojih nisu postale naslednici.) Ostali elementi sadržine zavise od toga da li predlog za izdavanje nasledničkog uverenja podnosi zakonski ili testamentarni naslednik. Predlog koji podnosi zakonski naslednik, pored navedenih elemenata, mora da sadrži: podatke o odnosu sa ostaviocem na kome počiva svojstvo zakonskog naslednika (da li je ostaviočev supružnik, sestra, stric, usvojenik itd.), podatke o postojanju lica koja bi predlagača isključila iz nasledstva ili mu umanjila nasledni deo, podatke o ostaviočevim raspolaganjima za slučaj smrti. Predlagač koji konkuriše na nasleđe na osnovu raspolaganja za slučaj smrti (testament, ugovor o nasleđivanju), u predlogu za izdavanje nasledničkog uverenja mora da označi pravni posao na kojem počiva njegovo pravo i da navede da li postoje i koja su druga ostaviočeva raspolaganja *mortis causa*.

Pored elemenata koji su propisani zakonom, teorija i sudska praksa stoje na stanovištu da predlog za izdavanje nasledničkog uverenja mora da sadrži precizne i potpune podatke o ostaviocu i nasledniku.[79] Takođe, neophodno je da predlog ima petitum.[80] Predlagač mora da navede tačnu sadržinu nasledničkog uverenja čije izdavanje zahteva (da li nasleđuje kao isključivi naslednik ili sanaslednik, kolika mu je nasledna kvota).[81] Zbog dispozitivne maksime koja vlada nemačkim ostavinskim postupkom nije dozvoljeno da predlagač navede samo činjenice i da „sadržinu nasledničkog uverenja prepusti sudijskoj oceni.“[82]

Za podnošenje predloga nije propisana posebna forma. U praksi se predlog za izdavanje nasledničkog uverenja najčešće podnosi usmeno na zapisnik pred sudom.[83]

Predlagač je dužan da priloži dokaze kojima potkrepljuje svoje činjenične navode (§ 2356 BGB). Od te dužnosti je oslobođen u pogledu

---

[79] Vid. O. Fröhler, 2163; L. Kroiß, 1540.

[80] Drugačije je u srpskom pravu. Kada se zaostavština pokreće predlogom, predlagač nije dužan da naznači kakve naslednopravne posledice ostavinski sud treba da utvrdi. Dovoljno je da navede činjenice i da od suda zatraži sprovođenje ostavinske rasprave.

[81] Vid. W. Brehm, 267; Staudinger/Schilken § 2353, Rn 56.

[82] Staudinger/Schilken § 2353, Rn 56.

[83] W. Brehm, 269; L. Kroiß, 1540.

opštepoznatih činjenica. Činjenični navodi koji se tiču vremena ostaviočeve smrti i odnosa između ostavioca i naslednika moraju se dokazati javnim ispravama. To su po pravilu izvodi iz matičnih knjiga.[84] Predlagač koji zasniva svoje nasledno pravo na raspolaganju za slučaj smrti, obavezan je da priloži odgovarajuću ispravu (testament, ugovor o nasleđivanju i sl.). Ukoliko se tražene isprave ne mogu pribaviti, ili je njihovo pribavljanje moguće samo uz nesrazmerne teškoće, predlagač može navesti druga dokazna sredstva.[85] Ostali relevantni činjenični navodi dokazuju se tako što predlagač polaže pred sudom ili notarom prokaznu (otkrivajuću) zakletvu[86] da mu nije poznato ništa što bi protivrečilo činjenicama koje je naveo. Predlagač neće morati da polaže prokaznu zakletvu ukoliko ostavinski sud proceni da to nije neophodno (§ 2356 BGB).

Dispozitivna maksima ne dolazi do izražaja samo kod pokretanja postupka. Nemački ostavinski sudovi striktno su vezani predlogom za izdavanje nasledničkog uverenja.[87] Ta vezanost ima šire dejstvo nego vezanost parničnog suda tužbenim zahtevom.[88] Naime u parničnom postupku sud ne može da izrekne nešto što tužilac nije zahtevao, niti u izreci presude može stajati više od zahtevanog, ali je dozvoljeno delimično odbijanje tužbenog zahteva, tj. da se dosudi manje od traženog.[89] U nemačkom ostavinskom postupku insistira se na tome da predlog bude sadržinski identičan sa nasledničkim uverenjem čije se izdavanje zahteva – ostavinski sud može predlog takav kakav jeste prihvatiti ili odbiti.[90] Na

---

[84] Bliže o tome, vid. MünchKomm/Mayer, § 2356, Rn 21.

[85] Do primene ovog pravila u praksi dolazi najčešće onda kada su troškovi pribavljanja potrebnih javnih isprava nesrazmerno veliki u odnosu na vrednost zaostavštine. U takvim situacijama kao dokazno sredstvo mogu se koristiti i izjave svedoka, crkvene krštenice, stari registri porodičnog porekla i sl. Vid. Staudinger/Schilken § 2356, Rn 28-31.

[86] Prokazna zakletva (*Eidesstattliche Versicherung*) predstavlja usmenu ili pismenu izjavu učesnika u postupku koja se odnosi na njegove sopstvene radnje ili na neke druge činjenice, a koja u građanskim sudskim postupcima služi kao dokazno sredstvo za utvrđivanje verodostojnosti određene tvrdnje. Vid. § 31 FamFG. Njena dokazna snaga proističe odatle što davanje lažne prokazne zakletve predstavlja krivično delo. Krivični zakonik (*Strafgesetzbuch* - StGB) u § 156 predviđa da se za davanje lažne prokazne zakletve može izreći kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. O prokaznoj zakletvi kao dokaznom sredstvu u nemačkom vanparničnom postupku, vid. H. Prütting, *FamFG – Kommentar* (Hrsg: H. Prütting, T. Helms), Köln 2009, 257. Važeće srpsko pravo ne poznaje ovu ustanovu. Međutim, u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije iz 1930. g. (§ 46) postojala je prokazna zakletva kao procesni institut čija je svrha da se izvršenik (dužnik) pod pretnjom krivičnog gonjenja natera da otkrije (prokaže) imovinu na kojoj se može sprovesti izvršenje. Bliže o tome: S. Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1938, II, 25.

[87] C. Ahrens, 1252; W. Brehm, 268.

[88] W. Brehm, 268.

[89] Vid. M. Vollkommer, „Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses“, *Lexikon des Zivilverfahrensrechts* (Hrsg. G. Lüke, H. Prütting), Neuwied/Kriftel 1989, 338.

[90] R. Stürner, *BGB – Kommentar* (Hrsg. O. Jauernig), München 2003, 1880.

primer, ako jedan od sanaslednika zahteva da se izda delimično nasledničko uverenje u kome će stajati da njegov nasledni deo iznosi 1/2, a iz sprovedene ostavinske rasprave proističe da nasledna kvota iznosi 1/3, ostavinski sud ne sme da izda delimično nasledničko uverenje u kome bi stajalo da je nasledna kvota predlagača 1/3.[91] Ovako strogo postavljena dispozitivna maksima čini položaj predlagača nezavidnim, jer se od njega očekuje da sam tačno utvrdi naslednopravne posledice ostaviočeve smrti, kako bi mogao da podnese predlog za izdavanje nasledničkog uverenja. Da bi olakšalo položaj predlagača, nemačko pravo dozvoljava eventualno spajanje predloga. Predlagač može istaći dva predloga, od kojih će jedan označiti kao glavni (*Hauptantrag*), a drugi kao pomoćni (*Hilfsantrag*). Ostavinski sud odlučuje o pomoćnom predlogu ako utvrdi da je glavni neosnovan.[92]

3. – Ostavinska rasprava

U stadijumu ostavinske rasprave zadatak ostavinskog suda sastoji se u tome da ispita da li predlagač ima onaj naslednopravni položaj koji je naveo u predlogu za izdavanje nasledničkog uverenja. Ovaj zadatak podrazumeva da ostavinski sud utvrdi relevantno činjenično stanje. Nakon toga, sud podvodi te činjenice pod merodavne materijalnopravne norme i na osnovu toga zaključuje da li predlagač zaista poseduje naslednopravni položaj za koji tvrdi da ga je stekao.[93] U pogledu utvrđivanja činjenica, u nemačkom ostavinskom postupku važi istražno načelo (*Amtsermittlungsprinzip*). Ostavinski sud nije ograničen na izvođenje dokaza koje je ponudio predlagač.[94] On je dužan da pokrene neophodnu službenu istragu i da izvede i neke druge dokaze koji se čine podobnim. Sud može da objavi javni poziv da druga lica prijave nasledno pravo koje im pripada (§ 2358 BGB).

Ostavinski sud izdaje nasledničko uverenje samo ako smatra za utvrđene one činjenice koje su neophodne za osnovanost predloga (§ 2359 BGB). Činjenice se smatraju utvrđenim kada sud stekne ubeđenje o njihovom postojanju.[95] Ako takvog ubeđenja nema (*non liquet* situacija), odlučuje se primenom pravila o teretu dokazivanja.[96] Na primer, ukoliko ostavinski sud, pošto je saslušao svedočenje dva lekara, ne može da stekne ubeđenje o tome da li je zaveštalac bio sposoban za rasuđivanje u vreme sastavljanja testamenta, primenom pravila o teretu dokazivanja on će uzeti

---

[91] W. Brehm, 268.

[92] W. Brehm, 267-268; L. Kroiß, 1545.

[93] Vid. D. Leipold (2010), 255.

[94] Vid. C. T. Ebenroth, 699; MünchKomm/Mayer, § 2358, Rn 5; Staudinger/Schilken, § 2356, Rn 7.

[95] Vid. D. Leipold (2010), 255.

[96] Bliže o tome vid. W. Brehm, 275; L. Kroiß, 1547-1548.

da je zaveštalac imao testamentarnu sposobnost i testamentarnom nasledniku će izdati nasledničko uverenje.[97]

Ukoliko među učesnicima u postupku dođe do spora o činjenicama ili primeni prava, o tome odlučuje sam ostavinski sud. Nemačko pravo ne poznaje mogućnost da sud prekine ostavinski postupak i učesnika uputi na parnicu.[98]

4. – Odluka ostavinskog suda o izdavanju nasledničkog uverenja

O osnovanosti predloga za izdavanje nasledničkog uverenja ostavinski sud odlučuje rešenjem (*Beschluss*). Ako je predlog za izdavanje nasledničkog uverenja neosnovan, sud će doneti odbijajuće rešenje (*Zurückweisungsbeschluss*).[99] Međutim, ako je sud na osnovu rezultata ostavinske rasprave došao do zaključka da je predlog osnovan, doneće rešenje kojim utvrđuje da postoje činjenice potrebne za izdavanje nasledničkog uverenja (*Anordnungsbeschluss*). Pravilo je da to rešenje proizvodi dejstvo u momentu donošenja i nije neophodno da bude dostavljeno predlagaču (§ 352, st. 1 FamFG). Ovo rešenje nije isto što i nasledničko uverenje. Nasledničko uverenje predstavlja poseban sudski akt i izdaje se u posebnoj ispravi.[100]

Ostavinski sud, po pravilu, istovremeno donosi i rešenje i nasledničko uverenje i dostavlja ih predlagaču. On ne mora da čeka da rešenje postane pravnosnažno da bi izdao nasledničko uverenje. Od ovog pravila postoji izuzetak kada je u ostavinskom postupku bilo spora među učesnicima. Na primer, testamentarni naslednik zahteva izdavanje nasledničkog uverenja u kome bi stajalo da je on jedini ostavioćev univerzalni sukcesor, zakonski naslednik tvrdi da je testament ništav, a ostavinski sud nalazi da je predlog testamentarnog naslednika osnovan i donosi rešenje kojim utvrđuje da postoje činjenice potrebne da se testamentarnom nasledniku izda nasledničko uverenje. U ovakvim slučajevima postoje realni izgledi da će zakonski naslednik uložiti žalbu. Zbog toga ostavinski sud prvo dostavlja

---

[97] Kada je reč o sposbnosti za sačinjavanje testamenta, teret dokazivanja leži na onome ko tvrdi da zaveštalac nije imao testamentarnu sposobnost. Vidi odluku berlinskog *Kammergericht*-a: KG – 1 W 4291/98, 7. 9. 1999, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/2001, 903. O utvrđivanju testamentarne sposobnosti u ostavinskom postupku i primeni pravila o teretu dokazivanja, vid. iscrpno kod: K.-H. Schmitz, *Handbuch der Beweislast im Privatrecht* – Band II: *BGB Sachen-, Familien- und Erbrecht, Recht der EG, UN-Kaufrecht* (Hrsg. G. Baumgärtel, H.-W. Laumen), Köln-Berlin 1999,1199-1200.

[98] C. T. Ebenroth, 701. Drugačije je u srpskom pravu, gde ostavinski sud u slučaju spora o činjenicama od kojih zavisi pravo na nasleđe prekida postupak i upućuje na parnicu učesnika čije pravo smatra manje verovatnim (čl. 119 ZVP).

[99] W. Brehm, 276; O. Fröhler, 2165.

[100] O. Fröhler, 2165; D. Leipold (2010), 255; K. Muscheler (2010), II, 1714.

rešenje učesnicima, a sa izdavanjem nasledničkog uverenja čeka dok rešenje ne postane pravnosnažno (§ 352, st. 2 FamFG). Na taj način se sprečava ishitreno puštanje u pravni promet nasledničkog uverenja za koje postoji sumnja da je netačno i koje bi zahvaljujući načelu pouzdanja dalo mogućnost prividnom nasledniku da raspolaže predmetima iz zaostavštine i tako nanese nenadoknadivu štetu pravom nasledniku.[101]

5. – Pravni lekovi

Redovan pravni lek u postupku izdavanja nasledničkog uverenja je žalba protiv rešenja (*Beschwerde*). Protiv rešenja kojim se odbija predlog za izdavanje nasledničkog uverenja žalba je uvek dozvoljena. Protiv rešenja kojim se utvrđuje da postoje činjenice potrebne za izdavanje nasledničkog uverenja dozvoljena je žalba samo ako nasledničko uverenje nije izdato.[102] Nakon izdavanja nasledničkog uverenja žalba je dozvoljena ukoliko se njome zahteva povlačenje nasledničkog uverenja (§ 352, st. 3 FamFG). U tom slučaju, ako se ispostavi da je žalba osnovana, drugostepeni sud nalaže ostavinskom sudu da povuče nasledničko uverenje.[103]

Za žalbu protiv rešenja važe opšta pravila vanparničnog postupka. Dopuštenost žalbe uslovljena je vrednošću žalbenog predmeta koja mora biti veća od 600 evra (§ 61 FamFG). Pravo na žalbu protiv rešenja kojim je odbijen predlog za izdavanje nasledničkog uverenja ima predlagač. Protiv rešenja kojim se utvrđuje da postoje činjenice potrebne za izdavanje nasledničkog uverenja žalbu može podići svako lice na čiji se pravni položaj to rešenje negativno odrazilo (§ 59 FamFG). Na primer, ako je izdato nasledničko uverenje po predlogu prethodnog naslednika, potonji naslednik može izjaviti žalbu ukoliko u nasledničkom uverenju nije naznačeno postojanje fideikomisarne supstitucije.[104] Rok za žalbu iznosi mesec dana, a računa se od dostavljanja rešenja učesniku (§ 63 FamFG). Žalba se predaje ostavinskom sudu (§ 64 FamFG). Ostavinski sud može usvojiti žalbu i preinačiti svoju odluku ukoliko smatra da je ona osnovana. U suprotnom, on je dužan da bez odlaganja dostavi žalbu drugostepenom sudu (§ 68 FamFG). Za odlučivanje po žalbi nadležnan je vrhovni zemaljski sud – *Oberlandesgericht* (§ 119, st. 1, tač. 1b GVG).

Odluke drugostepenog suda napadaju se revizijom protiv rešenja (*Rechtsbeschwerde*). U ostavinskim stvarima revizija se može izjaviti samo ako je drugostepeni sud to dozvolio u svom rešenju. Drugostepeni sud može dozvoliti izjavljivanje revizije u dva slučaja: 1° ako je u pitanju pravna stvar

---

[101] D. Leipold (2010), 255; K. Muscheler (2010), II, 1714.

[102] W. Brehm, 285.

[103] O. Fröhler, 2166.

[104] Vid. A. Abramenko, *FamFG – Kommentar* (Hrsg: H. Prütting, T. Helms), Köln 2009, 487.

koja ima načelan značaj i 2° ako potrebe unapređenja prava i obezbeđenja jedinstvene sudske prakse nalažu da o konkretnoj pravnoj stvari odluči revizijski sud (§ 70 FamFG). Rok za izjavljivanje revizije iznosi mesec dana, a računa se od dana kada je učesniku dostavljeno drugostepeno rešenje (§ 71 FamFG). Revizija se može izjaviti samo zbog pogrešne primene materijalnog prava. Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje ne predstavlja revizijski razlog (§ 72 FamFG). O reviziji odlučuje Savezni vrhovni sud – *Bundesgerichtshof* (§ 133 GVG).

6. – Povlačenje nasledničkog uverenja

Izdavanje netačnog nasledničkog uverenja dovodi u opasnost interese pravog naslednika. Netačno nasledničko uverenje daje prividnom nasledniku mogućnost da se u pravnom prometu legitimiše kao ostaviočev univerzalni sukcesor. Savesna treća lica, blagodareći načelu pouzdanja u tačnost nasledničkog uverenja, mogu da punovažno pribave predmete iz zaostavštine na osnovu pravnog posla sa prividnim naslednikom, čime se ozbiljno ugrožava pravi naslednik. Da bi zaštitio interese pravog naslednika, nemački zakonodavac predviđa dužnost ostavinskog suda da povuče netačno nasledničko uverenje (§ 2361 BGB).

Nasledničko uverenje se smatra netačnim kada u vreme vođenja ostavinskog postupka nisu postojale pretpostavke za njegovo izdavanje ili kada one naknadno otpadnu.[105] Nasledničko uverenje može biti netačno *ex tunc*, na primer kada ostavinski sud izda nasledničko uverenje zakonskom nasledniku jer mu nije bilo poznato da je iza ostavioca ostao testament. Ukoliko je izdato nasledničko uverenje prethodnom nasledniku, nastupanjem supstitucionog slučaja ono *ex nunc* postaje netačno, jer prethodni naslednik gubi svojstvo univerzalnog sukcesora.[106] Očigledne omaške u pisanju nemaju za posledicu povlačenje nasledničkog uverenja, već samo njegovu ispravku.[107]

Vanparnični postupak za povlačenje netačnog nasledničkog uverenja (*Einziehungsverfahren*) sprovodi sud koji je to uverenje izdao. Ovo pravilo važi i onda kada je postupak za izdavanje nasledničkog uverenja vođen pred nenadležnim sudom.[108] U postupku za povlačeje nasledničkog uverenja ne važi dispozitivna maksima. Postupak se može pokrenuti po predlogu zainteresovanog lica, a to može učiniti i sud *ex officio* (§ 2361, st. 3 BGB). Pošto nasledničko uverenje nije podobno za materijalnu pravnosnažnost,

---

[105] E. Dillberger, T. Fest, „Vorgehen gegen einen unrichtiges Erbschein“, *Juristische Schulung*, 12/2009, 1099; C. T. Ebenroth, 702-703; MünchKomm/Mayer, § 2361, Rn 2.

[106] MünchKomm/Mayer, § 2361, Rn 4.

[107] O. Fröhler, 2169.

[108] W. Brehm, 279; O. Fröhler, 2168.

mogućnost njegovog povlačenja nije ograničena rokovima.[109] Kada utvrdi da postoje pretpostavke za povlačenje nasledničkog uverenja sud će doneti rešenje kojim određuje povlačenje.[110] Ukoliko imalac ne vrati nasledničko uverenje u sud, rešenje o povlačenju nasledničkog uverenja može se prinudno izvršiti (§ 86 FamFG). Od momenta kada imalac vrati nasledničko uverenje, ono *ex lege* biva stavljeno van snage i za njega se više ne vezuje načelo pouzdanja (§ 2361, st. 1 BGB).

Ukoliko nasledničko uverenje ne može odmah da bude vraćeno, ostavinski sud je dužan da donese rešenje kojim ga stavlja van snage (*Kraftloserklärungsbeschluss*). Rešenje se mora istaći na oglasnu tablu suda ili objaviti u elektonskom informacionom sistemu koji sud koristi za oglašavanje (§ 186 ZPO). Takođe, sud može odlučiti da se rešenje objavi u Saveznom oglasnom biltenu (*Bundesanzeiger*) ili u drugim listovima (§ 187 ZPO). Dejstva stavljanja van snage nastupaju istekom roka od mesec dana od poslednjeg objavljivanja rešenja u službenim listovima (§ 2361 BGB).

Povlačenje nasledničkog uverenja pravi naslednik može ishoditi i u parničnom postupku. Pravni poredak daje mogućnost pravom nasledniku da protiv držaoca netačnog nasledničkog uverenja podigne kondemnatornu tužbu kojom će od njega zahtevati da to uverenje preda ostavinskom sudu (§ 2362 BGB).

7. – Odnos ostavinskog i parničnog postupka

Ostavinski postupak u srpskom pravu okončava se donošenjem ostavinskog rešenja koje je podobno za materijalnu pravnosnažnost.[111] Pravnosnažno ostavinsko rešenje ima, po pravilu, obavezujuće dejstvo i za parnični sud, mada od tog pravila postoje brojni izuzeci.[112] Nemačko nasledničko uverenje nije podobno za materijalnu pravnosnažnost.[113] Sledstveno tome, nasledničko uverenje ne obavezuje parnični sud. Na primer, ako je izdato nasledničko uverenje u kome stoji da je lice A jedini ostaviočev naslednik, to ne sprečava ostale pravne subjekte da protiv njega podižu naslednopravni zahtev.

---

[109] E. Dillberger, T. Fest, 1099-1100.

[110] E. Dillberger, T. Fest, 1100; O. Fröhler, 2170. Držaocu se određuje rok u kome mora da vrati nasledničko uverenje ostavinskom sudu. Taj rok obično iznosi dve nedelje

[111] Bliže o tome vid. I. Babić, „Dejstvo pravnosnažnog rješenja o nasljeđivanju“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/1993, 381 i dalje; D. Petrović, „Dejstvo pravnosnažnog rešenja o nasleđivanju“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/1963, 426 i dalje.

[112] Vid. D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2011, 312 i dalje.

[113] W. Brehm, 277; C. T. Ebenroth, 703; D. Leipold (2010), 257.

Nasuprot tome, ostavinski sud je vezan pravnosnažnom presudom parničnog suda.[114] Međutim, ovde treba voditi računa o subjektivnim granicama pravnosnažnosti presude parničnog suda, jer ona deluje samo prema strankama i njihovim pravnim sledbenicima (§ 325 ZPO). Ostavinski sud je vezan presudom parničnog suda samo onda kada se kao učesnici u ostavinskom postupku pojavljuju lica koja su bila stranke u parničnom postupku. Uzmimo, na primer, da ostavilac ima dva sina i ćerku, a da je jedan od sinova protiv svog brata podigao tužbu za utvrđenje da je jedini naslednik i dobio spor. Postojanje takve pravnosnažne presude ne sprečava sud da ostavioćevoj ćerki izda nasledničko uverenje u kome bi stajalo da je ona jedini naslednik.[115]

V – Zaključna razmatranja

Nemački zakonodavac omogućuje naslednicima da se u pravnom prometu legitimišu kao ostavioćevi univerzalni sukcesori putem sudskog uverenja koje nije podobno za materijalnu pravnosnažnost. U poređenju sa srpskim ostavinskim rešenjem koje je podobno za materijalnu pravnosnažnost, nemački *Erbschein* se, bar na prvi pogled, ne čini kao sredstvo koje doprinosi sigurnosti u pravnom prometu. Međutim, materijalna pravnosnažnost srpskog ostavinskog rešenja ne znači puno savesnim trećim licima, jer ona na njega ne mogu da se oslone. Ispostavlja se da sigurnosti pravnog prometa više doprinosi načelo pouzdanja u tačnost *Erbschein*-a, kao i mogućnost da se netačan *Erbschein* povuče iz pravnog prometa.

Poređenje nemačkog nasledničkog uverenja i srpskog ostavinskog rešenja ukazuje na dva različita pravna pristupa. Nemačko ostavinsko pravo oslanja se na dispoziciju i teži da zaštiti treća savesna lica. Srpsko ostavinsko pravo utemeljeno je na oficijelnosti i potrebi da pruži najveću moguću zaštitu pravom nasledniku. Nemački pristup je pravilniji. Treća lica malo šta mogu da učine kako bi saznala da naslednik nije onaj na koga ostavinsko rešenje, odnosno *Erbschein* ukazuje. S druge strane, ukoliko se aktivira i preuzme inicijativu oko rasvetljavanja naslednopravnih posledica smrti svog ostavioca (umesto da čeka da sastavljači smrtovnice i ostavinski sud *ex officio* odrade posao za njega), pravi naslednik može sam da efikasno zaštiti svoje interese i spreči donošenje sudskog akta kojim će neko drugi biti deklarisan kao univerzalni sukcesor.

---

[114] W. Brehm, 277; D. Leipold (2010), 258.

[115] Primer naveden prema: W. Brehm, 277.

Dejan B. Đurđević, Ph.D.
Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE CERTIFICATE OF INHERITANCE (*ERBSCHEIN*) IN GERMAN LAW

In German law, the succession is determined either by law, or by disposition in contemplation of death. The heirs, or the residuary devisees of the deceased step into the shoes of the decedent at his death, by virtue of law. In other words, transmission of property at death occurs ex lege; it does not require a constructive decision of the probate court. The certificate of inheritance (Erbschein) is a document, issued by the probate court in Germany, at the successor's request, as a proof of his right as beneficiary. This certificate states who became heir(s), and at which share, and is indispensable for the heir(s) to dispose of real estate, or bank assets. The author examines different types of certificates of inheritance, the proceedings before surrogate courts in which they are issued, presumption of accuracy of these certificates, and legal protection of the reliance in their accuracy in good faith. The author calls special attention to comparative differences between the German legal institute of certificate of inheritance, and the decisions rendered by the Serbian courts in probate proceedings.

Key words: *Certificate of inheritance (Erbschein). – Inheritance. – Probate decision. – Probate process.*

Dr Vesna Klajn-Tatić
viši naučni sadanik
Instituta društvenih nauka u Beogradu

UDK: 340.134:614.253
Originalni naučni rad

INFORMISANI PRISTANAK NA UČEŠĆE U NASUMIČNO KONTROLISANIM KLINIČKIM OGLEDIMA

Ovaj rad usresređen je na ispitivanje mogućnosti nekih izuzetaka od potpunog informisanog pristanka na učešće u nasumično kontrolisane kliničke oglede. Pregled međunarodnih, regionalnih i nacionalnih pravnih propisa i tzv. staleškog prava pokazao je da je zahtev za informisanim pristankom snažno naglašen u njima. Međutim, čak i ako neki od njih izričito zahtevaju da se učesnici ogleda obaveste o činjenici nasumočnosti pre nego što daju svoj pristanak na učešće, većina njih priznaje da informisani pristanak nije jedan bezuslovan princip i dopuštaju izuzetke u nekim slučajevima.

Uprkos dovosmilenosti postojećih propisa, autor dokazuje da, sa jedne etičke tačke gledišta, izuzeci od potpunog informisanog pristanka ne bi trebalo da se koriste kao pitanje pogodnosti odnosno olakšavanja u vrbovanju ljudi kao subjekata ogleda. Istraživanje koje zahteva modifikacije informisanog pristanka iz važnih metodoloških razloga ne mora da bude kategorički isključeno sve dok se obavlja u skladu sa zahtevom o neiskorišćavanju i dok se u istraživanju dosledno poštuju autonomija i dostojanstvo učesnika.

Ključne reči: *informisanim pristanak; nasumičnost; vrbovanje; Zelenov plan; zakonodavstvo*

Nirnberški kodeks ustanovio je osnovna pravila o etičnom vršenju biomedicinskih istraživanja na čoveku i ta pravila važe i danas.[1] Jedno od tih pravila nalaže istraživaču da dobije informisani pristanak od svakog učesnika istraživačke studije. Ovaj zahtev, koji je sada uključen u praktično sve propise i etičke vodiče o istraživanjima na čoveku, fundamentalan je, jer

[1] V. The Nuremberg Code (1947), *British Medical Journal*, No 7070, Volume 313, Page 1448.

osigurava da se subjekti istraživanja poštuju kao „osobe“, tj. kao samostalni ljudi sposobni da se potčine sopstvenim pravilima i vrednostima i da donose vlastite odluke koje se tiču učešća u jednoj istraživačkoj studiji ili ogledu. Ovo znači da učesnici/pacijenti moraju da daju pristanak u pismenom obliku, pošto su prethodno dovoljno obavešteni o smislu, cilju, *postupcima*, očekivanim rezultatima, mogućim rizicima, kao i o neprijatnim pratećim okolnostima ogleda ili mogu da odbiju da daju svoj pristanak na učešće u ogledu (kurziv – VK).[2]

Naravno, informisani pristanak nije dovoljan da ozakoni ma koju vrstu istraživanja na ljudima. Informisani pristanak je samo „subjektivan“ uslov za istraživanje (poštovanje za autonomiju) koji treba da bude dopunjen „objektivnim“ zahtevom (poštovanjem prema dobrobiti subjekata istraživanja). Ovaj potonji element odnosi se na sigurnost odnosno na bezbednost učesnika istraživanja i zasniva se na opšteprihvaćenom stavu da „razmatranja koja su u vezi sa dobrobiti ljudi treba da imaju prednost nad interesima nauke i društva“.[3]

U ovom rada razmatranje je usresređeno na prvi uslov, na zahtev za informisanim pristankom, i mnogo preciznije, na mogućnost nekih izuzetaka od potpunog informisanog pristanka na učešće u nasumično kontrolisane kliničke oglede.

1. POJAM I KARAKTERISTIKE NASUMIČNO KONTROLISANIH KLINIČKIH OGLEDA

Nekoliko karakteristika utiče na korisnost ogleda i verodostojnost njegovih rezultata. »Zlatni standar« za kliničke oglede je prospektivan, nasumičan, dvostruko slepi kontrolisani ogled sa klinički značajnim krajnjim ciljevima. Vrste tretmana koji mogu da se testiraju ogromne su i uključuju,

---

[2] V. Član 38, stav 2 ZZZ Srbije.

[3] V. § 6 *Helsinške deklaracije* Svetske medicinske asocijacije (*World Medical Association/WMA*).

Prihvaćena je prvi put 1964. godine, u Helsinkiju; menjana je i dopunjavana 1975, 1983, 1989. i 1996. godine. Potpuno nova *Helsinška deklaracija Svetske medicinske asocijacije o etičkim načelima za medicinska istraživanja na ljudima*, koja je usvojena u Edinburgu, 2000 godine, zamenila je sve njene ranije verzije.

Beleška o razjašnjenju člana 29. usvojena je u Vašingtonu 2002. godine, a Beleška o razjašnjenju član 30. usvojena je u Tokiju 2004. godine.

Prečišćeni tekst Deklaracije iz 2000, 2002. i 2004. usvojen je u Seulu 2008. godine (*WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI. Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjcts,* 2000, 2002. i 2004, DoH 2008, *http://www.archive.org/web 200710272241-23/www.wma.net/e/policy/pdf/17c pdf,* 1-5, 13. mart 2009. U daljem tekstu: nova *Helinška deklaracija.*

lekove, hirurške postupke, preventivne mere, nivoe modifikacija, faktore rizika, intervencije usmerene na stil života, izmene režima dijetâ, tehnike samokontrole kroz zdravstveno obrazovanje, i sl. Adekvatno objavljivanje (publikovanje) kliničkog ogleda od kritične je važnosti za podesno tumačenje i procenu njegovih rezultata.[4]

Prospektivna studija je ona koja uzima u obzir faktor vreme. Obično, proučavana grupa je odabrana i sledi ranije određeni period vremena koji često traje nekoliko godina. Treća faza ogleda[5], koja je bitna za svrhe ovog izlaganja, cilja na to da odredi da li je nova terapija istinski delotvorna. Stoga je važno da se ona uporedi naspram još nečeg. Najuobičajenija vrsta plana je *kontrolisani i poredbeni klinički ogled*, po kome jedna grupa učesnika prima lek ili medicinski tretman koji se testira (ispituje) (testirana grupa), dok druga grupa dobija placebo ili standardan delotvoran lek ili medicinski tretman odnosno standarno lečenje (kontrolna grupa).

---

[4] D. Moher, Schulz KF, Altman D.: CONSORT Group: *Conslidated Standards of Reporting Trials.* The CONSORT statement: Revised recommendations for imroving the quality of reports of parallel group randomized trials, *JAMA:* 1987-1991*,* 2001, in: Lawrence J. Appel: »A primer on the Design, Condact, and Interpretation of Clinical Trials«, *Clinical Journal of Nephrology, http://cjasn.asnjournals.org/cgi/content/full/1/6/1360,* Octobar 11, 1:1360-1367, 2006: 2/12.

[5] Ispitivanje novih lekova, medicinskih sredstava ili medicinskih tretmna odvija se u koracima ili fazama. Svaka faza ispitivanja predstavlja zaseban klinički ogled i deli se na četiri faze.

U *prvoj fazi* ekperimentalan lek, medicinsko sredstvo ili medicinski tretman primenjije se po prvi put na čoveku. Ispitivanje se obavlja uz učešće malog broja *zdravih dobrovoljaca* (od 10-15), a glavni mu je cilj da utvrdi *podnošljivost, odnosno bezbednost* leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana.

U *drugoj fazi* ogleda, novi testirani lek, medicinsko sredstvo ili medicinski tretman daje se, po prvi put, pacijentima. Lekovi se ispituju gotovo isključivo na klinikama i na još uvek ograničenom broju pacijenata, između 100 i 500 njih. Proveravaju se dejstva leka na određene simptome bolesti i na samu bolest, utvrđuju se sporedna dejstava i interakcije sa drugim lekovima.

Treća faza ispitivanja iziskuje veliki broj pacijenata, obično hiljadu i više. Zato se ispitivanje sprovodi u mnogim različitim bolnicama i od strane velikog broja lekara praktičara kao nacionalni ili *multicentrični* klinički ogledi, tj. istovremeno ispitivanje na više klinika ali po jedinstvenom planu (protokolu), da bi se dobili brži i sigurniji rezultati. Ova faza traje prosečno četiri godine. Lekari koji učestvuju u ogledu nastoje, pre svega, da dođu do podataka o terapijskim vrednostima testiranog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana i o njegovim sporednim dejstvima. Sa tačke gledišta proizvođača, glavni cilj ove faze je da dobije dovoljno informacija od dovoljnog broja pacijenata za dovoljno dug period vremena da bi dobio licencu (dozvolu) za stavljanje novog (testiranog) leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmna u promet.

Četvta faza podrazumeva kontrolu i osmatranje novog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana posle dobijanja dozvole za njegovo unošenje u promet. Ovde je glavni cilj da se utvrde eventualna neželjena dejstva novog leka, medicinsog sredstva ili medicinskog tretmana. Blagodareći dugovremenom iskustvu, u ovoj fazi ispitivanja mogu da se dobiju dalja saznanja o terapijskim efektima i zdravstvenom riziku leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana.

Nasumičnost (tzv. randomizacija) je druga alatka ili oznaka današnjih kontrolisanih kliničkih ogleda za procenjivanje da li je nova terapija istinski delotvornija od sada priznate standardne terapije. Cilj nasumičnosti je da osigura da su tetirana i kontrolna grupa slične na svaki način izuzev za činjenicu da je jedan učesnik primio lek ili medicinski tretman koji se testira a da drugi učesnik nije. Istraživači obezbeđuju da su ogledne grupe slične sa upotrebom postupka nasumičnosti. Ovo znači da svaki prospektivni učesnik ima jedanku šansu da završi u jednoj ili drugoj grupi. U ogledima sa dve grupe, to bi bilo slično bacanju novčića za svakog subjekta ogleda i sa označavanjem jedne grupe sa »glava« i druge grupe sa »pismo«. Ovo se čini da se svedu na najmanju meru predrasude u izboru (*selection bias*). Ako bi zavisilo od istraživača da oni izaberu koji će učesnici biti smešteni u testiranu grupu, oni mogu, na primer, da nastoje da upišu bolesnije subjekte ogleda da primaju novu terapiju misleći da čine najbolje za njih; obrnuto, oni mogu da favorizuju zdravije učesnike koji će verovatno odgovoriti bolje i učeniće da se eksperimentalan lek ili medicinski tretman pokaže da izgleda bezbedniji i delotvorniji, nego što stvarno jeste. Ako je studirana populacija dovoljno velika, nasumičnost treba da postigne grubo jednaku raspodelu (distribuciju) potencijalno zbunjujućih karakteristika u svim grupama, na primer, karakteristika kao što su seks, doba starosti, rasa odnosno etničko poreklo, bolesni status, put prenosa infeksije, i sl.[6] Sa principom nasumičnosti udruženi su etički problemi u njegovom sprovođenju. Na prvom mestu, skoro je nemoguće da lekari nemaju neke preferencije kada postoji izbor između više lekova ili medicinskih tretmana. Iz ovog razloga, ako ni iz jednog drugog, mnogi lekari koji leče pacijente nemaju poverenje u nasumično kontrolisane kliničke oglede. Osim toga, većina njih strahuje da će odnos lekara i pacijenta biti izložen opasnosti; znatan broj njih zabrinut je za problem informisanog pristanka, o kome će biti posebno reči docnije. Takođe, postoji dubok otpor pacijenata da prihvate da budu u oglednom položaju. Nijedan nasumičan terapijski ogled ne može da bude etičan, sve dok lekari-profesionalci ne mogu da se slože u pogledu toga koji tretman daje bolje rezultate. Budući da lekari nisu sigurni, za pacijente je teško da reše ono što je jedan nerešiv problem. Rezultat ovih kumulativno nepovoljnih faktora jeste da se stopa vrbovanih i, onda, upisanih pacijenata smanjuje. Na primer, fundamentalno važan istraživački projekat nameran da prepozna najbolji tretman za rani kancer dojke morao je da se obustavi zbog slabog odziva, zato što je insistiranje na punom informisanom pristanku oterao strahom i hirurge i pacijentkinje. Stoga su istraživači tražili način kojim će se zaobići konfrontacija između kliničara i pacijenta i većina ovih napora rezultirala je u predlogu o izvesnom obliku predhodnog odabira ili »pre-randomizacije«, tj. o prethodnom razgovoru o medicinskom tretmanu. Međutim, jedna škola mišljenja odbija ovaj predlog i smatra da je ovo

[6] L. Appel, 2006: 5-7/12.

»kazna« koju mi prihvatamo:«osim ako ne želimo da se vratimo u mračne godine kada se medicinski tretman određivao prema konceptualnom racionalizmu pre nego naučnim metodom«.[7] Nasumično dodeljivanje grupama učesnika u studiji obično se čini korišćenjem kompjuterskog programa ili tabelom o slučajnim brojevima.[8]

Maskiranje ili *slepilo* je treća uobičajena alatka i važno svojstvo konrolisanih kliničkih ogleda. Ogledi na slepo odnose se na neznanje istraživača i učesnika kojoj grupi subjekati ogleda pripadaju. U *jednostruko slepim studijama*, subjekti ogleda ne znaju da li su oni primili eksperimentalan lek ili medicinski tretman; postojeću standarnu terapiju ili, placebo. U *dvostruko slepoj studiji*, ni istraživači ne znaju ni jedno ni drugo. Slepilo, kao i nasumičnost, čini da se svedu na najmanju meru predrasude koje bi mogle da se dese – svesno ili nesvesno – usled očekivanja učesnika ili istraživača. Na primer, u jednoj neslepoj studiji, ako istraživač veruje da je lek ili medicinski tretman koji se testira više vredan (superioran) u odnosu na postojeći lek ili medicinski tretman, on može da naginje tome da naglašava pozitivne ishode udružene sa novom terapijom dok umanjuje one negativne. Isto tako, ako subjekt ogleda-učesnik misli da je eksperimentalan lek ili medicinski tretman mnogo rizičniji od standardne terapije, on može preterano da izveštava o sporednim dejstvima udruženim sa novim lekom ili medicinskim tretmanom ili, pak, da umanji izveštavanje o onim dejstvima koja su vezana za onaj stari, priznati standardan lek ili medicinski tretman. Doduše, retko, ali se dešava, da su razlike u bezbednosti i efikasnosti između studiranih grupa tako dramatične da je šifra (kod) ogleda provaljena (otkrivena) ranije i studija više nije slepa, dopuštajući istraživačima da odrede, čim je moguće, koji su učesnici ogleda primili koji lek ili medicinski tretman.[9] Najposle, ima i mišljenja da je teško da se opravdaju mnogi aspekti etičnosti »dvostruko slepih ogleda«. Tako, na primer, kontrolna tela zauzimaju oprezan pristup, dok Evropska komisija (*European Commission*) preporučuje da uredni izveštaji o neočekivanim nepovoljnim reakcijama

---

[7] V. Baum, K. Zolkla and J. Honghton: »Ethics of clinical research: Lessons for the future« (1989) 292 *BMJ* 251, in: Mason and McCall Smith:«Chapter 19: Biomedical Human Research and Experimentation«, in: *Law and Medical Ethics*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2011[8]: . 622-623. U daljem tekstu: Mason/Smith, 2011[8].

[8] Upor. Roberto Andorno/ Fäster Margit/Bittler-Andorno Nikola: »Can there be exceptions to fully informed consent in randomized clinical trials? – The case of the randomized consent (Zelen) design«, *Annual Review of Law and Ethics*, Ducher and Humblot – Berlin, No.15, 2007: 340. U daljem tekstu: R. Andorno *et al.,* 2007.

[9] Upor. L. Highleyman:"A Guide to Clinical Trials. Part I: Understanding Clinical Studies", San Francisco AIDS Foundation, *The Body*, *"http://www.the/" body.com/content/art 2584 html,* Summer 2006: 8/13; L. Highleyman:"A Guide to Clinical Trials. Part II: Interpreting Medical Research", San Francisco AIDS Foundation, *The Body*, *"http://www.shaf.org/beta/2006_win/interpreting.html"*, 2006:1-6.

(*Suspected Unexpected Adverse Reactions/*SUSARs) treba da znače da su ogledi postali neslepi. Stav Velike Britanije je još strožiju u zahtevu da *svi* izveštaju o nepovoljnim reakcijama u dvostruko slepim ogledima moraju da budu neslepi.[10]

Suštinska etička i pravna pretpostavka za prospektivan, nasumičan, duplo slepi kontrolisan klinički ogled koji upoređuje dva leka ili medicinska tretmana za određenu bolest jeste da ne postoji nijedan dobar razlog za mišljenje da je jedan lek ili medicinski tretman bolji od drugog leka ili medicinskog tretmana. Obično se istraživači nadaju i čak i očekuju da će nov lek ili medicinski tretman biti bolji, ali ne bi trebalo da postoje sigurni dokazi o jednom ili drugom načinu lečenja odnosno terapije. Ako postoji siguran dokaz da je dati, postojeći lek ili medicinski tretman bolji, ne samo da bi ogled bio suvišan i, kao takav, naučno nepunovažan i neetičan, već bi istraživači bili krivi što znajući daju manje vredan (inferioran) lek ili medicinski tretman nekim subjektima istraživanja/pacijentima u ogledu. Potreba da istraživači budu u ovom stanju ravnoteže, usresređuje ih ili na *placebo kontrolisane oglede* ili na aktivno kontrolisani ogledi jednakovrednih (ekvivalentnih) tretmana (*active- control eguivalence tralas – ACETs*).[11]

2. *ZELENOV* PLAN O INFORMISANOM PRISTANKU NA UČEŠĆE U NASUMIČNO KONTROLISANE KLINIČKE OGELDE

Kako je već ranije istaknuto, nasumično kontrolisani klinički ogledi (*RCTs*) povlače za sobom izvesne etičke dileme. Sa tačke gledišta „objektivnog“ uslova za istraživanje, tj. dobrobiti učesnika, rasprostranjeno se priznaje da su *RCTs* (*Randomized controlled trials*) etički prihvatljivi samo dok je neizvesno odnosno nesigurno da li je nov medicinski tretman koji se ispituje bolji od jednog standardnog medicinskog tretmana. Ovo je tzv. „princip o neizvesnosti“ odnosno o „kliničkoj ravnoteži“ ili o „nultoj hipotezi“. Budući da postoji neslaganje među lekarima oko pitanja koji je medicinski tretmna bolji, zahtev o nesigurnosti je punovažan sve dok naučna zajednica kao celina ne odluči o tome, tj. koji je medicinski tretmna bolji.[12]

---

[10] Upor. Mason/Smith, 2011[8]: 623.

[11] Upor. Marcia Angell: „The Ethics of Clinical Research in the Third World“, *New England Journal of Medicine/NEJM,* Vol.337:847-849, No.12, 1997, *http://content.nejm.org/cgi/content/full/337/12/847*, str.1; B. Freedmna:“Equipose and the ethics of clinical research“, *New England Journal of Medicije /NEJM*, 1997; 317: 141-145, in: M Angell, *Ibid*. U daljem tekstu: M. Angell, 1997.

[12] V. B. Freedman, 1987: 141-145.

Iz perspektive informisanog pristanka, *RCTs* takođe rađaju važna etička pitanja, osobito kada istraživači, u interesu istraživačke studije, izbegavaju da obelodane neke bitne informacije učesnicima. Problem nastaje zato što u konvencionalnom planiranju nasumično kontrolisanih kliničkih ogleda, nasumičnost zauzima mesto *pošto* je dobijen informisani pristanak učesnika. Samo oni učesnici koji se slože sa nasumičnim dodeljivanjem jednom od predloženih medicinskih tretmana mogu da uđu u ogled. Ovaj postupak je ponekad tegoban za učesnike, posebno za pacijente sa ozbiljnom bolešću, kao što je kancer na primer, kojima može da bude teško da prihvate da se o njihovom medicinskom tretmanu odlučuje po mehanizmu šanse ili da se odreknu da učestvuju u ogledu. Takođe, postupak informisanog pristanka stavlja i lekare u tešku situaciju, jer su oni obavezni da, najpre, kažu pacijentu da će se „obećavajuća" nova terapija procenjivati, zato što postoji jedna „nezadovoljavajuća" stopa propusta koja je udružena sa standardnom terapijom. Posle toga, lekari moraju da obaveste pacijente da oni možda neće primati obećavajuću terapiju, jer će se nova terapija dati samo nekim pacijentima, i to nasumice, bacanjem novčića „glava – pismo". Ovu dvosmislenu situaciju neki lekari smatraju da je neprihvatljiva zato što ona dovodi u pitanje odnos poverenja između lekara i pacijenata. Ovo objašnjava izvesnu nevoljnost pacijenata i njihovih lekara da učestvuju u nasumično kontrolisanim kliničkim ogledima.[13]

Traganje za rešenjem oba problema (dvosmislenosti postupka informisanog pristanka i oskudice učesnika u kliničkim ogledima), navela je američkog statističara *Marvin Zelen*-a da predloži, 1979. godine, jedan alternativan pristup nazvan „nasumičan plan pristanka (*randomized consent design*) ili plan o tzv. prethodnoj randomizaciji (*pre-randomization*). Prema ovom pristupu, potencijalni subjekti istraživanja nasumice su dodeljeni u testiranu ili u kontrolnu grupu *pre nego* što su dali svoj pristanak. Jedino se od pacijenata dodeljenih testiranoj grupi traži da daju informisani pristanak, *ali im se nužno ne kaže o prethodnoj nasumičnosti.* Ako je pristanak dobijen, oni će primati ekperimentalan tretman. Pacijenti nasumično dodeljeni kontrolnoj grupi ne ulaze u ogled sa pristankom, sa obrazloženjem da će oni i onako primati standrdan medicinski tretman.[14]

---

[13] Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 341.

[14] Marvin Zelen: »A New Design for Randomized Clinical Trial«, *New Englan Journal of Medicine,* Vol.300, No.22, 1979: 1242-49; V. Chapter 6:«Experimentation with Human Subjects: C: Assessment of Current Regulations: Marvin Zelen: A New Design for Randomized Clinical Trials, 300 *Nes.Eng.J.Med.*, 1242-1249«, in: Judith Areen/Patricia Kong/Steven Goldberg/Alexander Morgan Capron: *Law, Science and Medicine*, Foundation Press, New York 1984: 1005-1009. U daljem tekstu: M. Zelen, 1979, in: J. Areen *et al.,* 1984.

Valja istaći da se posle prelaska na Zelenov plan, šestostruko uvećalo vrbovanje u neke oglede.[15] Glavna praktična prednost Zelenovog plana je da su skoro svi pacijenti uključeni u ogled. Pored toga, kako je Zelen tvrdio, „predložen plan ima poželjna svojstva, pošto se od lekara traži da pristupi pacijentu sa kojim razgovara samo o jednoj terapiji. Lekaru je potrebno da ga pacijent ne vidi kao nekoga ko ne zna šta radi i kao nekoga ko odlučuje o medicinskom tretmanu bacanjem novčića „glava - pismo". Otuda, odnos lekara i pacijenta nije doveden u pitanje. Na strani pacijenta postoji, takođe, važna prednost: pre davanja pristanka, pacijent zna koji će mu se tretman dati.[16]

Protiv ovog pristupa nastali su ozbiljni etički prigovori, ne samo zbog neobelodanjavanja činjenice o nasumičnom dodeljivanju u testiranu grupu, već posebno zato što oni pacijenti koji su u kontrolnoj grupi nikada ne bi znali da li su i oni u ogledu ili nisu. U literaturi se tvrdilo da je predlog išao predaleko u pokušaju da olakša obavljanje nasumično kontrolisanih studija. Osim toga, dokazivalo se da se informisani pristanak zahteva čak i kada kontrolna grupa prima najbolji mogući standardan medicinski tretman.[17]

Deset godina kasnije, u pokušaju da savlada ove prigovore, Marvin Zelen nudi jednu alternativnu metodologiju koju naziva „nasumičan plan o dvostranom pristanku". Prema ovom modifikovanom pristupu, učesnici se prvo nasumice dodeljuju u jednu ili u drugu grupu i, može im se reći ovo, iako Zelen podrazumeva da može da se izostavi pominjanje nasumičnosti. Od učesnika se jedino traži da pristanu da primaju medicinski tretman koji odgovara grupi kojoj su oni dodeljeni. Ako se oni ne slože, oni imaju mogućnost da se prebace u drugu grupu, pod pretpostavkom da su učesnici blagovremeno i voljno obavešteni da postoji i druga grupa.[18]

U literaturi se primećuje da ovaj alternativan plan ima značajnu nepovoljnost koja može da utiče na statističku moć studije ako bi pretežan broj učesnika izabrao da prima standardan medicinski tretman. Ovaj drugi pristup izbegava, doduše, etičke probleme prvog Zelenovog plana, zato što je jasno da se, po ovom pristupu, svi učesnici obaveštavaju, čineći ovaj plan prihvatljivijim od plana prema kome su se samo oni dodeljeni ekperimentalnom tretmanu obaveštavali. Ipak, „dvostrano nasumičan plan pristanka" rađa druga etička pitanja: pošto lekari-istraživači znaju koji je

---

[15] Susan Ellenberg: »Randomization designs in comparative clinical trials«, *New England Journals of Medicine,* Vol.340, 19841404-1408.

[16] M. Zelen, 1979, in: J. Areen *et al.,* 1984: 1243.

[17] Susan Ellenberg: »Informed Consent: Protection or Obstracle?«, *Controlled Clinical Trials,* vol.18, 1997:628-636.

[18] Marvin Zelen: »Randomized cosent disigns for clinicall trials: an update«, *Statistics in Medicine*, vol. 9, 1990: 645-56; R. Andorno *et al.,* 2007: 342.

tretman dodeljen pre pristupanja učesnika, oni će, svesno ili nesvesno, sa predrasudama da izlažu obaveštenja u korist medicinskog tretmana grupe kojoj je subjekt istraživanja već dodeljen, čineći, pri tome, pristanak „manje od potpuno informisanog“. Drugim rečima, istraživači će imati „svaki podsticaj da govore u prilog pojedinog medicinskog tretmana koji je već dodeljen, dok neće imati nikakvu motivaciju da razmatraju potencijalno loše strane drugog/drugih tretmana“.[19] Ovo može da ustanovi obmanjivo ponašanje prema pacijentima: pošto lekari mogu, čak, da izostave ili da, bar, ne naglase činjenicu o nasumičnosti, pacijenti mogu da steknu utisak da je dodeljeni medicinski tretman namerno odabran za njih na osnovu stručnog medicinskog mišljenja (suda, procene), dok je tretman, stvarno, dodeljen po mehanizmu šanse.[20] Kritičari ovog plana dokazuju da rešenje teškoće - koju lekari imaju u pogledu nesigurnosti o tome koji je medicinski tretman najbolji i koju treba da podele sa pacijentima - leži u otvorenijem i iskrenijem saopštavanju pacijentima realnosti medicinskih nesigurnosti, a ne u pronalaženju načina koji olakšava obmanjivanje pacijenata.[21] Pravni pisac *L. Doyal* smatra da čak i ako bi potpun informisani pristanak mogao da učini neka potencijalno plodonosna istraživanja nemoguće izvršivim, zbog nedovoljnog broja vrbovanih i upisanih subjekata istraživanja, „to je cena koji mi plaćamo da bismo živeli u društvu u kome se moralna vrednost čuva, u kome jedni druge tretiramo sa poštovanjem i u kome uzimamo ljudska prava ozbiljno“.[22] U stvari, kako neki autori navode, problem vrbovanja može da ukaže da je nameravano istraživanje, posle svega, nedovoljno uverljivo sa jedne etičke tačke gledišta.[23]

Obe varijante Zelenovog plana (jednostrano i dvostrano nasumičan pristanak) koristile su se i još uvek se koriste u nekim kliničkim ogledima, iako ne prečesto. Vredno je zapažanja da su stručnjaci, nedavno, pružili teoretske argumente u korist Zelenovog plana ili drugih sličnih pristupa koji dopuštaju, pod određenim okolnostima, odricanje od informisanog pristanka za učešće u nasumično kontrolisanim kliničkim ogledima.[24]

---

[19] Susan Ellenberg: “Randomized Consent Designs for Clinical Trials: An Update” (Letter to Editor), *Statistics in Medicine*, Vol.11, 1992: 131-132.

[20] R. Andorno *et al.,* 2007: 343 i fn. br.16.

[21] B. Brody: *The Ethics of Biomedical Research. An International Perspective,* New York, Oxford University Press, 1998: 153, in: R. Andorno *et al.,* 2007: 343.

[22] L. Doyal: »Journal should not publish research which patients have not given fully informed consent, with three exceptions«, *British Medical Journal*, vol.314, 1997:1107-1111.

[23] Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 343, fn. br.19.

[24] Upor. *Ibid.,* 345, fn. br.30.

3. IZUZECI OD POTPUNOG INFORMISANOG PRISTANKA NA UČEŠĆE U NASUMIČNO KONTROLISANIM KLINIČKIM OGLEDEDIMA PREMA MEĐUNARODNIM, REGIONALNIM I NACIONALNIM PRAVNIM PROPISIMA I TZV. STALEŠKOM PRAVU

Opšti zahtev za informisanim pristankom na istraživanje koje uključuje ljude kao subjekte istraživanja bio je uključen, prvi put, u jedan međunarodno obavezujući pravni instrument, iz 1966. godine, u Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih nacija, u kome se u odredbi člana 7 kaže:"Niko neće biti subjekt istraživanja bez svog sododno datog pristanka na medicinski ili naučni eksperiment".[25] Ista misao iskazana je i u članu 25, stav 2 Ustava Republike Srbije.[26]

Prema već pomenutom Nirnberškom kodekstu „zahtev za dobrovoljnim pristankom čoveka kao subjekta istraživanja „...Iziskuje da se *pre* prihvatanja jedne potvrdne odluke, ekperimentalnom subjektu učine poznatim priroda, trajanje i cilj eksperimenta; *metodi* i sredstva kojima on treba da se izvrši..."(kurziv – VK).[27]

Prema § 24 nove *Helsinške deklaracije* „u ma kom istraživanju na ljudima, svaki potencijalni subjekt istraživanja mora da bude advekvatno obavešten o cilju i *metodama* i anticipiranim koristima i potencijalnim rizicima studije i njenim neudobnostima koje može da iziskuje"...(kurziv – VK). Deklaracija dopušta istraživanje *bez* informisanog pristanka kad „nije moguće da se dobije formalni pristanak pojedinca, sve dok je njegovo „fizičko/mentalno stanje koje sprečava dobijanje informisanog pristanka, nužna karakteristika populacije koja se istražuje" i dok su zadovoljeni i drugi uslovi (§ 29).[28]

CIOMS Vodiči, iz 2002 godine, fleksibilniji su u poređenju sa novom *Helsinškom deklaracijim* u pogledu zahteva za inoformisanim pristankom, pošto daju diskreciono pravo komitetima za etiku da odluče o dopuštanju izuzetaka od ovog fundamentalnog principa. Prema Vodiču 4:"Za sva biomedicinska istraživanja koja uključuju ljude, istraživač mora da dobije dobrovoljan informisani pristanka prospektivnog subjekta istraživanja...*Odricanje od informisanog pristanka* smatra se da je neuobičajeno i izuzetno i mora da ga u svim slučajevima odobri, po

---

[25] *International Convenant on Civil and Political Rights of the United Nations*

[26] *Službeni glasnik RS*, br.1/2006.

[27] Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 245.

[28] Upor. *Ibid.,* 346.

preispitivanju, jedan komitet za etiku“ (kurziv – VK).[29] Komentar na Vodič 4 *CIOMS* razjašnjava uslove za odricanje od informisanog pristanka: „...*kada plan istraživanja ne uključuje nikakav veči od minimalnog rizika*, a zahtev za informisanim pristankom učinio bi izvršenje istraživanja nepraktičnim, na primer, tamo gde istraživanje uključuje samo vađenje podataka iz dosijea subjekata istraživanja, komitet za etiku koji vrši preispitivanje može da odluči da se odrekne nekih ili svih elemenata informisanog pristnaka“. (kurziv – VK).[30] Čak i ako Vodič 5 *CIOMS* zahteva da učesnicima treba da se pruži *„jedno objašnjenje o svojstvima* (*osobinama*) *plana*, na primer, *o nasumičnosti, o dvostrukom slepilu* (tačka 4)*, ova informacija mogla bi da se izostavi ako bi to odobrio komitet za etiku* (kurziv – VK). U ovom pogledu, Komentar na Vodič 5 *CIOMS* priznaje da se „ponekad, da bi se osigurala punovažnost istraživanja, istraživač uzdržava od izvesnih informacija u postupku pristanka... U biomedicinskim istraživanjima ovo dobija, obično, *oblik uzdržavanja od informacija u cilju posebnih* (istraživačkih – dodala VK) *postupaka.* U mnogim takvim situacijama, od prospektivnih subjekata istraživanja traži se da pristanu da ostanu neobavešteni o cilju nekih postupaka sve do okončanja istraživanja; *posle okončanja studije, njima se daju propuštena obaveštenja.* Ma koji takav postupak mora da dobije izričito odobrenje komiteta za etiku koji vrši preispitivanje“ (kurziv – VK).[31]

Svetska zdravstvna organizacija (*World Health Organisation/WHO*) odobrila je, 1995. godine, Vodič za dobru kliničku praksu za oglede o farmaceutskim proizvodima sa ciljem da postavi opšte standarde za vršenje takvih biomedicinskim istraživanja na ljudima. Paragraf 3.3 o informisanom pristanku, koji priznaje principe sadržane u Helsinškoj deklaraciji i *CIOMS* Vodičima, *ne sadrži nikakvo izričito pominjanje potrebe da se učesnici obaveste o nasumičnosti ili o prethodnoj nasumičnosti* (kurziv – VK).[32]

Međunarodna konferencija o harmonizaciji tehničkih zahteva za registrovanje farmaceutika za humanu upotrebu usvojila je, 1996. godine, Vodič dobre kliničke prakse (*Guidane on Good Clinical Practice*) da osigura da su sakupljene podatke iz kliničkih ogleda prihvatile regulatorne vlasti u Evrposkoj uniji, Japanu i SAD. Zahtev za slobodno datim informisanim pristankom spominje se u tački 2.9. Tačka 4.8.10, C nalaže da i razgovor o informisanom pristanku i njegov pismeni oblik treba da uključe *objašnjenje*

---

[29] Vodič 4 *Council for International Organizations of Medical Sciences* (*CIOMS*): „ International Guidances for Biomedical Research Involvig Human Subjects“, 2002: 26/79. U daljem tekstu: *CIOMS*: Guidelines 2002.

[30] *Ibid.,* 27-28/79.

[31] *Ibid.,* 30-33/79; Упор. R. Andorno *et al.,* 2007: 346-347.

[32] Upor. *Guidelines for Good Clinical Practice /GCP/ for Pharmaceutical Product*; R. Andorno *et al.,* 2007: 347-348.

o „tretmanu koji se ispituje i o verovatnoći za nasumično dodeljivanje i ekperimentalnom i standarnom tretmana" Vodič dopušta da *„u urgentim situacijama*, kada prethodni pristanak nije moguće da se dobije od sâmog subjekta, treba da se traži pristanak subjektovog zakonski prihvatljivog pretstavnika, ako je pristutan...U ovim slučajevima, subjekt treba da budu obavešten da je u ogledu što je pre moguće i treba da se traži poseban pristanak za nastavak njegovog učešća u ogledu (tačka 4.8. 15) (kurziv – VK).[33]

Izuzetak od zahteva za informisanim pristankom *u hitnim situacijama* predviđa i Konvencija Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini (član 8). Takođe, informisani pristanak nije uključen mađu „bezuslovna" prava, jer to pravo Konvencija ograničava: interesima javne sigurnosti; radi sprečavanja krivičnog dela; radi zaštite javnog zdravlja ili, zbog zaštite prava i sloboda drugih (član 23, § 1).[34]

Dodatni protokol Konvencije Saveta Evrope, koji se tiče biomedicinskih istraživanja, kada regiliše pravo na pristanak i na informisanje (čl. 13 i 14), *ne pominjanje, uopšte, nasumičnost ili prethodnu nasumičnost, niti postoji bilo koje razjašnjenje ovog pitanja u* „Objašnjavajućem izveštaju" („Explanarory Report").[35]

Smernice Evropskog parlamenta i Saveta o ujednačavanju pravnih i upravnih propisa država članica o primeni dobre kliničke prakse prilikom sprovođenja kliničkih ispitivanja humanih lekova, iz 2001. godine, koja je stupila na snagu 2004. godine, ne uključuje, takođe, nikakvo izričito upućivanje na randomizaciju ili na prethodnu randomizaciju, kada u članu 3(b) govori o pravu učesnika ogleda na informisani pristanak.[36]

Federalni propisi SAD o zaštitit ljudi kao subjekata istraživanja određuju, u § 46.116(a), opšte zahteve za informisanim pristankom koji nalažu da se učesnicima istraživanja dâ: iskaz da studija uključuje

---

[33] V. *International Conference on Harmonization of Tehnical Requirements gor Registration of Pharmaceutical for Human Use/ICH*; R. Andorno *et al.,* 2007: 348.

[34] European Council's *Convention for the Protection og the Human Being with regard to the Appliciant of Biology and Medicine: Coventoin on Human Rights and Biomedicine,* Oviedo, 4.IV 1997, stupila na snagu 1 decembra 2009.

[35] European Council's *Additional Protocol to the Convetion on Human Rights and Biomedicine, consrerning Biomedical Research*, stupila na snagu 1 decembra 2009. (Skarćeno: Dodatni protokol Konvencije Saveta Evrope, koji se tiče biomedicinskih istraživanja.

[36] *Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States of clinical trials on medicinal products for human use* (skraćeno: Direktiva 2001/20/EC o kliničkim ogledima).

istraživanje; jedno objašnjenje cilja istraživanja i očekivano trajanje subjektovog učešća; *opis postupka* koji će se slediti i ukazivanje na ma koje postupke koji su eksperimentalni.[37] *Odricanje od informisanog pristanka može da bude izuzetno dopušteno.* Prema § 45.116(d) *C.F.R.* „Jedino ustanovljeno telo za preispitivanje (*IRB* može da odobri postupak pristanka koji ne uključuje ili, koji menja, neke ili sve elemente informisanog pristanka ili, može da odobri odricanje od zahteva da se dobije informisani pristanak, i to u sledećim slučajevima: ako istraživanje ne uključuje nikakav veći od minimalnog rizika subjektima istraživanja; ako promena ili odricanje neće da utiču nepovoljno na prava i dobrobit subjekata istraživanja; ako istraživanje ne bi moglo da se praktično izvrši bez odricanja od informisanog pristanka ili izmene u zahtevu za njim i, kad god je praktično, subjektima će biti data dodatna važna obaveštenja pošto je okončano njihovo učestvovanje"(kurziv – VK).[38] Sâm Marvin Zelen priznao je da je sa stupanjem na snagu federalnih propisa, 1981. godine, „plan o jednostrano nasumičnom pristanku" postao nezakonit, pošto je ulazak pacijenata u kliničke oglede bez njihovog pristanka, bez obzira na dodeljeni medicinski tretman, jasno zabranjen.[39] S druge strane, „plan o dvostrano nasumičnom pristanku" koji zabranjuje nasumičnost pre pristupanja pacijenata, ali predviđa informisani pristanak svih subjekata, još je dopušten prema sadašnjim (američkim – dodala VK) propisima".[40]

Nacionalna savetodavna bioetička komisija SAD objavila je, 2001. godine, izveštaj o „Etičkim i političkim pitanjima u istraživanju koje uključuje ljude" u kome se zagovara stav da „dobijanje dobrovoljnog informisanog pristanka ne treba da se zahteva za svaku istraživačku studiju". Komisija stoji na stanovištu da bi se *odricanje od informisanog pristanka* moglo da opravda „u istraživačkim studijama koje ne uključuju nikakvu interakciju između istraživača i učesnika, kao što je slučaj sa studijama koje koriste moguće prepoznatljive podatke, na primer, studije o dosijeima, i u studijama posmatranja (biheviorističkim studijama), u kojima rizici nisu uopšte uzev fizički, i to pod sledećim uslovima: sve komponente studije uključuju minimalan rizik ili ma koju komponentu koja uključuje *veći od* minimalnog rizika, ali koja nudi izgled direkte koristi učesnicima; odricanje

---

[37] United States Department of Health and Human Services: Title 45 *Code of Federal Regulations*, Part 46: »Protection of Human Subjects«, Supart A: Informed Consent of Research Subjects«, June 23, 2005, *"http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45%20cfr" 46 htm*, 13-14/29. U daljem tekstu: 45 *C.F.R.* 46.

[38] Upor. 45 *C.F.R.* part 46/A: § 45116(d): 15-16/29.

[39] M. Zelen:«Randomized consent design for clinical trials: an update«, *Statistics in Medicine*, vol.9, 1990: 645-56.

[40] S. Ellenberg: »Informed Consent: Protection or Obstracle?«, *Controlled Clinical Trials,* Vol..18, 1997: 629.

nije, inače, zabranjeno državnim, federalnim ili međunarodnim zakonom i, u analiziranju rizika i potencijalnih koristi, ustanovljeno telo za preipitivanje (*IRB*) posebno odredi da koristi od znanja koje će se dobiti iz istraživačke studije preteže nad ma kojom povredom dostojanstva udruženom sa netraženjem informisanog pristanka“ (kurziv – VK).[41]

U Kanadi, *Tri-Council Policy Statement* zagovara stav prema kome se ne smatra da se u studijama - koje uključuju nasumičnost i slepilo u kliničkim ogledima - radi o odricanju ili izmeni zahteva za pristankom *ako su subjekti istraživanja obavešteni o verovatnoći da će u studiji biti nasumično dodeljeni testiranoj ili kontrolnoj grupi.* S druge strane, ponekada se istraživanja koja se odnose na društveno merljive institucije ne mogu da izvrše bez pribegavanja ograničenom obelodanjavanju. Takva istraživanja mogu da budu izvršena jedini ako subjekti (učesnici) ne znaju unapred istinsku svrhu istraživanja.[42]

Evropski propisi još uopštenije pristupaju pitanju izuzetaka od zahteva za potpunim informisanim pristankom učesnika na nasumično kontrolisane kliničke oglede od vanevropskih nacionalnih propisa o kojima je do sada bilo reči.

U Francuskoj, Zakon o zaštiti subjekata biomedicinskih istraživanja (*Loi Huriet*) usvojen je 20. decembra 1988. godine a posle je izmenjen 1990. i 1994. godine. Zahtev za informisanim pristankom, uključen u član 209-9 Zakona o javnom zdravlju, bio je zamišljen pod sasvim širokim uslovima i nije pružao precizan odgovor na pitanje o kome se raspravlja, naime, da li učenici treba da budu obavešteni pre nego što daju svoj pristanak o činjenici nasumičnosti i dvostrukom slepilu ogleda. Ova odredba ostala je suštinski nepromenjena posle zamene „Loi Huriet“ sa Zakonom 2004-806, od 9. avgusta 2004. godine, o politici društvenog (javnog) zdravlja, koji je ciljao na primenu Direktive 2001/20/EC o kliničkim ogledima. Prema novom članu 1122-1 francuskog Zakona o društvenom zdravlju:“Pre preduzimanja biomedicinskog istraživanja na osobi, njen/njegov slododan, informisan i izričit pristanak mora da se dobije, pošto je istraživač...učinio osobu svesnom *ciljeva metodologije* i trajanja istraživanja. Međutim, u slučaju biomedicinskih istraživanja ili ogleda koji se vrše *u hitnim situacijama* koje ne dopuštaju čoveku da traži potreban pristanak osobe koja će učestvovati u istraživanju odnosno u ogledu, protokolom može da se unapred predvidi da

---

[41] *US National Bioethics Advisory Commission*: »Ethical and Policy Issues in Research Invoving Human Participant«, Betheseda 2001: 14-15.

[42] *Medical Research Council of Canada, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada and Social Sciences and Humanities Research Council of Canada =Tri-Council Plolicy Statement*: »Ethical Conduct for Research Involving Humans«, 1998; Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 352.

se pristanak osobe neće tražiti. Osoba će biti obaveštena čim je moguće o njenom učešću u ogledu i tražiće se od nje da pristane na nastavak učešća u ogledu“ (kurziv – VK). Prema tome, francuski Zakon ne govori posebno o uskraćivanju informacija iz metodoloških razloga u *RCTs*, ali predviđa izuzetke u psihološkim studijama i u hitnim slučajevima.[43]

U Nemačkoj ne postoji opšte zakonodavstvo o biomedicinskim istraživanjima. Međutim, posebni zakoni pokrivaju neke aspekte pitanja istraživanja na ljudima unutar domena tih zakona: kliničke studije o lekovima uključene su u članove 40 do 42 Zakona koji reguliše proizvodnju i prepisivanje lekova (*Arzneimittelgesetz,* ili AMG) i probe medicinskih proizvoda (sprava, uređaja) pokrivaju članovi 17 do 19 Zakona o medicinskim sredstvima (*Medizinproduktegesetz*, ili MPG). Oba propisa sadrže odredbe o informisanom pristanku.[44] Iako ovi Zakoni ne uključuju nasumičnost među informacije koje treba da se daju pacijentu, nemački stučnjaci za medicinsko pravo stoje na stanovištu prema kome pacijenti moraju da budu obavešteni o ovom aspektu kliničkih ogleda.[45] Ovaj zahtev je takođe punovažan za one učesnike koji su dodeljeni kontrolnoj grupi, jer ako oni nisu obavešteni o grupi kojoj pripadaju i na šta im to daje pravo, oni ne mogu da usvoje potrebne mere obazrivosti i da eventualno učine zahteve u budućnosti. U nemačkoj literaturi raspravljalo se i o tome da li bi izvesni izuzeci mogli da se dopuste u interesu samih pacijenata, na primer, kada ta informacija može da znači ozbiljan psihološki teret za njih.[46]

Srpski Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima formuliše pristanak i obaveštenje subjekta istraživanja (ispitanika) sasvim uopšteno i ne spominje posebno ni činjenicu nasumičnosti, ni dvostrukog slepila prilikom kliničkog ispitivanja lekova. U odredbama člana 50, stav 1-4 ZLMS kaže se da dopustivo kliničko ispitivanje leka može da se obavlja samo na ljudima koji su se sa time pismeno saglasili, u prisustvu svedoka. Kad su u pitanju poslovno nesposobne osobe, potreban je pristanak njihovih roditelja ili staratelja. Pristanak na ispitivanje ne sme da se podstiče obećanjem ili davanjem bilo kakve materijalne ili druge koristi, a dati pristanak može da se povuče u svako vreme. Osoba koja daje pristanak za svoje ili za tuđe učešće u kliničkom ispitivanju leka treba prethodno da bude potpuno obaveštena o svrsi, prirodi, *postupku* i mogućim rizicima

---

[43] Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 353.

[44] Art. 40, 1, n° 3; 2; 2a; Art.41, 1 i 3, n° 2 i 3 AMG; Art. 17, I, n° 1. MPG, u: *Ibid.*

[45] V. Erwin Deutsch/ Spiskhoff Andreas: *Medizinrecht*, 5 Auflage, Berlin 2003: 462 i 699.

[46] *Ibid.,* 646, § 671.

ispitivanja. Obaveštenje treba da se dâ na razumljiv način i u pismenoj formi (član 56) (kurziv – VK).[47]

ZAKLjUČAK

„Jednostrano nasumičan plan pristanka“ – po kome su subjekti ogleda nasumično dodeljeni testiranoj ili kontrolnoj grupi pre dobijanja pristanka – pokazuje se da je isključen sa uobičajenim zahtevom za informisanim pristankom, pošto subjekti iz kontrolne grupe nisu obavešteni da su oni učesnici ogleda. Međutim, ne postoji nijedan jasan odgovor u većini propisa o istraživanju na ljudima – na koja smo napred ukazali – na pitanje da li je „dvostrano naumičan plan pristanka“ prihvatljiv ili nije - po kome su subjekti ogleda prvo nasumice dodeljeni jednoj ili drugoj grupi, ali se jedino traži od njih da pristanu da prime tretman koji odgovara grupi kojoj su oni dodeljeni.

Iako je zahtev za informisanim pristankom snažno naglašen u svim gore pomenutim propisima, i čak i ako neki od njih izričito zahtevaju da se učesnici ogleda obaveste o činjenici nasumičnosti, većina njih priznaje da informisani pristanak *nije jedan bezuslovan princip* i dopuštaju neke izuzetke, na primer, u situaciji hitnosti ili, kada priroda studije sama po sebi čini da nije moguće da se dobije potpun informisani pristanak ili, kada istraživanje ne uključuje fizičku intervenciju ili fizički rizik, na primer, u biheviorističkim studijama, uvek sa odobrenjem odgovarajućeg komiteta za etiku. U ma kom slučaju i uprkos dvosmislenosti postojećih propisa, moglo bi da se dokazuje, sa jedne etičke tačke gledišta, da izuzeci od potpunog informisanog pristanka ne bi trebalo da se koriste kao pitanje pogodnosti odnosno olakšavanja u vrbovanju ljudi kao subjekata ogleda. Osim toga, odstupanje od potpunog informisanog pristanka ozbiljan je prekršaj prava učesnika ogleda i, stoga, zahteva da se uvek opravda i ograniči određenim preduslovima. Privremeno zadržavanje informacija (sa pristankom osobe koje se to tiče) može da bude odbranjivo pod određenim okolnostima. Ipak, takvi ogledi/istraživanja ne treba da dovode u pitanje prava i bezbednost učesnika. Istraživanja odnosno ogledi zasnivaju se na poverenju u istraživača-lekara. Sa ovim poverenjem ne sme da se poigrava na način kojim se neadekvatno obaveštavaju studirani učesnici. Istraživanje koje zahteva modifikacije informisanog pristanka iz važnih metodoloških razloga ne mora da bude kategorički isključeno sve dok je ono kompatibilno sa

[47] Upor. J. Radišić, Jakov Radišić: »Pravo o lekovima«, *Medicinsko pravo,* Univerzitet »Union« i »Nomos«, Beograd 2008[2] : 2008[2]: 286; ZLMS, *Službeni glasnik RS,* br 30/2010.

zahtevom o neekspolatisanju (neiskorišćavanju) i dok ono dosledno poštuje autonomiju i dostojanstvo učesnika.[48]

Vesna Klajn-Tatic, PhD.
Senior research associated
Institute of Social Sciences in Belgrade

INFORMED CONSENT TO PARTICIPATION IN RANDOMIZED CONTROLLED CLINICAL TRIALS

The present article is focused on certain exceptions from the absolute informed consent to participation in randomized controlled clinical trials. Examination over international, regional and national acts and professional rules, has shown a strong emphasis on request for informed consent. However, even though some of them would insist on informing the participants about the random nature of trials prior to issuing the consent, most of them agree on the fact that informed consent is not one of the unconditional principles and allow certain exceptions.

Despite the dual nature of existing legal standards, the author proves that, from an ethical point of view, exceptions from a total informed consent should not be treated as a favorable mean in recruiting human subjects for trials. Research that demand modifications of informed consent due to significant methodological reasons does not need to be categorically excluded as long as it complies with the demand for non-exploitation and it respects the autonomy and dignity of participants.

Keywords: *informed consent, randomization, recruitment, Zelen's plan, legislation.*

[48] Upor. R. Andorno *et al.,* 2007: 355.

Dr Katarina Damnjanović
Pravni fakultet Univerziteta Union

UDK: 347.771:504.06(4-672EU)
Originalni naučni rad

PRAVNI OKVIR ZAŠTITE „NANOTEHNOLOGIJA“ U EVROPSKOJ UNIJI

Ovaj članak bavi se pravnim okvirom zaštite „nanotehnologija“ u EU sa ciljem da se oceni u kojoj meri postojeća zakonska rešenja omogućuju da se na adekvatan način reše rizici koje nose nanotehnologije po čovekovo zdravlje i okolinu.

***Ključne reči**:nanotehnologije, EU,pronalasci, patenti, čovekova okolina, ljudsko zdravlje*

I.UVOD: NANOTEHNOLOGIJE, NJIHOVO PRISUSTVO U PROIZVODIMA ŠIROKE POTROŠNJE I UTICAJ NA ČOVEKOVU OKOLINU

1. Pokušaj o dređivanja pojma „nanotehnologija“

Čovečanstvo svoj konstantni napredak duguje upravo pronalascima, ali svaki od njih potencijalno sadrži specifične, često prikrivene elemente koji mogu dramatično ugroziti čovekovo zdravlje i okolinu, i kojih pronalazač mora biti svestan u trenutku iznošenja pronalaska u javnost odnosno u trenutku njegove materijalizacije u industrijski proizvod. Zbog toga mnogi pronalasci ostaju u praksi nerealizovani. Međutim, uprkos ovoj „hipohondriji“, danas se krećemo po samoj ivici bezbednosti jer koristimo proizvode čija sigurnost nije definitivno utvrđena. Tako, u organizam ubacujemo mobilne „nanorobote“ koji kontrolišu naše zdravlje, kompjuteri su sve minijaturniji i lakši, novi kozmetički proizvodi obećavaju nam „večitu mladost“.

Nanotehnologija je evoluirajuća grana nauke, novi pristup istraživanju i razvoju, i moćna tehnologija savremene ere sa širokim spektrom industrijske primene, koja već značajno utiče na svakodnevni život, a čija je primena u budućnosti nemerljiva. Njome se utiče na unutrašnjost materije, menja se njena struktura, ćelijski mehanizmi i raspored atoma, čime se

prirodni elementi transformišu i spuštaju na nivo molekula, što omogućuje da se stvore predmeti veličine između 1 i 100 nanomeara(mlijarditi deo metra1x10 na -9)što ih čini hiljadu puta tanjim od ljudske dlake, a te nove čestice mogu biti korišćene i na mikrospokskom i makroskopskom nivou. Uticaj ove nove tehnologije na svetsku ekonomiju već je više nego osetan; iako podaci variraju, smatra se da je 2006. godine vrednost nanotehnologija na svetskom tržištu iznosila približno 10,5 milijardi dolara, uz procenu da će njihova vrednost dramatično porasti u narednih 5-10 godina, što znači da će do 2015. godine moguća vrednost tržišta proizvoda koji sadrže nanomaterijale iznositi između 1 i 2,4 triliona dolara.[1]

Istorijski posmatrano, nanotehnologije su se pojavile sredinom prošlog veka, kada hemijski proizvodi sa nanočesticama počinju da igraju posebnu ulogu u svakodnevnom životu jer podižu nivo higijene, zdravlja i uopšte kvaliteta života, iako je danas poznato da su neki od tih proizvoda izazvali ozbiljne posledice kako po zdravlje ljudi tako i po čovekovu okolinu u smislu porasta malignih oboljenja, endokrinalnih bolesti i nepovoljnog uticaja na reproduktivni sistem. Čovek dolazi u dodir sa nanomaterijalima bilo na direktan način, npr. udisanjem, bilo indirektno, konzumiranjem prehrambenih proizvoda ili flaširane vode, a njihove negativne posledice mogu osetiti i nekoliko narednih generacija. U pogledu prevencije ovih nepoželjnih efekata, osnovnu poteškoću predstavljalo je dokazivanje uzročne veze između supstance i štete koja, po pravilu, nastaje duži period nakon kontakta odnosno konzumiranja[2]. Začuđujuča je činjenica, da uprkos opasnostima nije došlo do opreza i rezervi prilikom uvođenja „nanotehnologija na tržište“, već nasuprot tome, ove tehnologije od početka 21 veka osvajaju svetsko tržište, a svakodnevno se potrošačima nude novi proizvodi za koje se kaže da su:„jači, praktičniji i korisniji“[3], odnosno koji se predstavljaju kao proizvodi koji imaju prednosti u odnosu na postojeće u pogledu komfora, uštede, trajanja i praktičnosti - otporniji materijali, površine koje se same čiste, odeća otporna na mikrobe, lakši i čvršći reketi za tenis, naočare za sunce otporne na udarce, maske protiv gripa, čarape koje se ne „osećaju“, zaštita protiv korozije, hidrantne kreme koje uklanjaju bore, nevidljive kreme za sunčanje ili čak „ kišobran koji ne može da se pokvasi“.

---

[1]Diana M. Bowman: *Patently obvious: Intellectual property rights and nanotechnology,* Technology in Society 29(2007), str.307-315.

[2]Npr. za hemijske proizvode upotrebljavane u poljoprivredi negatevni efekti su identifikovani tek od devedesetih godina prošlog veka, skoro pedeset godina nakon početka njihove masovne upotrebe.

[3]„Better, stronger, lighter, cheaper, faster“, nanoehnologije su predstavljene kao nosioci tehnološkog napretka, koje omogućavaju potrošačima komfor, štite njihovo zdravlje, i okolinu; videti više kod:*The power ofnanotechnology*, MercedSunstar, oktobar 2009, na sajtu:http://www.mercedsunstar.com

Pošto je reč o novoj tehnologiji koja je takve prirode da se trenutno pojavljuje u velikom broju proizvoda a, teoretski, može biti prisutna u svim proizvodima i svim oblastima industrije, do danas nije usvojena opšta i univerzalno prihvaćena definicija nanotehnologija. Ona na koju se najčešće nailazi u izvorima, je definicija koju je 2004. godine, predložila „Royal Society & Royal Academy of Engineering“: „dizajn, karakteristike, proizvodnja i primena stuktura, delova i sistema putem kontrolisanja njihovog izgleda i veličine na nanometrijskoj skali“[4]. Skoro identična definicija prisutna je i u tekstovima EU u ovoj oblasti: „tehnologija koja omogućava direktnu primenu, istraživanje ili korišćenje sistema ili struktura čija je dimenzija postavljena na nanometrički nivo odosno na manje od 100 nanometara“.[5] Ovakvo uopšteno definisanje upravo ukazuje na najosnovniju karakteristiku nanomaterijala a to je njihova raznolikost u odnosu na fizičke i strukturalne karakteristike, što sprečava njihovo posmatranje kao homogene grupe, naročito u poređenju sa istim proizvodima „normalne“ veličine. Iako potiču od poznatih hemijskih supstanci, nanomaterijali su u neku ruku nove hemijske supstance, sa posebnim osobinama, koje se često razlikuju od materijala „ normalne veličine“ od kojih su potekli. Ono što je sigurno je da se termin „nano“ odnosi pre svega na veličinu a ne na sam proizvod[6], a sam termin potiče od grčke reči koja znači „patuljak“ ili „minijaturno“.

2. Nanotehnologije i proizvodi široke potrošnje

Lakoća i brzina kojom su nanotehnologije osvojile svetsko tržište dovele su do toga da danas niko sa preciznošću ne može da navede tačan broj i tip proizvoda koji ih sadrže, a ni sama preduzeća nisu uvek upoznata sa prisustvom nanočestica u proizvodima koje plasiraju[7]. Pomenimo samo najznačajnije industrijske oblasti u kojima se javljaju nanoproizvodi: naučna oruđa (npr. mikroskopi sa atomskom snagoma); elektronika (poluprovodni čipovi, memorijske kartice); odbrana i bezbednost (biosenzori, oružje); energija (filteri za vodu i vazduh); prehrambena industrija (nanokapsularna hrana); materijali (biopolimeri,boje; hemijski i kozmetički proizvodi); nano-medicina (nanolekovi, medicinski instrumenti); poljoprivreda (pesticidi, proizvodnja hrane).

---

[4]The Royal Society and the Royal Academy of Engineering, *Nanoscience and nanotechnologies:opportunities and uncertainties*,RC policy document 19/04, London, The Royal Society and Royal Academy of Engineering, 2004, str.5.

[5]DGCIS,Direction de les 4 pages de la competivite, *Nanotechnologies: surtout des PME fortement investies dans la R et D,* br.16., decembar 2011.

[6]Michael Gleiche, Holger Hoffschulz, Steve Lnehert: *Nanoforum Report:Nanotehcnology in Consumer Products*, Nanoforum, org, Oktobar 2006, str.3.

[7]Robert Falkner: *Regulating Nanomaterials: a Transatlantic Agenda, Briefing Paper,*London, Chantam House, The Royal Institute of International Affairs, 2009, str.5.

Okvirni popis proizvoda koji sadrže ove tehnologije od 2006. godine vodi jedan američki istraživački centar - „Woodrow Wilson International Center for Scholars“ u saradnji sa „Pew Charitable Trust“ i prema njihovim podacima je na svetskom tržištu avgusta 2009. godine[8] bilo prisutno više od 1000 proizvoda koji su sadržavali nanotehnologije, uz procenu da je realno ovaj broj mnogo veći. Neki čak smatraju da će do 2014. godine 15% svih proizvoda sadržavati nanotehnologije, a pre svega kozmetički i proizvodi za negu tela (dozodoransi, sapuni, šamponi, kreme za sunčanje, antirid i hidratantne kreme, tečni puderi, lakovi za nokte itd.), jer je već 1986. godine kompanija LOREAL plasirala na tržište nano-kapsule nazvane „lipozomi“ koje i danas koristi većina poznatih kozmetičkih kompanija[9].

Prilikom plasiranja proizvoda koji sadrže nanotehnologije od velikog marketinškog značaja pokazalo se stavljanje oznake „nano“ na etiketama, ali više kao oznake kvaliteta i prisustva tzv.“visokih tehnologija“ nego kao obaveštenja potrošačima da proizvod sadrži nanočestice, npr. koncept futurističkog telefona NOKIA[10]. To međutim omogućuje i pojavu dvostrukih zloupotreba - dovođenja potencijalnih potrošača u zabludu u pogledu proizvoda koji su tako etiketirani, a u stvarnosti ne sadrže nanomaterijale, ili obrnuto, predstavljanje proizvoda koji sadrže nanomaterijale kao sigurnijih proizvoda surogata ili supstituta za one koji sadrže nanomaterije i to putem izostavljanja sa etikete odgovarajuće oznake (npr. “zeleni ili ekološki“ prozvodi koji u stavrnosti sadrže npr. teflon).

U nekim oblastima nanotehnološki proizvodi i postupci su više nego poželjni i revolucionarni npr. u elektronici, ili u medicini gde se koriste za npr. izdvajanje malignih ćelija, izradu veštačkih proteza ili posebnih mišićnih tktiva koja se implantiraju kako bi telo prihvatilo organe koje je izgubilo, primenu matičnih ćelija. Tako nas s jedne strane, nanotehnologije leče, odlažu starenje ili povećavaju performanse naših kompjutera; ali s druge strane, u nekim oblastima njihova primena izaziva najblaže rečeno ozbiljne sumnje u pogledu rizika koje nose za čovekovo zdravlje i okolinu.

3. Nanotehnologije i rizik po čovekovo zdravlje i okolinu

Sićušna dimenzija nanočestica omogućuje apsorpciju njihovih velikih količina na izuzetno malim površinama, što je bilo poznato i u trenutku pojave prvih nanotehnologija, međutim tek se početkom 2000. godine, započelo sa naučnim istraživanjima koja su se odnosila na toksičnost

---

[8]*The project on emerging nanotechnologies, Woodrow Wilson International Center for Scholars and the Pew Cheritable Trusts, http://ww.nanotechproject.org,* 2010.

[9]Friends of the Earth*, Brief background information on nanoparticles in suscreens and cosmetics,* mart 2009, http://www.foe.org.

[10]Philippe Bourlitio, *Faut-il une etiquette nano pour proteger les consommateurs?,* Sciences et Democratie, novembar 2009, http://www.sciences-et-democratie.net.

nanomaterijala[11], a koja su pokazala da, uzimajući u obzir njihove karakteristike, nanočestice mogu imati negativne posledice po zdravlje ljudi i čovekovu okolinu. Trebalo je međutim, sačekati 2004. godinu da bi rezultati ovih istraživanja izašli iz akademskih krugova i postali predmet interesovanja nevladinih organizacija i državnih organa. Otada, su u različitim državama sprovedene brojne studije o mogućim rizicima, a pre svega u Sjedinjenim državama (56% svih istraživanja), Velikoj Britaniji (15%) i Švajcarskoj (7%)[12].

Danas je opšte usvojeno stanovište da supstance nanometričke veličine imaju fizičko-hemijske osobine koje se razlikuju od njihovog "makro *alter-ega*",jer njihova najveća površina, u poređenju sa supstancom makro forme, ima veći broj atoma što za posledicu ima veću mogućnost reakcije i veću sposobnost ulaska u ćelije ljudskog organizma. Moguća toksičnost nanočestica objašnjava se nizom faktora, a pre svega njihovom veličinom i oblikom, hemijskim sastavom, površinom i reaktivnošću, a situaciju komplikuje i činjenica da različiti oblici nanočestica sa istim hemijskim sastavom u odnosu na način primene mogu imati različite toksične vrednosti .[13]Međutim, čini se da smo i dalje daleko od potrebnih znanja koja bi nam omogućila pravilno ocenjivanje toksičnosti i opasnosti koje nanomaterijali mogu naneti čovekovom zdravlju, a i ono malo što se zna poziva na veliki oprez.Kada je reč o ljudskom zdravlju nesporno je da smo svakodnevno izloženi nanomaterijalima jer njihovečestice mogu prodirati kroz membrane, ćelije, tkiva i organe mnogo lakše nego tzv."makro" čestice; ovakve čestice možemo udahnuti pri čemu one izuzetno lako prolaze kroz pluća i ulaze u krvne sudove i samu krv; nadalje, ovakvečestice mogu dospeti u ljudski organizam gutanjem, preći u digestivni trakt i tako se proširiti po celom organizmu; i najzad, zbog velikog prisustva ovakvih materijala u kozmetičkim proizvodima npr. kremama, kupkama, dezodoransima, oni dopiru u ljudski organizam i preko epiderma ili kože glave i kose, ne ostavljajući pri tome nikakve vidljive tragove.

U odnosu na životnu sredinu neophodno je istaći da je ona konačno odredište proizvodnje svih nanomaterijala, bez obzira da li je reč o industrijskom otpadu koji je uobičajeno ili slučajno izbačen tokom

---

[11]Alexis D. Ostrowski et al., *Nanotoxicology:characterizing the scientific literature,* 2006-2007, Journal of Nanoparticle Research, Vol.11, br.2, 2009, str. 251.

[12]Videti više kod Robert James Aitken, *Emergnano: A review of completed and near completed environment, health and safety research on nanomaterials and nanotechnology (concise report),* Defra Project CB0409, London, Safenano, 2009, htp://randd.defra.gov.uk.

[13]European Commission, DG Health and Consumer Protection, Scientific Committee on emerging and newly identified health risks (SCENIHR), *Modified Opinion on the appropriateness of the risk assessment methodology in accordance with the technical guidance documents for new and existing substances for assessing the risks of nanomaterials,* 21-22 jun 2007, Brisel, Evropska komisija, str.27.

proizvodnje, razlaganja prilikom upotrebe (npr.ispuštanje boje prilikom pranja) ili bacanja na deponije, pa se treba zapitati kako se ovi materijali ponašaju u čovekovoj okolini, na koji način se razlažu i kakve to konačne posledice ima za pojedine biljne i životinjske vrste. Ovde su podaci još oskudniji jer su naučna istraživanja u ovoj oblasti započela tek pre nekoliko godina[14], ali je opšti zaključak da nanomaterijali mogu biti toksični po okolinu jer im njihova mala veličini omogućuje da lako ulaze u sve materije bilo da je reč o ljudskom, životinjskom, biljnom telu ili zemlji, a kada jednom uđu u drugu sredinu niko ne može da predvidi način na koji će se ponašati, a koji može biti potpuno drugačiji od onog koji je inicijalno bio predviđen – mogu se zadržati u neizmenjenom stanju, vezati se za druge zagađivače ili biti apsorbovani i akumulirani u okolinu.Još jedan, mnogo opasniji način predstavlja svesno i namerno ispuštanje nanomaterijala u okolinu i to u cilju poboljšanja poljoprivrede ili čišćenje površina prethodno kontaminiranih npr.hromom ili olovom.

II. ZAŠTITA NANOTEHNOLOGIJA U EVROPSKOJ UNIJI

1. Uopšte o zaštiti nanotehnologija

Nanotehnologije se, generalno posmatrano, u celom svetu štite kao pronalasci, putem patentne zaštite, jer ispunjavaju sve one uslove potrebne za postojanje pronalaska koji može uživati patentnu zaštitu, a pre svega je reč o novom rešenju nekog tehničkog problema. Po brojnosti ovakvih patenata, u svetu prednjače Sjedinjene Države i Japan, dok se Evropa nalazi na trećem mestu. Neke razlike u primeni nanotehnologija javljaju se i na regionalnom nivou pa tako nano-biotehnologije dominiraju u evropskim državama, a nano-elektronika u Japanu. U 2005. godini prijave patentata za nanotehnologije iznosile su približno 1% svih prijava dostavljenih Japanskom patentnom birou, 1,5% Birou za patente i žigove Sjedinjenih Država, oko 1% Evropskom patentnom birou i 2,5% WIPO-u[15]. U celom svetu patentni naconalni biroi i zavodi za zaštitu intelektualne svojine nailaze danas na iste poteškoće – kako procenti i rešiti prijave pronalazaka koji u sebi sadrže nanotehnologije, pa su zato japanski, američki i evropski biro, pre svega zbog „poplave“ prijava u svim industrijskim domenima, usvojili novi pristup, iako se čini da i dalje postoji mogućnost pronalaženja boljih rešenja.

Pogledajmo pre svega koji su materijalni i formalni kriterijumi koje nanotehnološki pronalasci moraju ispuniti da bi uživali patentnu zaštitu.Da

[14]Videti više kod Ostrowski: *Les nanos vont-elles changer notre vie?*, Nanotoxicology:characterizing the scientific literature, 2000-2007, str.251-257.

[15]Daisuke Kanama:*Patent Application Trends in the Field of Nanotechnology,* Science and Technology Trends, Quartely Review, no21, oktobar 2006.

bi dobio patentnu zaštitu pronalazak mora biti nov, ne sme proizilaziti na očigledan način iz stanja tehnike u svetu za stručnjaka iz date oblasti koji poseduje produbljena znanja (tzv. uslov postojanja inventivnog nivoa) ; u nekim državama npr. u SAD mora biti koristan; ne sme biti suprotan javnom poretku i moralu; mora biti dovoljno opisan u prijavi i mora osobi sa znanjem iz date oblasti omogućiti da napravi ili sprovede pronalazak bez dodatnih eksperimenata. Kod prijave nanotehnoloških pronalazaka javljaju se međutim i neki dodatni problemi, pa je neophodno ukazati na najvažnije. Prvi je problem „očiglednosti“ koji nastaje zbog nemogućnosti utvrđivanja da li reprodukcija poznatog proizvoda (imajući u vidu da nanomaterijali u najvećem broju slučajeva predstavljaju na atomskoj skali smanjene postojeće materijale ili strukture)ispunjava zahtev novosti i inventivnog nivoa, pa se kao suštinsko pitanje postavilo da li obično smanjenje dizmenzije jeste očigledno ili ne, i da li smanjena verzija nekog postojećeg proizvoda može biti patentirana isključivo na osnovu svoje veličine. Sledeći problem na koji se naišlo je samo definisanje nanotehnologija jer ona, kao što smo videli obuhvata veliki broj materijala, pa je sistem klasifikacije patenata i u vezi sa tim objavljivanja prijava postao izuzetno komplikovan jer većina sistema za klasifikaciju patenata nisu bili koncipirani na način da obuhvate sve složene proizvode koji sadrže nanomaterijale. Nadalje, pokazalo se da pretraživači patentnih biroa i zavoda nisu dovoljno efikasni u pogledu prethodnog rešerša, pri čemu prijave mnogih objavljenih pronalazaka koji sadrže nanomaterijale nisu sadržavale i adekvatnu terminologiju sa naznakom „nano“.I kriterijum dovoljnog opisivanja izazva probleme u oblasti nanotehnlogogija jer je odnos između statusa tehnologije i pisanog opisa uvek obrnuto proporcionalan pa, što je tehnologija novija,opis je oskudniji i obrnuto, a to kod nanotehnologija dodatno povećavamogućnost skrivanja informacija. I najzad, multidisciplinarna priroda nanotehnologije koja obuhvata mnoštvo tehnologija sastavljenih na nanoskali uključujući biotehnologiju, genome, neuronauke, hemiju, fiziku, robotiku, kompjuterske nauke i informacione tehnologije dovodi do toga da iz jedne jedine nanotehnološke inovacije rezultira mnoštvo prijava različitih patenata, pa otuda jedan jedini patent može obuhvatati mnoge proizvode ili tržišta. Poseban problem predstavlja i manjak kvalifikovanih ispitivača jer ispitivanje ovakvog pronalaska zahteva ekspertziu u različitim disciplinama, pa u biroima mora da se oformi multidisciplinarni tim ispitivača koji može da razume zakonsku i tehničku kompleksnost kako bi izdao kvalitetan patent.

Može se zaključiti da je pojava nanotehnologija i njihova multidisciplinarna priroda postavila nove tehničke i pravne izazove patentnim sistemima širom sveta i dok je fenomen zaštite intelektualne svojine povezane sa nanotehnološkim pronalascima relativno nov, ovi sistemi imaju dugu istoriju prilagođavanja pojavama različitim novih tehnologijama, što znači da će sigurno pratiti i razvoj brojnih oblasti u

kojima se javljaju nanotehnologije. Kao što smo videli priznavanje patenta za ovakve pronalaske zahteva oprezno postupanje jer oni poseduju karakteristike za koje se može ispostaviti da su bitno različite od patenata u bilo kojoj drugoj grani industrije u poslednjih osamdeset godina, a odgovor tržišta odnosno potrošnje na ove karakteristike odrediće da li i na koji način pravo mora da se razvija i menja i koja će pravila patentnog prava biti potrebna za ovu novorođenu industriju.

2.Politika EU u zaštiti nanotehnologija

Politika EU u oblasti nanotehnologija datira od maja 2004. godine, kada je usvojen Kominike pod nazivom „Prema evropskoj strategiji u korist nanotehnologija“[16], prvi zvanični dokument i osnov buduće komunitarne politike u ovom domenu, u kome su identifikovane njene osnovne smernice i ciljevi.

Pre svega, izražena jevolja da se putem razvijanja nanotehnologija pojača konkurentnost EU u odnosu na njene ranije i nove konkurente na svetskom tržištu (SAD, Japan i Kinu) i to putem koordinacije aktivnosti istraživanja i razvoja na komunitarnom nivou uz uključivanje i drugih domena kao što su pitanja infrastrukture, obrazovanja i obučavanja, pronalazaštva, privlačenja mladih istraživača, itd[17]. U tom smislu više država članica je pokrenulo značajne programe istraživanja u oblasti nanotehnologija, a Komisija je predvidela i korake na komunitarnom nivou, a pre svega povećanje investicija u istraživanje i razvoj i jačanje koordinacije ovakvih aktivnosti kako bi se intenzivirala industrijska primena nanotehnologija; promovisanje interdisciplinarnog obrazovanja i obuke za istraživački kadar, uz favorizovanje preduzetničkog duha; uspostavljanje uslova povoljnih za transfer tehnologija i pronalazaštvo kako bi se obezbedilo da vrhunski evropski rezultati u oblasti istraživanja i razvoja budu konkretizovani u proizvodima i postupcima koji će dovesti do dodatnih profita. Ove ciljeve preuzela je i Evropska komisija u svom Akcionom planu za perod 2005-2009[18] čiji je cilj bio da se „javne i privatne organizacije cele Evrope približe kako bi zajedno radile na istraživanju i razvoju. Nacionalne i regionalne inicijative predstavljaju dve trećine ukupnih evropskih investicija u istraživanje i razvoj nanothnologija. Ova istraživanja i investicije treba da budu pojačani i koordinisani kako bi se ostvarile uštede i kako bi se ostvarilo jedinstvo sa obrazovanjem i inovacijama, što će generisati tzv.“trougao

[16]Evropska komisija, Kominike od 12. maja 2004., Doc COM (204)338.

[17]Evropska komisija je naročito uzela u obzir podatke iz Izveštaja iz 2003. godine koji je sadržavao podatke za 2001. godinu za EU, 1997. godinu za Sjedinjene države i 2002 za Japan po kome se u EU 5,68 na 1000 istraživača bavilo nanotehnologijama, dok je ovaj broj u SAD iznosio 8,08 i 9,14 u Japanu.

[18]Kominike Komisije od 7 juna 2005., *Nanosciences et nanotechnologies-Un plan d'action pour l'Europe 2005-2009,* doc.COM(2005) 243 final.

znanja“ koji je neophodan da bi se „izgradio evropski prostor istraživanja znanja u službi opšteg napretka“[19].

Osim toga, Evropska komisija je shvatila važnost obaveštavanja i debateu javnosti o različitim aspektima nanotehnologija. Prema Akcionom planu Komisije neophodno je bilo uspostaviti efikasan dijalog između svih zainteresovanih strana, kako bi u potpunosti bile obaveštene o napretku i očekivanim koristima od ovih tehnologija i kako bi se u obzir uzeli svi rizici i na taj način razvoj ove tehnologije usmerio na način da se očuva čovekova okolina.

Sledeći cilj bio je rešavanje pitanja koja se tiču uticaja nanotehnologija na javno zdravlje, sigurnost čovekove okoline i potrošača. Zato je Komisija insistirala na uvođenju konkretnih mera: stavljanju u prvi plan stvarnih ili mogućih problema vezanih za bezbedno korišćenje nanomaterijala; aktivnoj podršci rešavanju svih pitanja koja se tiču zdravlja, čovekove okoline i rizika koje ove tehnologije nose sprovođenjem naučnih istraživanja i studija, kao i formiranju baza toksikoloških i ekotoksikoloških podataka u cilju ustanovaljavanja adekvatnih postupaka za procenu postojećih i budućih rizika, uzimajući u obzir sve etape razvoja ovih tehnologija (koncept, istraživanje i razvoj, proizvodnja, distribucija, korišćenje, odlaganje). U skladu sa ovim prioritetima Akcioni plan inicijative Komisije produbljuje i postavlja na sledeći način: što je pre moguće identifikovati i obraditi sigurnosne probleme vezane za primenu nanotehnologija, a pre svega u pogledu zaštite zaposlenih; promovisati sigurne i racionalne mere kako bi se smanjilo kako moguće izlaganje zaposlenih, potrošača i okoline nanotehnološkim česticamama i koncipiranje novih inicijativa, mera i preporuka; razvijanje, u saradnji sa državama članicama, međunarodnim organizacijama, evropskim agencijama, predstavnicima industrija i drugih zainteresovanih organizacija, ujednačene terminologije, načina postupanja, modela i normi za ocenjivanja rizika tokom celog ciklusa života proizvoda koji sadrže nanotehnologije; ispitivanje i u slučaju potrebe, predlaganja izmene evropskih propisa u domenima u kojima se primenjuju nanotehnologije uz poklanjanje posebne pažnje nivou toksičnosti, nivou emisije, označavanju na etiketima, nivou ocenjivanja rizika i izloženosti i nivou proizvodnje i uvoza ispod kojih bi ovakvi proizvodi bili izuzeti od primene evropksih propisa. U tom smislu Komisija je pozvala države članice da dostave liste poslova odnosno radnih mesta koji nose opasnost od izlaganja ovim materijalima i da preispitaju i eventualno predlože izmene nacionalnihzakonodavstava, vodeći računa o

[19] *Op.cit.* str.4.

postojećem komunitarnom zakonodavstvu u oblasti klasifikacije, ambalaže i etiketiranja opasnih proizvoda.[20]

Četvrti cilj odnosio se na poboljšanje međunarodne saradnje u oblasti nanotehnologija, jer je od same njihove pojave Komisija EU insistirala na njenom razvoju, kako sa ekonomski slabije razvijenijim zemljama tako i sa vodećim ekonomskim svetskim silama. U pogledu nerazvijenih zemalja Komisija se vodila preuzetim međunarodnim obavezama, a naročito onima koje nameće članstvo u Svetskoj trgovinskoj organizaciji i kako bi garantovala pristup i podelila stečena znanja i time izbegla „aparthejd" u odnosu na ove ekonomije Komisija je predvidela intenziviranje dijaloga na međunaordnom nivou sa ciljem usvajanja deklaracija o razvoju i odgovornomkorišćenju nanotehnologija, uz ulaganje posebnih napora da se na svetskom nivou reše pitanja od zajedničkog značaja npr. u oblasti nomenklature, metrologije, jedinstvenog prisupa u evaluaciji rizika, kao i da se ustanovi specijalizovana baza podataka kako bi se razmenjivale toksikološke, eko-toksikološke i epidemiološke informacije.

Najzad, Komisija je, ne zaboravljajući važnost etičkih principa, kao prioretni cilj postavila njihovo poštovanje, a naročito onih ustanovljenih Poveljom o osnovnim principima EU i drugim evropskim i međunarodnim dokumentima, od kojih su najvažniji „poštovanje dostojanstva, autonomije pojedinca, pravde i dobrobiti ljudi, slobode istraživanja, proporcionalnosti, zaštite privatnog života i ličnih podataka".[21] Kako bi pojačala značaj ove strategije Komisija, u februaru 2008.godine, izdaje i Preporuku o pravilnom postupanju i odgovornom istraživanju u oblasti nanonauke i nanotehnologija[22] koja sadrži čitav niz sugestija u pogledu sprovođenja odgovornog i otvorenog pristupa istraživanju u oblasti nanonauka i nanotehnologija, pri čemu je poseban akcenat stavljen na pravilnoo upravljanje istraživanjem koje podrazumeva i javnu debatu o svim mogućim relevantnim pitanjima i poštovanje principa opreznosti preduzimanjem brojnih mera naročito u pogledu sigurnosti zaposlenih.

Moglo bi se zaključiti da je EU bar „na rečima" vrlo brzo shvatila da je za razvoj nanotehnologija od suštinskog značaja za postizanje veće konkurentnosti na svetskom tržištu, pod uslovom da one budu društveno

[20]Direktiva br.67/548/CEE od 27 juna 1967. o harrmonizaciji nacionalnih zakonodavnih, uredbodavnih ili administrativnih odredbi o klasifikaciji, ambalaži ili etiketiranju opasnih proizvoda, JO L196 od 16. avgusta 1967., str. 1-98.

[21]Kominike Komisije od 12. maja 2004., *Vers une stategie europeenne en faveur des nanotechnologies,* DOC COM(2004)338, str.18.

[22]Preporuka Komisije od 7. februara 2008., C(2008) 424 final, JO L116 od 30. aprila 2008, str.46-52.

prihvatljive[23] odnosno da postoji opšti konsenzus o tome da su one dovoljno bezbedne i da javnost bude adekvatno obaveštena o njihovim mogućim negativnim posledicama. Komisija je pokušala da na pravilan način, jasno, detaljno i istinito predstavi kako očekivane koristi od ovih tehnologija, tako i rizike koje one nose, te da predvidi neophodne sigurnosne mere i insistirala je na javnim debatama koje će pojedincima omogućiti da formiraju sopstveno mišljenje o ovim tehnologijama, a sve u cilju izbegavanja problema sa kojima se u ranijim periodima susretala, pre svega prilikom uvođenja zaštite biotehnoloških pronalazaka, ili masovnog odbacivanja genetski modifikovanih poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda[24] i drugim krizama kao što je bio slučaj „ludih krava" 90-tih godina prošlog veka. Ako pogledamo sprovođenje ove politike „na delu" možemo konstatovati da se Unija potrudila da ovako postavljene ciljeve i konkretizuje, pa su u Prvom izveštaju o primeni Akcionog plana objavljenog u septembru 2007. godine[25]navedena brojna istraživanja koje su finansirali Komisija i države članice - 1,4 milijardi eura utrošeno je na finansiranje više od 550 projekata, što je Evropu postavilo na vodeću poziciju u ovom domenu.

3.Propisi EU u oblasti sigurnosti proizvoda, zaštite potrošača i čovekove okoline

Iako već od 80-tih godina prošlog veka EU usvaja značajan broj propisa opšteg ili sektorijalnog značaja u cilju zaštite potrošača i čovekove okoline, do danas nije usvojen nijedan propis koji se odnosi isključivo na nanotehnologije, iako je u Akcionom planu iz 2005. godine bilo predviđeno da se istraži i analizira postojeće zakonodavstvo kako bi se utvrdilo da li ono reguliše moguće rizike na adekvatan i dovoljan način, i da se, ukoliko se toutvrdi kao neophodno, predlože izmene i dopune postojećeg pravnog okvira. Nakon detaljnog ispitivanja Komisija je došla do zaključka da postojeći propisi u širokoj meri pokrivaju rizike vezane za nanotehnologije[26], međutim, prema određenim mišljenjima „ iako se propisi u oblasti zaštite zdravlja, čovekove okoline ili potrošača „u principu" mogu primenjivati i na nanotehnologije čini se da, u vreme u koje su oni usvajani(neki su usvojeni

[23]Kominike Komisije od 6. septembra 2007. godine, *Nanosciences et nanotechnologies:un plan d'action pour l'Europe2005-2009, Premier Rapport de mise en oeuvre 2005-2007,* doc.COM (2007) 505final, str.7.

[24]Videti i kod Alexander Huw Arnal:*Future technologies, Today's choices, A report for the Greenpeace Environmental Trust,* London, University of London, 2003, str. 39,i Geert Van Calster:*Risk regulation, EU Law and Emerging Technologies:Smother or Smooth?*, NanoEthics, Vol 2, 2008, str.71 i sledeće.

[25]COM (2007) 505 final.

[26]Kominike Komisije od 17. juna 2008, *Aspects reglementaires des nanomateriaux,* doc COM(2008) 366 final, str.4.

šezdesetih godina prošlog veka), nijedan od njih nije mogao da odgovori na izazove koje one postavljaju.“[27]

Analiza svih relevantnih propisa prevazilazi okvire ovog članka, pa ćemo, ilustracije radi navesti samo osnovne propise.

3.1. „Bazna direktiva“

Napomenimo pre svega da u komunitarnom pravu postoji osnovna, „bazna“ Direktiva o sigurnosti proizvoda koja se primenjuje na sve proizvode za koje ne postoje posebni propisi. Juna 1992. godine usvojena je Direktiva[28] koja je trebala da, naevropskom nivou, ustanovi opšti i homogeni sistem prevencije rizika vezanih za potrošačke proizvode i koja bi bila usklađena sa pravilima definisanim 1985.godine Direktivom o odgovornosti za proizvode. Ova direktiva propisivala je pooštrenu odgovornost preduzetnika(odeđenih u najširem mogućem smislu) i država članica, koja je znatno prevazilazila informativno obaveštavanje potrošača o sigurnosti proizvoda i predviđala nadležnost Komisije da propisuje i nadgleda sprovođenje mera koje države članice preduzimaju na tržištu. Ova prva direktiva je 2001. godine zamenjena Direktivom br. 2001/95[29] koja sadrži odredbe o efikasnijoj primeni naročito korisne za upravljanje rizicima koje nose proizvodi koji sadrže nanomaterijale. Jedna od osnovnih odredbi je opšta obaveza nametnuta proizvođačim i uvoznicima da komercijalizuju isključivo „sigurne“ proizvode, što predstavlja i „operacionalni koncept“ oko koga se organizuje prevencija nesreća prilikom konuzumiranja proizvoda, jer je formulacija ove odredbe dovoljno široka i opšta pa obuhvata u sebi svaku preventivnu aktivnost. Ova odredba istovremeno omogućuje da se popune praznine u postojećim pravnim normama i da se primenjuje na buduće ili postojeće rizike u slučaju usvajanja posebnih propisa. U praksi, ova obaveza znači da prizvođači moraju da izbegavaju rizike u svim stadijumima komercijalizacije ili distribucije proizvoda – od proizvodnje do konzumiranja.

„Siguran proizvod“ je u Direktivi definisan na izuzetno širok način kao: svaki proizvod koji, u normalnim uslovima korišćenja koji se razumno mogu predvideti, uključujući i trajanje, i ukoliko je to potrebno, stavljanje u upotrebu, instalaciju i sredstava za održavanje, ne predstavlja nikakav rizik ili samo smanjeni rizik na niskom nivou uporedivom sa korišćenjem drugih proizvoda i koji se smatra prihvatljiv u pogledu visokog nivoa zaštite zdravlja i sigurnosti ljudi naročito imajuči u vidu: karakteristike proizvoda; uticaj proizvoda na druge proizvode u slučaju da se razumno može

[27]Geert Van Calster: *Regulationg nanotechnology in European Union,* Nanotechnology Law and Business, 2006, Vol .3, no 3

[28]Direktiva br. 92/59 od 29 juna 1992, JO L228 od 11. avgusta 1992, str.24.

[29]JO L 11 od 15. januara 2002.

pretpostaviti primena prvog sa ostalim proizvodima; predstavljanje proizvoda, eiketu, obaveštenja i eventualne instrukcije koje se tiču korišćenja proizvoda ili njegovog odlaganja, kao i svako drugo obaveštenje ili informacija vezana za proizvod; i kategorije potrošača koje se izlažu riziku u pogledu korišćenja proizvoda, a naročito dece i starijih osoba. Iz ovakve definicije se može zaključiti da sigurnost proizvoda više nije apsolutna već može evoluirati u funkciji napretka nauke i tehnoloških otkrića. Prihvatljivost ili neprihvatljivost rizika zavisiće od stepena razvoja društva i brige društva za zdravlje i sigurnost građana.[30] Obaveza nametnuta proizvođačima i uvoznicima da usvoje adekvatne mere u pogledu karakteristika proizvoda koji dobavljaju, omogućuje potrošačima da budu informisani o rizicimakoje mogu nositi ovi proizvodi, a namera zakonodavca je bila da se ne dozvoli proizvođaču da, kada jednom komercijalizuje proizvod, postane nezainteresovan za moguće posledice stavljanja proizvoda na tržište. U tom smislu proizvođači su obavezni ne samo da sprovedu istraživanja o ponašanju proizvoda, kako bi otkrili neuobičajene i nepoznate rizike ili nedostatke na etiketama ili u načinu korišćenja proizvoda, već i da ukoliko je potrebno povuku proizvode sa tržišta i efikasno upozore potrošače na moguće opasnosti. I distributeri proizvoda imaju posebne obaveze, a važna je ona o hitnoj saradnji i reagovanju (uključujući i dostavljanje neophodnih dokumenata o poreklu proizvoda i drugih informacija nadležnim nadzornim organima) u pogledu proizvoda za koje znaju ili bi morali, na osnovu informacija kojima raspolažu i kao profesionalci, znati da ne ispunjavaju bezbednosne uslove. U tom smislu, Direktiva predlaže metodološki okvir preduzećima kako bi im se omogućilo da ocene stepen ozbiljnosti rizika i da odrede da li je nužno izvršiti prijavu nadležnim organima. Najzad, Direktiva se bavi i nadzorom nad tržištem i predviđa značajna ovlašćenja nadležnih nacionalnih organa koji su obavezni da, u slučaju da postoji rizik po zdravlje adekvatno reaguju npr. povlačenjem robe sa tržišta ili pribavljanjem stručnih mišljenja različitih naučnih tela. Najzad, u okviru primene ove direktive sistem RAPEX funkcioniše kao opšti sistem za uzbunjivanje i nadgledanje u slučaju urgentnih situacija, sa ciljem da se omogući brza razmena informacija između država članica i Komisije EU ukoliko neki proizvod predstavlja neposredan i ozbiljan rizik po zdravlje i sigurnost potrošača.

3.2. Propisi o hemijskim supstancama

Evropski sistem „REACH“[31] stupio je na snagu 1. juna 2007. godine, nakon tri godine intenzivnih debati i ustanovio jedan i jedinstven integrisani

[30]Videti više kod Peter Cartwright: *„Product safety and consumer protection“*, Modern Law Review, 1995, str.224.

[31]Skraćenica za:„Registration, Evaluation, Autorisation and Restriction of Chemicals“.

sistem za registrovanje, evaluaciju i dozvole za hemijske supstance[32].On je doneo i novi pristup kontroli porizvodnje, uvoza i korišćenja hemijskih supstanci u EU i zamenio prethodni sistem koji se zasnivao na mnoštvu nepovezanih direktiva i uredbi donošenih od 1967. godine, u kojima je bilo primetno odsustvo efikasnih preventivnih mera. Cilj uvođenja ovog sistema bilo je obezbeđivanje visokog nivoa zaštite ljudskog zdravlja i čovekove okoline, uključujući promovisanje alternativnih metoda za procenu opasnosti vezanih za različite hemijske supstance, kao i njihovo slobodno kretanje na unutrašnjem tržištu, uz poboljšanje konkurentnosti i pronalazaštva. Osnovni princip je princip „opreznosti" izričito predviđen u članu 3, čiji su zahtevi opisani u Kominikeu Komisije od 2. februara 2000. godine[33].

Veliki broj nanotehnologija ulazi na tržište EU u vidu hemijskih supstanci namenjenih korišćenju u velikom broju različitih industrijski proizvoda i postupaka, pa ovaj sistem pruža idealnu polaznu tačku za regulisanje nanotehnologija na koje se njegove odredbe barem„teorijski" primenjuju. Iako sistem nigde eksplicitno ne pominje nanomaterijale, i uprkos tome što definicija „supstance" prisutna u Uredbi ne precizira ni njenu veličitnu, niti formu i stanje, među stručnjanicma postoji konsenzus[34] da se on primenjuje i na ove materijale. Sistem promoviše princip po kome proizvođači, uvoznici ili korisnici imaju obavezu da proizvedu, stave na tržište ili koriste supstance koje nemaju štetnih posledica po zdravlje ljudi ili čovekovu okolinu, što znači da se odgovornost u oblasti sigurnosti hemijskih supstanci prevaljuje na ekonomske subjekte. Oni moraju da poštuju čitav niz obaveza koje će zavisiti kako od količine proizvedenih ili uvezenih supstanci tako i od nivoa rizika koji one nose i zato su obavezni da dostavljaju informacije o supstancama koje žele da komercijalizuju u Evropi i njihovoj upotrebi bez rizika po ljudsko zdravlje i okolinu. Ukoliko je reč o količini od 1 ili više tona, ova lica morajuda dostave zahtev za registrovanje Evropskoj agenciji za hemijske proizvode, a za proizvode koji se godišnje proizvode u količini od 10 tona uslovi su još strožiji jer osim tehničkog dosjea, morajudostaviti i izveštaj o hemijskoj sigurnosti u kome su predstavljene opasnosti i klasifikacija supstance i ustanovljenoda li je materija otporna i toksična i da li je rizik odgovarajuće rešen.

U praksi se međutim kao osnovni problem postavlja to što je samo ograničeni broj nanomaterijala podoban za primenu ovog sistema i to oni koji se deklarišu takoda imaju „različitu primenu" od istih materijala normalne veličine, pri čemu je zbog njihove sićušne veličine količina od 1 tone preterana, pa registracija izostaje. Takođe, REACH nije prilagođen

[32]Uredba br.1907/2006 od 18. decembra 2006., JO L396 od 30 decembra 2006., str .I-849.

[33]COM (2000) 1.

[34]Videti vise kod Linda Breggin et al:*Securing the promise of nanotechnologies, Towards Transatlantic Regulatory Cooperation,* London, Chatham House, 2009, str. 38.

nanotehnologijama i zbog uslova za praktičnu primenu jer se celokupni sistem zasniva na pojmu hemijskog oblika i mase, a danas se zna da aktivnosti nanočestica zavise i od drugih parametara kao što su njihova površina i oblik, pa postoji mogućnost da one prodru kroz „rupice“ ovog sistema.

3.3 Propisi u oblasti kozmetičkih proizvoda

Osnovni propis je Direktiva br.76/68 od 27 jula 1976. godine o približavanjuzakonodavstava država članica u oblasti kozmetičkih proizvoda[35]. Ona predviđa da kozmetički proizvodi ne smeju škoditi ljudskom zdravlju kada se upotrebljavaju u normalnim ili predvidljivim uslovima, ali da države članice imaju pravo da, uz obaveštavanje drugih država članica i Evropske komisije i iznošenje obrazloženih razloga, ukoliko utvrde da proizvod ipak predstavlja opasnost po zdravlje, takav prozvod privremeno zabrane ili odrede posebne uslove za stavljanje u promet na svojoj teritoriji. Nakon toga, Komisija konsultuje zainteresovane države i bez odlaganja daje mišljenje i preduzima odgovarajuće mere. Ova direktiva u svojim aneksima definiše i: listu supstanci koje ne mogu da uđu u sastav kozmetičkih proizvoda; listu supstanci koje kozmetički proizvodi ne mogu sadržavati van predviđenih ograničenja i uslova; listu koloranata; zaštitnih agenasa i UV filtera koje kozmetički proizvodi mogu sadržavati. Najzad, ona predviđa i obaveze u pogledu etiketa koje moraju sadržavati spisak sastojaka, parfema ili aromatičnih elemenata uz naznaku da mogu da izazovu alergijske reakcije kod osetljivih korisnika. Ova direktiva nije međutim sadržavala prethodne posebne pravne uslove za procenu sigurnosti kozmetičkih proizvoda, pa je ova praznina popunjena usvajanjem Uredbe od 22. decembra 2009. godine[36], koja je uvela strožije zahteve u pogledu sigurnosti kozmetičkih proizvoda i, osim u posebnim slučajevima i pod rigoroznim uslovima, zabranila korišćenje kancerogenih, mutagenih ili toksičnih supstanci za reprodukciju. Tako Uredba propisuje da proizvođači svaki proizvod koji plasiraju na tržište moraju prijaviti Komisiji koja se angažuje na stvaranju jedinstvene baze podataka o neželjenim posledicama kozmetičkih proizvoda na celoj teritoriji Unije, koja će biti operacionalna od 2013. godine.

Uredba sadrži i nekoliko posebnih odredbi koje se primenjuju na nanomaterijale.Tako je, u članu 1 prisutna sledeća definicija nanomaterijala:“nerastvoriv ili bio-otporan materijal, namerno napravljen, koga karakteriše jedna ili više spoljnih dimenzija ili unutrašnja struktura, na skali od 1 do 100 nanometara“ i ona iako restriktivna jer obuhvata samo

[35]JO L262 od 27 septembra 1976, str.169-200.

[36]Uredba br.1223/2009 od 30. novembra 2009. koja se odnosi na kozmetičke proizvode, JO L342 od 2.2 decembra 2009., str.59-209.

nanomaterijale koji su nerastvorivi ili bio-otporni, ima veliki značaj jer je reč o prvom pokušaju zakonskog definisanja nanomaterijala u Evropi. Uredba garantuje i visok nivo zaštite ljudskog zdravlja za sve kozmetičke proizvode koji su stavljeni na tržište, jer kada se nanomaterijali koriste kao koloranti, ultravioletni filteri ili zaštitni agensi, proizvođači moraju da obaveste Komisiju o činjenici da su nanomaterijali korišćeni i da dostave različite informacije o proizvodu, izeđu ostalog i prisustvo supstanci u formi nanomaterijala, njihovu identifikaciju uključujući i hemijski naziv, uslove izlaganja nanomaterijalima koji se mogu razumno predvideti itd. Kada se nanomaterijali koriste u druge svrhe, kao zaštitni ili agensi za bojenje ili UV filteri, njihova sigurnost se mora proceniti pre stavljanja na tržište i u tom smislu se moraju Komisiji dostaviti različiti podaci. Uredba predviđa i obavezu Komisije da najkasnije do 11. januara 2014.godine izradi ažuriranu i javnosti dostupnu listu svih nanomaterijala koji se koriste u kozmetičkim proizvodima koji se stavljaju na tržište, uključujući i one koji se koriste kao koloranti, ultravoletni filteri ili zaštitni agensi, a koja će sadržati i kategorije kozmetičkih proizvoda i uslove izloženosti nanočesticama koji se razumno mogu predvideti. Predviđeno je i objavljivanje godišnjeg izveštaja koji pruža informacije o razvoju korišćenja nanomaterijala u kozmetičkim proizvodima u Uniji i najzad, što predstavlja važnu novost, Uredba propisuje adekvatno etiketiranje i kaže da svaki sastojak koji je u formi nanomaterijala mora jasno biti naznačen na listi sastojaka i biti označen sa reči „nano“. Ukoliko postoji sumnja u sigurnost nanomaterijala Komisija može da zatraži mišljenje od Komiteta za sigurnost potrošačkih proizvoda o sigurnosti tih nanomaterijala za kategoriju kozmetičkih proizvoda u pitanju, kao i o uslovima izloženosti potrošača koji se mogu razumno predvideti, a tako pribavljene informacije moraju biti objavljene. Ova nova Uredba stupiće na snagu 2013. godine i u svakom slučaju njeno usvajanje treba pozdraviti, a mnogi pozivaju na usvajanje ovakvih propisa i za druge proizvode koji sadrže nanomaterijale.

III. ZAKLJUČAK

Od 2004. godine, naučni i društveni krugovi u EU sve češće se bave merama usmerenim na bolje upravljanje rizicima koje nanotehnologije nose po čovekovo zdravlje i okolinu, ali skoro deceniju kasnije može se konstatovati da ne postoji značajan napredak u usvajanjuposebnih propisa au ovoj oblasti, iako u 95% slučajeva istraživanja idu u prilog razvoju novih tehnologija[37], dok je broj komercijalizovanih proizvoda na unutrašnjem

[37]U SAD, na 5 mlijardi dolara namenjenih svake godine u saveznom budžetu za istraživanje nanotehnologija samo je 1% do 2,5% posvećeno istraživanju o mogućim posledicama po zdravlje ljudi i čovekovu okoinu ; videti više kod: Carol Bass: *Tiny Troubles,* E-Magazine, juli-avgust2009, str.22.

tržištu koji sadrže nanomaterijale porastao za neverovatnih 379%[38]. Široka koalcija predstavnika društvenih mreža, organizacija za zaštitu čovekove okoline, radnika i potrošača je, 2006. godine, na osnovu zajedničkog konsenzusa predložila seriju principa za regulisanje nanotehnologije i nanomaterijala i principe upravljanja ovim novim tehnologijama koji su naišli na široku podršku i evropskih i svetskih stručnjaka i koje je preuzeo iEvropski biro organizacije potrošača (BEUC)[39]. Najvažnji su princip predostrožnosti; obavezni i posebni principi koji se primenjuju na nanomaterijale; zaštita zdravlja i sigurnost ljudi i radnika; zaštita životne sredine; transparentnost i dostupnost podataka; pokretanje etičkih pitanja itd.

Ovom problemu nepostojanja posebnih propisa, a time i pravne nesigurnosti doprinosi nekoliko činjenica: odsustvo precizne definicije nanotehnologije, nanomaterijala i nanočestica, pa se kao imperativ postavlja obaveza prijavljivanja ovakvih proizvoda u nacionalne registre u koje bi se upisivali svi proizvodi koji se fabrikuju, uvoze ili koriste, a za pohvalu je što će ovakav registar, kao što smo pomenuli, zaživeti u EU od 2013. godine za kozmetičke proizvode koji sadrže nanočestice; odsustvo propisa o odlaganju nanomaterijala u čovekovu okolinu u zakonodavstvu koji se odnose na prevenciju atmosferskog zagađenja, prirodnih katastrofa ili kvaliteta vode i otpada, što se čini i najvećim trenutnim izazovom kako za zakonodavstvo EU tako i za zakonodavne sisteme svih naprednih svetskih ekonomija; problem etiketiranja proizvoda kao osnovnog instrumenta obaveštavanja potrošača u pogledu neophodnih i istinitih informacija o rizicima i njihovoj prevenciji, a koji potencijalno mogu zbog neobaveštenosti da dovedu do masovnog odbijanja konzuiranja ovakvih proizvoda. U svakom slučaj čini se poželjnim da svaki ovakav proizvod na etiketi nosi oznaku „nano“ jer je ovaj termin sve pristuniji i prepoznativljiji kod potrošača. Najzad, i dalje opstaje problem neizvesnog statusa proivođača i distributera proivodakoji sadrže nanomaterijale u pogledu njihove odgovornosti, pa je neopodno razjasniti pravni režim koji će se na njih primenjivati.

Iz svega možemo zaključiti da će se trenutne debate koje se pre svega odnose na tzv.“pasivne“ nanomaterijale (one koji su uneti u proizvod kako bi mu dali nove karakteristike) vrlo brzo proširiti na buduće generacije „aktivnih“ nanomaterijala koji se rapidno razvijaju i koji mogu biti stimulansi u određenim proizvodima i imati posledice ne samo po zdravlje i čovekovu okolinu već i po naš identitet, kulturne i društvene vrednosti. To zahteva stalnu obaveštenost zakonodavaca i spremnost da hitno reaguju naročito u oblasti prehrambenih proizvoda, ali čini se da vreme neumitno prolazi. Kao što smo videli, Evropskoj uniji je trebalo 40 godina da ustanovi

[38]*The project on emerging nanotehnologie*s, Scholars and the Pew Cheritable Trust, "http://www.neonatechproject", org/inventories/consumer .

[39]Skraćenica od Bureau Europeen des Organisations des Consomateus.

kompletno i koherentno zakonodavstvo u pogledu prehrambenih proizvoda, 30 godina da usvoji horizontalne propise u oblasti hemijskih proizvoda i 15 godina da uspostavi efikasnu politiku prevencije šteta vezanih za potrošačke proizvode, pa se opravdano postavlja pitanje koliko će joj trebati da uspostavi zakonodavni okvir za kontrolisanje primene nanotehnologija, ako se ima u vidu da je hiljade ovakvih proizvoda već decenijama prisutno na svetskom tržištu?

Treba zapravo postaviti pitanje koje su nam nanotehnlogije neophodne, da li nam je zaista potreban kišobran koji se ne može pokvasiti ili bezbojne kreme za sunce, i u tom smislu napraviti njihovu klasifikaciju i pronaći adekvatni pravni okvir za njihovo regulisanje. Tako dolazimo do poslednjeg zaključka koji bi se odnosio na dilemu kako ustanoviti ravnotežu između nekih mnogo viših ciljeva – slobode i prava pojedinaca da stvaraju nove proizvode i time ostvaruju svoju kreativnost i inovativnost od koje koristi ima ne samo njihova drutšvena zajednica već i celo čovečanstvo i neophodnosti da se smanje rizici od negativnih efekata po zdravlje ljudi, životinja i biljaka i time ne ugrozi ionako osetljiva i narušena ekoravnoteža Zemlje koju smo u poslednjih vek i po uspeli skoro potpuno da uništimo, a budućnost će pokazati koliko smo odgovorni zaista i bili.

Katarina Damnjanović PhD
Associate Professor at teh Faculty of Law, University Union Belgrade

EUROPEAN UNION'S LEGAL FRAME FOR NANOTECHNOLOGY

This article examines legal frame of „nanotechnology" protection legal in European Union. The main goal is to evaluete the measure in wich existing legal solutions enable adequate management of risks for human health and environment.

***Key words**:nanotechnology, European Union,innovation, patent, human environment, health.*

Prof. Vladimir Čolović Ph.D
Institute of Comparative Law Belgrade

UDK:347.63:341.9
Originalni naučni rad

FOREIGN JUDICIAL DECISIONS IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY

Regulating relationships between parents and children and parental responsibility is highly important, not only for the protection of a child. If there is a foreign element in the area, then the situation becomes more complex, and given that different questions can be raised regarding the effect of the foreign judgments given in this topic in other countries. The cases of parental responsibility with a foreign element are fully regulated by the EU Regulation No 2201/2003, which, apart from parental responsibility, regulates the questions related to the dissolution of marriage. The effect of foreign decisions in this area depends not only on the rules of the state of recognition, but also on establishing jurisdiction of a court, as well as on the law applicable. In this paper a great attention has been given to this Regulation, but also to the provisions of Swiss, German and Serbian legislation analyzed herein. The provisions of the Swiss and Serbian legislation, the subject of analysis, are found in the laws regulating area of the Private International Law, whereas in the German legislation, a special act regulates procedure in these matters. This paper also discusses the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, given that Regulation 2201/2003 refers to its application. Finally, it is concluded from all of this that the rules in this area are heterogeneous and its application depends on relations when the question of parental responsibility has been raised.

***Key words**: parents, children, parental responsibility, foreign element, jurisdiction, foreign decision, recognition, enforcement.*

*
* *

Regulating relationships between parents and children and parental responsibility are extremely important, primarily due to the sensitivity of this area, and due to the issues related to the protection of children in the first

place. When we have a foreign element, then we cannot discuss only about the law applicable and its points of attachment, that can favour one of the parties (this refers to the parents and children), but also we can discuss about foreign decisions in this respect and its enforcement in the domestic territory - in the country of recognition. Furthermore, prior to giving focus on the status of foreign decisions concerning the cases of parental responsibility, matters covered by parental responsibility should be defined. Can all relationships between parents and children be eligible to fall under this subject? This also applies to the administration of property of child carried out by parents, matters of inheritance, maintenance, etc.. In the EU law the Act regulating this matter was passed. The Act precisely defines what is covered by the parental responsibility, and what does not fall therein. On the other side, in the national legislations more attention is given to determining the law applicable. However, in those jurisdictions attention is not given to the certain relationships between parents and children, and to the forms of parental responsibility. An exception is the German legislation, where the status of foreign decisions on these matters is regulated by the enactment of a special law.

1. Foreign element in family relationships

One of the important aspects in regulating family relationships with a foreign element, including relations concerning parental responsibility, is formulation of rules in order to determine jurisdiction and the law applicable. Family relationships fall under the relations of status, therefore the basic criteria used in the past, are still used to determine personal law: citizenship and domicile (domicile, habitual residence). For understanding the nature of these relations, it is necessary to focus on these rules (points of attachment). Lex personalis, as the personal law, is also lexnationalis (lex patriae), i.e. the law of the state[1]. Good sides of the legal institution of nationality (citizenship) demonstrate stability in relationships between a person and the law of the state of his belonging. A party can easily change its domicile and thus may disrupt resolution of relations in question[2]. It is a general rule in the local collision regulations of the Private International Law, that in the cases of status of foreign parties, basically, the law of their state is applied[3]. This means, that in the European Continental law, the principle of citizenship is considered fundamental principle for resolving statutory relations[4]. Particularly, when resolving statutory

[1]B.Blagojević, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1950, 208.

[2]S. Cigoj, *Mednarodno zasebno pravo*, Ljubljana 1966, 34-39.

[3]K.Sajko, *Međunarodno privatno pravo i pravo koje uređuje situacije sa međurepubličkim i međupokrajinskim obeležjem*, Beograd 1981, 261.

[4]A. Schnitzer, *Handbuch des Internationalen Privatrecht I*, Basel 1950, 147.

relations, the major differences between legal systems occur[5]. The law applicable for defining legal capacity of the natural persons is determined by the citizenship of those persons. Similarly, the concept of domicile is very important in the status relations. Some authors define several criteria for determining domicile, starting from the personal data, workplace and place of residence, to the origin.

When regulating relationships between parents and children and parental responsibility, primary rules are nationality and domicile. However, these relationships are complex, so these rules cannot be established easily, taking into account the different forms of these relationships. A particular problem is a concept of domicile and possibility of its existence in more than one country[6]. According to the provisions under the EU law, a domicile is defined as a place where is a person's centre of interest, determined by other elements which define the type of stay in one place[7]. In addition, other legal institutions different from domicile are also used for defining a person's residence in a certain place. We are going to highlight some of the most important rules defined under EU law, and then, rules of the above mentioned national legislations.

2. Regulations in EU Law

The Council Regulation (EU) No 2201/2003 dated November 27, 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (hereinafter: Regulation 2201/2003)[8], which is also known as "Brussels II bis", is applied in the civil matters related to the dissolution of marriage and in the matters of parental responsibility, i.e. judgement, enforcement, delegation, restriction or termination of parental responsibility[9]. Repealed Regulation No 1347/2000

[5]M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 1991, 311.

[6]Allen N., Where does our client live? Habitual Residence and Residence under Brussels II (Revised) after Marinos, *http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1176*,25.01.2012.

[7]*Ibid.*

[8]Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 - *Official Journal of the European Communities L 338, 23.12.2003, p. 1–29*

[9]Art.1(1) Regulation 2201/2003; Scott M.J., Resolving The Problems Of Jurisdiction In Family Law – Brussels II And Points West, *http://www.murraystable.com/news-articles/articles/resolving-the-problems-of-jurisdiction*, 24.01.2012.; Article 1(1) the Brussels II Regulation (No 2201/2003) must be interpreted as meaning that a decision ordering that a child be immediately taken into care and placed outside his original home is covered by the term 'civil matters', for the purposes of that provision, where that decision was adopted in the context of public law rules relating to child protection (see para. 29, operative part 1). ECJ 2

sets out rules on jurisdiction, recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and matters of parental responsibility for the children of both spouses rendered on the occasion of the matrimonial proceedings[10]. The attention will be given only to the provisions related to the parental responsibility. Certain provisions of the Regulation 2201/2003 are common provisions in matrimonial matters and matters of parental responsibility. Regulation 2201/2003 came into force on August 1, 2004 and has been applied from March 3, 2005[11].

In Regulation 2201/2003 the matters where the said Regulation shall not be applicable are precisely specified, concerning parent-child relationship. These are: -the establishment or contesting of a parent-child relationship - decisions on adoption, measures preparatory to adoption, or annulment or revocation of adoption; - name and forenames of the child; - emancipation/liberation of children from parental supervision / proclamation of maturity, - obligation to child support; - fiduciary relationships or succession; - measures taken as a result of criminal offences committed by children[12].

Regulation 2201/2003 foresees the establishment of the central authorities with the purpose of effective implementation of this act and in order to facilitate communication. The central authorities shall communicate information on national laws and procedures, and take measures to improve the implementation of Regulation 2201/2003[13]. These authorities are also responsible for strengthening cooperation. For this purpose the European Judicial Network in civil and commercial matters is created by the Decision on establishing a European Judicial Network, No 470/2001, of May 28, 2001[14].

April 2009 *(Case C-523/07, ECR 2009 Page I-02805), http://www.europeancivillaw.com/caselaw/brusregtwo001.htm, 26.01.2012.*

[10]"http://www.laweuropa.com/English/index.php?d=topluluk&mod=AB_Topluluk_9_6",28.07.2011.

[11]Art. 72(1,2) Regulation 2201/2003: Stone P., *EU Private International Law*, Elgar European Law 2010., 419.

[12]Bordaš B., Regulativa Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti:odnos Regulative i drugih instrumenata (čl.60 i 61) – mogućnosti saradnje sa državama nečlanicama EU, *Zbornik prispevkov z mednarodne znanstvene konference na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*, Maribor 2004., 68.; Art. 1(3) Regulation 2201/2003

[13]Forcada Miranda F.J., The Judges' Newsletter on International Child Protection vol. XV / autumn 2009 - Special Focus, Theme 3, "http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=62",23.01.2012.

[14]Council Decision of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters 2001/470/EC, *Official Journal of the European Communities*L 174, 27/06/2001 p.0025-0031; Art. 54. Regulation 2201/2003

2.1. Reasons for enactment of Regulation 2201/2003

A need for a comprehensive act regulating these relations arises from the intention of creation of a judicial area in which decisions relating to these cases will be carried out freely. The Regulation 2201/2003 covers all decisions on parental responsibility, including the measures for a child protection, regardless any connection with matrimonial proceeding. Regulation 2201/2003 gives special attention to recognition and enforcement of decisions given in the Member States. The recognition and enforcement of decisions given in a Member State should be based on the principle of mutual trust and the grounds for non-recognition should be kept to the minimum required. Authentic instruments and agreements between parties that are enforceable in one Member State, should be treated as equivalent to "judgments" for the purpose of the application of the rules on recognition and enforcement[15].

The European Council considered that judgments in the field of family litigation should be "automatically recognized throughout the European Union without any intermediate proceedings or grounds for refusal of enforcement." This is why judgments on rights of access and judgments on return of a child, that have been certified in the Member State of origin in accordance with the provisions of this Regulation 2201/2003, should be recognized and should be enforceable in all other the Member States, without any further procedure being required. Mechanisms for the enforcement of such judgments continue to be governed by national law. The certificate issued to facilitate enforcement of the said judgment should not be subject to appeal. It should be rectified only where there is a material error, i.e. where it does not correctly reflect the judgment[16].

2.2. Application of Regulation U2201/2003 in non-Member States

The EU Council on July 7, 2009, passed a Regulation No 664/2009[17], on establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction,

---

[15]Čolović V., Regulisanje priznanja odluka u vezi sa pitanjima roditeljske odgovornosti u pravu EU (po Uredbi 2201/2003 – „Brisel II bis“), *Evropsko zakonodavstvo* br. 37-38/11, Beograd 2011., 31

[16]*Ibid.*

[17]Council Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations -*Official Journal of the European Communities*, L 200, 31.7.2009., 46-51

recognition and enforcement of judgments and other decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to maintenance obligations. The Regulation 664/2009 was issued as a result of the special relationship between the Member States and non-Member States. A significant part of the non-member citizens lives in the Member States, and, of course, in many cases non-member State is adjacent to the Member State. Adoption of this Regulation 664/2009 has contributed to the Member States can enter into international agreements with third countries - non-Members States[18]. Therefore, the Regulation 2201/2003 has become even more important.

2.3. General jurisdiction – jurisdiction by child's habitual residence

We will only mention the basic provision on jurisdiction. Regulation 2201/2003 determines the general jurisdiction of the court of the Member States to take decisions relating to parental responsibility. The court has general jurisdiction by the child's habitual residence in a Member State at the time of initiation of proceeding[19]. This Regulation 2201/2003 contains a provision on the continuing jurisdiction by the habitual residence of a child. Specifically, if a child moves lawfully from one Member State and acquires a new habitual residence there, the courts of the Member State of the child's former habitual residence retain jurisdiction during the period of three months from the date of the move, for the purpose of modifying a court judgment on access right issued in that Member State before the child moved, where the holder of access rights to the child, pursuant to the court decisions on access rights, continues to have his or her habitual residence in the Member State of the child's former habitual residence. Above mentioned shall not apply if the holder of the said access rights has accepted the jurisdiction of the courts of the Member State of the child's new habitual residence[20]. This Regulation 2201/2003 contains provisions on jurisdiction in cases of child abduction, there after the provisions of the agreement on

[18]J.Alihodžić, Uticaj vanjske nadležnosti Evropske unije na sklapanje međunarodnih ugovora država članica u oblasti Međunarodnog privatnog prava – osvrt na Uredbu EZ br.664/2009 i njen značaj za BiH, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* br.6, god.3, 86

[19]Art. 8(1) Regulation 2201/2003; Scott M.J.; Beaumont P., Jurisdiction in cross-border parental responsibility cases, publication of European Commission *„Jurisdiction of cross-border cases and recognition and enforcement of judgments in family law matters“*, 2010., 15.

[20]Art.9. Regulation 2201/2003; Beaumont P.,18; *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation* (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000), 13. "http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/parental_resp_ec_vdm_en.pdf", 25.01.2012.

jurisdiction, the provision on the determination of jurisdiction based on the child's presence, etc.

2.4. Recognition of Foreign Decisions

The foreign decision relating to parental responsibility, under Regulation 2201/2003, are referred to: - the right to parental care and the access rights to the child, - taking care of child, upbringing and similar institutions, - designation of duties of any person or body having charge of the child's person and property, i.e. representing or assisting the child; - Placement of the child, - measures for child protection relating to the administration, conservation and disposal of the child's property.[21]

Under Regulation 2201/2003 the conditions for recognition and enforcement of foreign judgements are specified. A number of other rules is designed in order to make a request for recognition and enforcement more efficient. The conditions do not derogate from the general rules in this area. These conditions are related to the recognition and enforcement of foreign judgments. This Regulation 2201/2003 does not contain any provisions on recognition of acts adopted by other authorities. The basic rule is that, without conducting any particular procedure, the judgment is to be recognized in other Member States[22]. Any interested party may request the recognition or non-recognition of a judgement relating to the parental responsibility. Furthermore, on the basis of the above mentioned it can be concluded that interested party may apply for non-recognition of foreign judgment, with the appropriate documentation, if a procedure for recognition has been initiated.

It is essential, that a substance of a judgment may not be reviewed in the procedure for recognition[23]. A court of a Member State in which recognition is sought of a judgement given in another Member State, may suspend the procedure if against the judgment a regular legal remedy as been lodged in the State of its adoption[24].

---

[21]Art. 3. Regulation 2201/2003

[22]Renton C., EU Regulations and Children in English Family Law, *http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed24757*, 24.01.2012.

[23]Art.26. Regulation 2201/2003

[24]Art.27. Regulation 2201/2003, Harsági V., Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and AuthenticInstruments, 3., *http://www.cnue.be/fr/congres-varsovie-fr/harsagi.pdf*, 23.01.2012.

A procedure for recognition of a judgment shall be implemented by the local competent court. Each Member State is obliged to submit to the European Commission a list of the courts competent for conducting procedures for recognition of a judgment. Otherwise, the local jurisdiction is determined pursuant to the laws of each Member State, where proceedings for recognition or non-recognition of judgment are brought. A recognition of foreign judgment can be established as a preliminary question. A court before this question is raised shall decideon it.[25]

A party seeking contestation of recognition of judgment or applying for a declaration of enforceability shall submit: -a copy of the judgment which fulfils all the conditions necessary to establish its authenticity, and-the certificate regarding judgments on matrimonial matters, regulated by the Regulation 2201/2003, more specifically, a competent court shall, or other competent authority of the Member State of origin, at the request of any interested party, issue a certificate on it[26].Moreover, when a decision was made without presence in the court, the party seeking recognition or applying for the declaration of enforceability shall submit: -the original or certified true copy of the document confirming that the party, not present in the court, received the document instituting the proceeding or an equivalent document, or - any document indicating that the defendant has accepted the judgment unequivocally[27]. The process of enforcement of judgment is provided by the law of the state of enforcement[28].

2.5. Grounds for non-recognition of foreign judgments relating to the parental responsibility

Regulation 2201/2003 particularly regulates reasons for refusal of recognition of foreign judgments relating to parental responsibility. A foreign judgment shall not be recognized:

a) if such recognition is contrary to the public policy in the Member State in which recognition is sought. We must take into consideration the best interests of the child;

[25]Art. 21. Regulation 2201/2003; Harsági V., 4-5.; Schulz A., Brussels II bis Regulation: Recognition and enforcement of judgments in matters of parental responsibility; practical and legal aspects of abolition of exequatur for decisions of return of a child and on access rights, publication of European Commission *„Jurisdiction of cross-border cases and recognition and enforcement of judgments in family law matters"*, 2010., 23.

[26]Art. 37. and 39. Regulation 2201/2003

[27]Art. 37. (2) Regulation 2201/2003

[28]Art. 47.(1) Regulation 2201/2003; Schulz A., 24.; *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation,* 27.

b) if a foreign judgment rendered in a process in which an opportunity to be heard was not given to the child. It is necessary that the basic procedural rules of a Member State have been violated, in which recognition is sought;
c) where the foreign judgment was given in default, the document on initiation of the proceeding was not delivered to the person, or otherwise in writing, from which it can be concluded that the proceedings initiated and which enable that person to arrange his or her defence. The above shall not be applied if unequivocally proven that the person accepted the decision;
d) on the request of any person claiming that the judgment in fringes his or her parental responsibility, if rendered without giving an opportunity to such person to be heard;
e) if a foreign judgment is irreconcilable with a later judgment given in the Member State in which recognition is sought;
f) if a foreign judgment is irreconcilable with a later judgment given in another Member State or in non-Member State of the habitual residence of the child provided that the later judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought; and
g) if a procedure given by Regulation 2201/2003, relating to the child's placement in other Member State, has not been complied with[29].

If we look at the aforementioned grounds for non-recognition, we see the general rules relating to the infringement of proceedings, a person's inability to participate in the proceedings, a failure to deliver document in writing, and then, the later decision already rendered, but before recognition was sought, etc.

2.6. Enforcement of foreign judgements relating to the parental responsibility

A judgement relating to the parental responsibility in respect of a child, given in a Member State and enforceable in that Member State, shall be enforceable in another Member State, when on the application of any interested party, it has been declared enforceable there. However, it is required that the judgment is delivered in a proper way in the State of adoption[30]. A court in which the application for enforcement is sought, shall render decision without adjournment. Neither the person against whom enforcement is sought, nor the child shall, at this stage, be entitled to make

[29]Art. 56. Regulation 2201/2003

[30]Art. 28. Regulation 2201/2003

any submissions on the application for enforcement. The application for enforcement may be refused only for the reasons specified in Regulation 2201/2003[31]. The authorized officer of the court promptly shall notify the applicant on the decision given in accordance with the procedure prescribed by the Member State of enforcement[32].

Either party may appeal against the decision on the application for a declaration of enforceability of the decision. The appeal shall be lodged with the competent court. If the appeal is brought by the applicant for a declaration of enforceability, the party against whom enforcement is sought shall be summoned to appear before the appellate court. The appeal must be filed within one month from the date of service of the decision on the enforceability. If the party against whom the declaration of enforceability is sought, is habitually resident in a Member State other than that in which the declaration of enforceability was given. If the party against whom enforcement is sought is habitually resident in a Member State other than the Member State in which the decision on enforceability was given, the period for appealing shall be two months and shall run from the date of service of decision, either on him or at his residence[33]. The application for a declaration of enforceability of the decision shall be submitted to the court appearing in the special list, which is submitted to the European Commission. The local jurisdiction will be determined by reference to the residence of the person against whom enforcement is sought[34]. The authorized officer of the court must promptly notify the applicant on the decision given on the application of enforcement[35]. This Regulation2201/2003 also regulates the partial enforcement of a judgment.

2.6.1. Special regime of enforcement and issuing of certificate of enforcement

The Regulation 2201/2003 contains special provisions relating to the special (default) regime of enforcement of special judgements relating to rights of access to a child, and the return of a child, entailed by a judgment[36]. The judgments in another Member States shall be enforced: - without the need for a declaration of enforceability; - no possibility of opposing recognition of foreign judgments; - provided that a judgment in the Member State of origin a special certificate has been issued; - provided that the certificate shall take effect only within the limits of the enforceability of the

[31]Art. 31. (1,2) Regulation 2201/2003; Harsági V., 8.
[32]Art. 32. Regulation 2201/2003
[33]Art. 33. Regulation 2201/2003; Schulz A., 23.
[34]Art. 29.(1,2) Regulation 2201/2003
[35]Art. 32. Regulation 2201/2003
[36]Art. 40.-44. Regulation 2201/2003; Harsági V., 4-5.

judgment. No appeal shall be lodged against the issuing of the certificate, and in respect of correction of the certificate, the law of the State of origin shall be applicable.

As for default enforcement of a judgment concerning the access rights, the judgment must be confirmed in a Member State of its origin. The Court of the State in which a judgment was given, may declare, notwithstanding the fact that national law does not provide for enforceability by operation of law, that the judgment shall be enforceable notwithstanding any appeal, even when is possible according to the national law of that State.

The judge(the Regulation2201/2003explicitlymentions the word "judge", not the "court") of the State in which the decision was given, shall issue a certificate if the following cumulative conditions are fulfilled:

a. where the judgment was given in default. This means the person was served with the document which instituted the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way to enable that person to arrange his defence, or the person has been served with the document but not incompliance with these conditions, it is nonetheless established that he or she accepted the decision unequivocally;

b. all parties involved in the judgment were given an opportunity to be heard, and

c. the child was given an opportunity to be heard, unless a hearing was considered in appropriate having regard the age or maturity of the child.

Concerning automatic enforcement of foreign judgments ordering a return of the abducted child, the Regulation 2201/2003 stipulates that the judgment concerning the return of the child, shall be recognized and enforced in another Member State, without a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition if the judgment has been confirmed in that Member State of origin of decision. The judgment shall be made by a court of a Member State in which, immediately before the wrongful removal or retention, the child was habitually resident, and only after the courts of a Member State in which the child was unlawfully brought, refuse to order the judgment on return of the child[37]. An automatic and prompt enforceability is the only way to avoid the endless battle between the courts of the Member States.

[37]Art. 11. Regulation 2201/2003; *Practice Guide for the application of the new Brussels II Regulation*, 32-34.

2.7. Wrongful removal of a child

In cases of wrongful placement of the child in another environment, as well as retention of the child, the return of the child should be obtained without delay. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of October 25, 1980 (hereinafter: Hague Convention) should be applied, in particular Article 11 of the Regulation2201/2003[38]. Where a person or a body having rights of custody over child, applies in one of the Member State to deliver a judgment on the basis of the Hague Convention, in order to obtain the return of a child that has been wrongfully removed or retained, the provisions of the Regulation2201/2003 shall apply[39]. We will mention some of them. First of all, it shall be ensured that the child is given an opportunity to be heard during the proceedings, unless this appears inappropriate. Then, the court to which an application for the return of the child shall act expeditiously in the proceedings on the application, using the most expeditious procedures available in national law of a Member State. The court shall issue its judgment within six weeks from the date of filing application, except where exceptional circumstances make this impossible. A court cannot refuse to return a child on the basis of the Article 13bof the Hague Convention, if it is established that adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his return. A court cannot refuse to return a child unless the person who requested the return of the child is given an opportunity to be heard[40].

2.7.1. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

Considering the fact that the Regulation2201/2003contains the provisions on the application of the Hague Convention, we will briefly focus our attention on this international source. The Hague Convention has been signed by 81states. One of the main objectives of the Hague Convention is protecting children from the harmful effects of abduction when taken abroad by one parent. Otherwise, in France, about1000 children each year are illegally taken abroad, in Germany about 100, in the U.S. about 1500[41].

The objects of the Hague Convention are:- a cooperation between central executive authorities of the Contracting States; -the assumption that a

[38]Preamble no. 17 Regulation 2201/2003; Renton C.;

[39]Art.11 Regulation 2201/2003; Rauscher T., Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation "Brussels IIA", *The European Legal Forum,* Issue 1-2005, München 2005., 43.

[40]Rauscher T., 44.

[41]Kovaček-Stanić G., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, ppt.,*www.pars.rs/active/sr-cyrillic/ddownload/_params/file.../2346.html,* 26.01.2012.

wrongful removal of a child is not in child's best interests; - a principle of prompt return of a child to the State of his or her last habitual residence;- regain the status which existed before the wrongful removal; - disabling obtain of advantages in the battle for a custody over the child, for a parent which wrongfully took a child.

The conditions for giving a decision ordering the return of a child, require an application to be lodged, which shall establish the following[42]: a) a child is habitually resident in a State other than the State in which the child has been brought and b) the abduction of the child is a breach of the rights of custody in the State from which the child was taken and whether there is a decision of a body or the by the law; c) the applicant actually exercised the rights of custody over a child at the time of abduction, and d) a child is younger than 16years of age. If the applicant has proven these facts his or her application may be refused: -if it can be proven that a parent had consented to or subsequently acquiesced in the removal of a child[43], - if there is a serious risk that return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation[44]; -if a child is old enough and attains degree of maturity and objects being returned[45], - if a process for return has been initiated more than a year after the abduction, and the child in the meantime, is settled in its new environment[46], and - if the return would violate the basic principles of human rights and fundamental freedoms of the requested State[47]. The request maybe submitted by any person or the institution or body claiming that a child has been removed or retained in breach of custody. Against this requirement can appeal an abductor, shelter provider, parent or guardian, or any person to whom has been given a decision on taking care of child.

The application of the Hague Convention is limited to return of the status that existed prior to the wrongful removal of the child, then disabling the abducting person to benefit in the battle for a custody over child, and the decision given in connection with the return of the child cannot be regarded as meritorious, on any matter concerning the right to custody.

Certain problems occur in the application of the Hague Convention. We will highlight some of them: a)it is necessary to standardize certain

[42]Art. 3.1a and 3.1b Hague Convention; Lamont R., International Child Abduction and Domestic Violence in the European Union, *Gender and Migration in 21st Century Europe* (ed. Stalford H., Currie S., Velluti S.), Ashgate Publishing Company 2009., 31.

[43]Art.13.1a Hague Convention

[44]Art.13.1b Hague Convention, Lamont R., 31.

[45]Art. 13.2 Hague Convention

[46]Art.12. Hague Convention

[47]Art.20. Hague Convention

procedural questions, such as the type of procedure, procedural principles, deadlines for taking certain procedural actions, use of mediation, effect of appeal, etc., b) it is necessary to prescribe specific rules of the enforcement procedure; c) ineffectiveness of government authorities in application of the Hague Convention, in general, d) lack of appropriate enforcement measures and indecisiveness in carrying out compulsory measures during enforcement; e) problems related to the special conduction of enforcement process, for each attempt of enforcement of the decision; f) unreasonable delays in proceedings made by central authorities[48].

3. Legislation of Switzerland

As we said at the beginning, our attention will be given to the legislations of Switzerland and Serbia in the area of parental responsibility. The Federal Act on Private International Law of Switzerland, of 18/12/1987 (hereinafter: the Swiss Act) contains provisions on matters of parental responsibility, concerning jurisdiction and the law applicable, and recognition of foreign judgments. These provisions contain the matters with regards to the establishment of origin, parent – child relationship, this relationship in connection with recognition of a child, as well as in connection with the adoption. In addition, Swiss Act contains provisions on effects of that relationship, i.e. the effects of origin. We will not give attention to the provisions relating to adoption.

When it comes to establishment of the origin regarding the parent - child relationship, Swiss Act provides that the Swiss courts at the place of habitual residence of the child or at the domicile of one of the parents, shall have jurisdiction over actions to establish or contest the origin[49]. If parents are not domiciled in Switzerland, and the child is not habitually resident in that country, the Swiss courts shall have jurisdiction by the place of origin of one of the parents over actions to establish or contest a parent-child relationship, if the action cannot be brought in the country of domicile of one of the parents, or at the place of habitual residence of the child, or if it is unreasonable to require the above mentioned[50].

The law applicable to the creation, establishment and contest of a origin shall be determined by the place of the habitual residence of the child. However, if the father and mother are not habitually resident in the State of habitual residence of the child and if the child's parents are citizens of the

[48]Vujović R., Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece – situacija u Srbiji, ppt., *http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html,* 26.01.2012.

[49]Art. 66. Swiss Act

[50]Art. 67. Swiss Act

same State, then the law of that State shall be applicable[51]. The law applicable to the creation, establishment, or contest of a parent-child relationship, the date of the commencement of an action shall be determinative if a preponderant interest of the child so requires[52].

Foreign decisions concerning the establishment or contest of a parent-child relationship shall be recognized in Switzerland if rendered in the State of the child's habitual residence or citizenship of the child or in the State of domicile or citizenship of the father or of the mother[53].

Swiss authorities shall have jurisdiction to receive an act of acknowledgment of a child at the place of birth or at the habitual residence of a child, as well as authorities at the place of domicile or citizenship of the mother or the father[54]. Acknowledgment in Switzerland maybe effected in accordance with the law of the State of habitual residence of the child, or citizenship of the child, or the law of the State of domicile or citizenship of the mother or the father. The date of acknowledgement is determinative. The form of acknowledgement is governed by Swiss law. The same law shall be applied to the contest of an acknowledgement[55]. An act of acknowledgement of a child made abroad shall be recognized in Switzerland if it is valid in the State of habitual residence or citizenship of the child or in the state of domicile or citizenship of the mother or the father[56].

The Swiss courts shall have jurisdiction to act over actions regarding the relations between parent and child, and, in particular, maintenance of the child, at the place of habitual residence of the child or his or her domicile, in the absence of such domicile then those at the place of habitual residence of the defendant parent[57].If neither the child or the defendant parent is domiciled or habitually resident in Switzerland and if one of them is a Swiss citizen, the courts at the place of origin shall have jurisdiction[58]. The relations between parent and child shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the child. If neither parentis domiciled in the State of habitual residence of the child and if the parents and the child are citizens of the same State, the law of that State shall be applicable[59].

---

[51]Art. 68. Swiss Act

[52]Art. 69. Swiss Act

[53]Art. 70. Swiss Act

[54]Art. 71. (1)Swiss Act

[55]Art. 72. Swiss Act

[56]Art. 73. (1) Swiss Act

[57]Art. 79. (1)Swiss Act

[58]Art. 80. Swiss Act

[59]Art. 82. (1,2) Swiss Act

Foreign decisions regarding the relations between parent and child shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State of habitual residence of the child or in the State of domicile or habitual residence of the defendant parent[60].

As you can see, the Swiss legislator has particularly regulated the matters with the element of foreignism concerning establishment of the origin (establishing and contesting), and in particular the relations between a parent and child. It should be emphasized the all matters referring to the recognition of foreign decisions are related to the State of citizenship, or habitual residence and domicile, as conditions for recognition.

4. Legislature of Serbia

The Act on Resolving Conflict of Laws with Regulations of Other Countries (hereinafter: the Act on PIL)[61]does not contain particular provisions on recognition and enforcement of foreign judgments relating to the parental responsibility. The conditions for recognition are the same to those which are applied to all foreign decisions. However, the Act on PIL provides for rules on jurisdiction of the courts in these cases.

This country shall have jurisdiction in proceedings on care, upbringing and education of the children under parental custody, even where the defendant does not have habitual residence in this country, provided that the both parents are nationals of this country. If the defendant parent and the child are nationals and both reside in this country, the jurisdiction of a court of this country shall be exclusive. These provisions shall apply, accordingly, to determination of jurisdiction of other local authorities in the cases concerning care, upbringing and guidance to the children under parental custody[62].

According to the provisions of the Act on PIL, a court of this country shall have jurisdiction in the decisions on deprivation of parental rights and restoration of parental rights, appointing parent to the position of guardian over a child's property, declaring a child born in wedlock, as well as other matters concerning personal status and relationships between parents and children. This jurisdiction shall apply even if conditions in Article 46, paragraph 4 of the Act on PIL are not met, if the applicant and respondent

[60]Art.84. (1) Swiss Act

[61]Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – Zakon o MPP, *Sl.list SFRJ*, br. 43/82, 72/82, *Sl.list SRJ,* br. 46/96 (Act on Resolving Conflict of Lawswith Regulationsof Other Countries – Act on PIL, *Off.Journal of SFRY*, no. 43/82, 72/82, *Off.Journal of FRY* no. 46/96)

[62]Art.66. Act on PIL

are nationals, i.e. in the proceedings only one person which has citizenship of this country is involved[63]. Article 46, paragraph 4 of the Act on PIL refers to a situation where more co-defendants are involved in the proceedings as substantive co-defendants, therefore a court of this country shall have jurisdiction where one of the defendants is habitual resident or domiciled in this country.

We will mention the rules for establishing the law applicable covering these matters. In the matters concerning relationships between parents and children, pursuant to the Article 40of the Act on PIL, primarily the law applicable shall be the law of the country of their citizenship. In the event, that they are nationals of different countries, then the law applicable shall be the law of the country where they all reside (both parents and children). If parents and children are nationals of different countries and not residing in the same country, and if a child or either of the parents is a national, then domestic law shall be applied. Finally, the Act on PIL stipulates that all relationships which are not covered by the previous provisions, the law applicable shall be the law of country of which the child is a national. The Article 43 of the Act on PIL stipulates that the legitimating of a child may be effected in accordance with the law of the country of citizenship of the parents, and if the parents are not nationals of the same country– in accordance with the law of the parent's country under which the legitimating is valid. If the conditions for legitimating a child are not fulfilled according to the above mentioned, and both parents and child are residents of this country, the law of this country shall apply.

We only wish to remind on the general conditions applied to the foreign judicial decisions, including decisions relating to the matters of parental responsibility. All conditions for recognition and enforcement of foreign decisions are divided into the general and specific. The general conditions are applied to all foreign decisions, and the specific are applied to the foreign decisions concerning the matters of status. The general conditions refer to the status of decision whose recognition is sought, as well as to its substance[64]. These are: a) the relation of reciprocity between domestic and foreign country; b) the validity and enforceability of the decision; c) irregularity in the proceedings before the foreign court; d) exclusive jurisdiction of domestic court; e) final judgment of the domestic court or other authority; f) recognized foreign judgment in respect to the same subject matter and between the same parties; g) earlier proceedings (litigation) with respect to the same subject matter in this country and h) violation of domestic public policy. The foreign judicial decision must fulfil

[63]Art. 69. Act on PIL

[64]Art. 87. to 92. Act on PIL

all the conditions specified under the Act on PIL. If the foreign judicial decision fulfils all the above mentioned conditions, shall acquire equal treatment as a domestic judicial decision. Therefore it is equal to the domestic judicial decision. However, in the matters of the enforcement of foreign judicial decision, a question of particular procedural specificities may be raised.

A deficiency of the Act on PIL refers to defining the application of the conditions for recognition and enforcement of foreign judgments, regardless of the subject matter. In particular, this refers to the parental responsibility. The legislator has not sufficiently taken into consideration the specificities of this area. In fact, there are particular conditions for the recognition of foreign judicial decision in the matters of status. However, the question is whether and how those decisions can be applied to the said matters, having in mind their limitations of defining. Of course, we can make objections to the legislator regarding points of attachment when determining the law applicable.

5. Legislation of Germany

The International Family Law Procedure Act with foreign element, was enacted in Germany, on January 26, 2005 and amended of May 23, 2011, (hereinafter: German Act)[65]. The German Act was enacted primarily to execute Council Regulation 2201/2003, the Hague Convention and other international acts. This act contains in the first place, the provisions on jurisdiction of the courts, and recognition and enforcement of foreign decisions on the said matters.

The exclusive jurisdiction in the matters of recognition and enforcement shall be determined in accordance with Regulation2201/2003, then in accordance with the Hague Convention on Protection of Child[66], and in accordance with the Custody Convention[67](on guardianship). The jurisdiction the Family Court is determined, at the time of application, primarily by the residence of the person against whom the request is filed or by the residence of a child[68].

In order to implement decision in the national territory, it is necessary to have an endorsement for enforcement. An application for grant such endorsement can be submitted to the competent family court, in writing or

[65]*http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_intfamrvg/englisch_intfamrvg.html*, 26.01.2012.

[66]Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption (29 May 1993)

[67]European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (Luxembourg Convention 1980.)

[68]Art.10. (1,2(p.1)) German Act

orally to be recorded by the court registry. This shall not apply when referred to in Articles 41 and 42 of Regulation 2201/2003[69]. The court can order the issuance of the endorsement for enforcement, which must be in German language. If the request is not admissible or not well-founded, then the court shall render a decision on refusal of application in an order setting out the reasons[70]. An order made pursuant to Article 20 shall enter into force when becomes final[71]. On the basis of this order, the registrar shall issue the endorsement for enforcement in the prescribed form. The form should contain the name of this law, then, designation of the court and order, the grounds for compulsory enforcement as well as against whom the endorsement is issued, or, who is the obligor[72].

The German Act contains provisions which specify the delivery of the child, in the scope of application ofRegulation2201/2003, of the Hague Convention on Protection of the Child and of the European Custody Convention[73]. Also, the German Act contains provisions on the issuance of a certificate on decision of the national courts in accordance with Regulation2201/2003.Specifically, this certificate, pursuant to Article 39 of Regulation2201/2003, shall be issued by the official clerk of the court registry of first instance court, and where the proceedings are pending before a higher court, then the certificate shall be issued by the clerk of that court. The certificates, in accordance with Articles 41 and 42 of Regulation 2201/2003 shall be issued by the Family Court judge of first instance court[74].

These are some of the provisions of the German Act which have been made in the scope of implementation of these acts, primarily the Regulation 2201/2003. What distinguishes this Act from Regulation 2201/2003 it refers to the endorsement for enforcement of foreign decision and particular form of this act.

6. Conclusion

The status of foreign decisions relating to the matters of parental responsibility should be perceived from three different perspectives. Firstly, the criteria for determining the jurisdiction of the court that rendered a decision may be of importance for the implementation of the decision in another country. Then, the points of attachment by which the law applicable is determined, and the conditions that a foreign decision must fulfil in order to have effects in the territory of recognition. The relationships between

[69]Art.16. (1,2)German Act
[70]Art.20. (1,3)German Act
[71]Art.22. German Act
[72]Art.23. (1)German Act
[73]Art. 33. and 44. German Act
[74]Art. 48. German Act

parent and child are complex and heterogeneous. Each of those relationships deserves a special attention when rendering a decision, determining the law applicable, conditions that foreign decision must fulfil in another country. The parental relationship is only partly regulated by Regulation 2201/2003, as well as by legislations of the abovementioned countries.

When regulating matters of parental responsibility, the rules to be implemented cannot be proposed. It is impossible, as we said, due to the complexity and diversity of those relationships. It could be suggested that this matter should be regulated by areas covered by this matter. Special rules should be defined in relation to the matters concerning the administration of property and its maintaining, and other rules should be defined for carrying out parental responsibility by one or both parents or, in a situation where the question is return of a child and the application of the Hague Convention.

The main objective for regulating this area according to the provisions of Regulation 2201/2003 is the recognition and enforcement of decisions given in the Member States, in order to be recognized and enforceable in the territories of other Member States. The importance of Regulation 2201/2003 is emphasized by adoption of Regulation 664/2009 and by allowing application of these provisions in the territories of non-EU countries. Regulating these areas in the national legislation refers to the definition of rules for determining jurisdiction and the law applicable. However, on the other hand the German legislature passed an act which adapts the application of Regulation 2201/2003.

Prof.dr Vladimir Čolović
Institut za uporedno pravo Beograd

STRANE SUDSKE ODLUKE U STVARIMA RODITELJSKE ODGOVORNOSTI

Regulisanje odnosa između roditelja i dece i roditeljske odgovornosti je od velikog značaja, ne samo zbog zaštite deteta. Ukoliko je u toj oblasti prisutan element inostranosti, problem je složeniji, imajući u vidu da se, tada, mogu postaviti različita pitanja vezana za dejstvo stranih odluka donesenih u ovoj oblasti u drugim zemljama. Predmeti roditeljske odgovornosti sa elementom inostranosti su najpotpunije uređeni Uredbom EU br. 2201/2003 koja, osim roditeljske odgovornosti, uređuje i pitanja vezana za prestanak braka. Dejstvo stranih odluka u ovoj oblasti ne zavisi samo od pravila u zemlji priznanja, već i od određivanja nadležnosti suda, kao i od merodavnog prava. U radu se najveća pažnja posvećuje ovoj Uredbi, ali se analiziraju i odredbe švajcarskog, nemačkog i srpskog zakonodavstva. Odredbe švajcarskog i srpskog zakonodavstva, koje su predmet analize, nalaze se u zakonima koje regulišu oblast Međunarodnog privatnog prava, dok se u okviru nemačkog zakonodavstva, analizira poseban akt koji reguliše postupak u navedenim stvarima. U radu se govori i o Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima otmice dece, obzirom na to da se Uredba 2201/2003 poziva i na njenu primenu. Na kraju, daje se zaključak o tome da su pravila u ovoj oblasti heterogena i da njihova primena zavisi od odnosa, u kome se postavlja pitanje roditeljske odgovornosti.

***Ključne reči**: roditelji, deca, roditeljska odgovornost, element inostranosti, nadležnost, strana odluka, priznanje, izvršenje.*

Prof.dr Zdravko Petrović
Doc.dr Milan Počuča
Doc.dr Rajko Tepavac[1]

UDK:368.91(497.16)
Originalni naučni rad

UGOVOR O OSIGURANJU ŽIVOTA U PRAVU CRNE GORE

Osiguranje života predstavlja oblik zaštite osiguranika ili njemu bliskog lica za slučaj nesreće koja ga može zadesiti. Na ovaj način čovek se na vreme obezbeđuje od rizika smrti, odnosno gubitka ili smanjenja sprosobnosti privređivanja. Životno osiguranje otklanja štetne poslijedice oba rizika. Iako dugo zabranjivano, zbog objašnjenja da je nemoralno izvlačiti korist od smrti ili nezgode, danas je ugovor o životnom osiguranju opšte prihvaćen u svim pravnim sistemima.[2]

Životno osiguranje služi proširenju socijalnog osiguranja. U razvijenim društvima kroz privatno životno i penzijsko osiguranje vrši se korekcija sistema penzijskog osiguranja zasnovanog na načelu generacijske solidarnosti, pošto penzioni fondovi sve teže podnose opterećenje velikog broja penzionera.[3]

U radu se analizira ugovor o osiguranju životau pravu Crne Gore.

***Ključne reči**: osigurnje života, ugovor, penzioni fondovi*

Osiguranje života predstavlja oblik zaštite osiguranika ili njemu bliskog lica za slučaj nesreće koja ga može zadesiti. Na ovaj način čovek se na vreme obezbeđuje od rizika smrti, odnosno gubitka ili smanjenja sprosobnosti privređivanja. Životno osiguranje otklanja štetne poslijedice oba

---

[1] Prof.dr Zdravko Petrović, Univerzitet Sigmund Frojd, Beč, doc.dr Milan Počuča, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad i doc. Dr Rajko Tepavac, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad.

[2] Vidi član 159. nemačkog Zakona o osiguranju, član 56. francuskog Zakona o osiguranju, član 74. švajcarskog Zakona o osiguranju. O ugovoru o životnom osiguranju u Sjedinjenim Američkim Državama vidi: Emmett Vaughan, Therese Vaughan, op. cit., str. 191–250; E. Graves (ed.), McGillis Life Insurance, The American College, 1994, glava 2, 3, 4. i 33. i dr.

[3] Tako, na primer u Švajcarskoj u ukupnom portfelju socijalnih osiguranja udeo privatnih ugovora čini 30%. Vidi šire u: Alfred Wenger, „Die schweizerische Lebensversicherung heute“, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, 1991, br. 9–11, str. 223.

rizika. Iako dugo zabranjivano, zbog objašnjenja da je nemoralno izvlačiti korist od smrti ili nezgode, danas je ugovor o životnom osiguranju opšte prihvaćen u svim pravnim sistemima.[4]

Životno osiguranje služi proširenju socijalnog osiguranja. U razvijenim društvima kroz privatno životno i penzijsko osiguranje vrši se korekcija sistema penzijskog osiguranja zasnovanog na načelu generacijske solidarnosti, pošto penzioni fondovi sve teže podnose opterećenje velikog broja penzionera.[5]

Pored navedene socijalne funkcije životno osiguranje u svakoj privredi igra značajnu ulogu kao izvor kreditiranja razvoja. Sa stanovišta države plaćanje premije životnog osiguranja kumulira sredstva koja imaju značaj štednje, koja je dugoročna, unapred određena i namenska. Stoga se ona može upotrebiti kao izvor kreditiranja i investiranja. Sa stanovišta pojedinca, polisa životnog osiguranja može se upotrebiti i kao garancija za kredit, što osiguraniku može obezbijediti sredstva za ulaganje ili zadovoljenje iznenadnih potreba. Imajući u vidu značaj koji životno osiguranje ima za privredu svake države, ono zahijeva poseban odnos države u domenu poreske politike. Stoga se u najvećem broju zemalja premije životnog osiguranja oslobađaju poreza.[6]

Tehničke osnove osiguranja života

Osiguranje života bazira na načelima zakona velikih brojeva, a to je osnovni zakon u teoriji verovatnoće i statistici. Formulisao ga je švajcarski matematičar Jakob Bernouli (1654–1705), a kasnije ga je doradio i uopštio francuski matematičar Denis Poisson (1781–1840).

Suština ovog zakona je u tome da se, ukoliko se posmatra veliki broj slučajeva, mogu uočiti određene pravilnosti u nastupanju jednog događaja. Što je broj posmatranih slučajeva veći, pravilnost u nastupanju jednog događaja je veća, a odstupanja su manja. Ako se određeni događaj posmatra

---

[4] Vidi član 159. nemačkog Zakona o osiguranju, član 56. francuskog Zakona o osiguranju, član 74. švajcarskog Zakona o osiguranju. O ugovoru o životnom osiguranju u Sjedinjenim Američkim Državama vidi: Emmett Vaughan, Therese Vaughan, op. cit., str. 191–250; E. Graves (ed.), McGillis Life Insurance, The American College, 1994, glava 2, 3, 4. i 33. i dr.

[5] Tako, na primer u Švajcarskoj u ukupnom portfelju socijalnih osiguranja udeo privatnih ugovora čini 30%. Vidi šire u: Alfred Wenger, „Die schweizerische Lebensversicherung heute“, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, 1991, br. 9–11, str. 223.

[6] Vidi: Marijan Ćurković, „Ugovor o životnom osiguranju“, Svijet osiguranja, Zagreb, 1998, br. 1, str. 31–32. Autor navodi da su premije životnog osiguranja oslobođene poreza u sledećim evropskim zemljama: Danska, Nemačka, Holandija, Portugalija, Španija, Velika Britanija, Finska, Island, Norveška, Švedska i Švajcarska.

pojedinačno, on predstavlja slučaj, dok u velikom broju posmatranja postaje zakonitost. Stoga se zakonitost ispoljava samo u masi slučajeva, ona nije vidljiva kod pojedinačnih jedinica od kojih je masa sastavljena, niti deluje kod nekih grupa tih jedinica. Tako, recimo, ukoliko je od deset ljudi određene starosti umrlo njih pet, ne znači da je verovatnoća smrti za ljude te starosti 50%.

Poznato je da svaki čovek mora umreti, ali se ne zna kada će to biti, jer je smrt nekog lica budući neizvestan događaj. Ukoliko se, pak, posmatra velika grupa ljudi, može se sa velikim procentom tačnosti utvrditi da će godišnje u toj grupi umreti određen broj ljudi. Zbog toga i zakon velikih brojeva ima veliki značaj u osiguranju, jer eliminiše neizvesnost osiguravača u pogledu ukupnog broja pokrivenih rizika i omogućava tačnije predviđanje nastupanja osiguranog slučaja. Što je broj osiguranih predmeta veći i zahvata šire područje i što je trajanje osiguranja duže, ostvarivanje određenog slučaja je ravnomernije i bliže očekivanom. Zato u mnoštvu, tj. masi osiguranih objekata postoji veća mogućnost tačnijeg određivanja budućih osiguranih slučajeva, a time i proračun budućih finansijskih obaveza, na osnovu čega se određuje visina sredstava potrebnih za njihovo pokriće, tj. za izravnavanje rizika.[7]

Računske osnove obračuna tarifa u osiguranju lica čine:

a) tablice smrtnosti,

b) obračunska kamatna stopa i

c) troškovi provođenja osiguranja.

Tablice smrtnosti

Tablice smrtnosti sadrže niz pokazatelja od kojih su osnovni izravnata verovatnoća smartnosti na osnovu kojih se izračunavaju sve ostale biometrijske funkcije: verovatnoća doživljenja, kretanje broja živih i broja umrlih u okviru određenog skupa, izračunatog na osnovu verovatnoće smrti. Pomoću ovako dobijenih vrednosti broja živih i broja umrlih lica i odgovarajuće kamatne stope, izračunavaju se komutativni brojevi koji služe za obračun neto premija u osiguranju života.[8]

---

[7] Vidi: Jelena Kočović, „Aktuarske osnove formiranja tarifa u osiguranju lica“, Ekonomski fakultet, Beograd, 2000, str. 43–44.

[8] Jelena Kočović, op. cit., str. 51.

Osnovni faktori koji utiču na smrtnost su: dob, pol, zanimanje, način života, klima i slično).[9] Opšte je zapažanje da je životni vek u razvijenim zemljama u poslijednih nekoliko decenija znatno porastao. Produženje prosečnog životnog veka stvara značajne probleme za funkcionisanje redovnih penzionih fondova. Trend smanjenja smrtnosti takođe za osiguravače može značiti povećan rizik (kod osiguranja za slučaj doživljenja), a nešto manji rizik u slučaju osiguranja za slučaj smrti. Međutim, ova okolnost u svakom slučaju treba da bude uzeta u obzir kod utvrđivanja tarifa.

Obračunska kamatna stopa

Osiguranje života je uglavnom dugoročno, jer se ugovori sklapaju na period od deset do trideset godina, ali se premija osiguranja ne menja. Zbog toga je prilikom ugovaranja osiguranja važan izbor kamatne stope. Za obračunsku kamatnu stopu ne može se uzeti aktuelna kamatna stopa, jer se ona, u skladu sa tržišnim uslovima menja na više ili na niže. To je i razlog što se kao kamatna stipa koristi nešto niža stopa od aktuelne, jer to garantuje osiguravaču da će prihodi od plasmana biti veći od njihove kamatne stope.

Troškovi provođenja osiguranja

Prilikom kalkulisanja tarifa kod životnog osiguranja vodi se računa o tri vrste troškova. To su:

- akvizicioni troškovi, koji obuhvataju troškove pribavljanja osiguranja, troškove provizije za agente osiguranja, troškove izdavanja polisa i slično. Ovi troškovi su jednokratni, s tim što se kod osiguranja kapitala odmjeravaju proporcionalno osiguranoj sumi, dok se kod osiguranja rente određuju proporcionalno vrednosti rente,
- inkaso troškovi, koji obuhvataju sve troškove koji nastaju prilikom naplate premija osiguranja i
- troškovi obrade i vođenja portfelja.

Ukalkulisani troškovi provođenja osiguranja se ne bi trebali povećavati tokom trajanja ugovora, što je zapravo i nemoguće zbog dugoročnih ugovora.

Matematička rezerva

Ugovor o osiguranju života se zaključuje na duže vreme i, prema tome, za vreme trajanja ugovora ugovorne stranke unapred znaju da će se rizik pogoršavati, samom činjenicom starenja osiguranika. Znači, pogoršanje rizika se mora unapred predvideti i izračunati. Situacija se rešava tako što se

---

[9] Anre Petitpierre, „Les mathematiques el l'assurance de vie“, Revue Suisse d' assurances, 1991, br. 9–10, str. 224.

kod osiguranja života ugovara srednja premija, koja je ista tokom celog trajanja osiguranja. Srednja premija se sastoji od dva dela. Prvi deo premije služi za pokriće rizika u tekućoj godini, a drugi deo služi za izravnavanje prvog dela premije kroz čitavo vreme trajanja osiguranja. Prvi deo premije, koji služi za pokriće rizika za vreme od godinu dana, zove se riziko premija, a drugi deo štedna premija. Ovaj deo premije koji sačinjava štednu premiju osiguravač ne sme da utroši u toku jedne godine, već to mora iz godine u godinu prenositi dok se osiguranje ne ugasi. Na taj način se od štedne premije obrazuje matematička rezerva, čije izračunavanje osiguravač mora da izvrši krajem svake godine i da u svom bilansu obezbijedi sredstva za njeno pokriće.[10]

Matematička rezerva osiguranja života obrazuje se u osiguranju života po načelu aktuarske matematike i čine ih razlika između osigurane sume i premije osiguranja. Pod osiguranom sumom podrazumeva se sadašnja vrednost budućih obaveza osiguranja. Pod tehničkom premijom osiguranja podrazumeva se sadašnja vrednost budućih obaveza ugovarača osiguranja.[11] Svrha formiranja matematičke rezerve je rezervisanje sredstava tekućih premija kako bi osiguravač bio u mogućnosti da odgovori svojim obavezama u budućnosti.[12] Sredstva matematičke rezerve se u poslovanju osiguravača iskazuju kao pasiva, a zove se matematička, jer se izračunava matematičkom metodom na osnovu tablica smrtnosti i kamatne stope.[13]

Ilustracije radi, u hrvatskoj pravnoj literaturi i zakonodavstvu matematička rezerva se definiše kao ukamaćena štedna premija na određeni dan, odnosno razlika između sadašnje vrednosti prihoda i sadašnje vrednosti rashoda po ugovoru o osiguranju života.[14] Tako je i u pravu Bosne i Hercegovine.[15]

---

[10] Vidi: Predrag Šulejić, Ivica Jankovec, Dobrosav Ogrizović, Branko Rajičić, „Komentar Zakona o osiguranju imovine i lica“, „Dunav Preving“, Beograd, 1996, str. 99.

[11] Vidi član 50. Zakona o osiguranju imovine i lica („Službeni list SRJ“ br. 30/96, 57/98 i 53/99).

[12] Aleksandar Palaš, „Matematička rezerva osiguranja života – oblik štednje i izvor sredstava za investicije“, Osiguranje i privreda, br. 3–4, Zagreb, 1960, str. 25.

[13] Gianguido Scalfi, „Manuale delle assigurazioni private“, Milan, 1994, str. 211.

[14] Vidi: Sanja Andrijašević, „Upravljanje portfeljom životnih osiguranja“, Svijet osiguranja, br. 3, Zagreb, 1999, str. 38.

[15] Vidi odredbu člana 33. stav 2. Zakona o osiguranju imovine i osoba Federacije Bosne i Hercegovine i člana 48. stav 2. Zakona o osiguranju imovine i lica Republike Srpske.

Ugovor o osiguranju života

Uvod

Ugovor o osiguranju života je regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, u glavi XXXII, u odeljku o osiguranju lica (član 1039. do 1062).

Ugovor o osiguranju života je ugovor kojim se osiguravač obavezuje da osiguraniku ili licu koga on odredi, isplati određenu sumu ili rentu u slučaju smrti osiguranika ili osiguranog lica, ili u slučaju doživljavanja određenog vremena, a osiguranik se obavezuje da plati premiju osiguranja.

U praksi osiguranja ugovor o osiguranju života je tipski i adhezioni ugovor, što znači da su prava i obaveze stranaka određeni opštim i posebnim uslovima osiguranja života koje donosi osiguravač.[16]

Razne varijante ugovora o osiguranju života omogućavaju osiguraniku da odabere onu koja će mu poslužiti za ostvarenje cilja koji hoće ostvariti osiguranjem: štednja za pozne godine života, sredstva za dobijanje kredita, zaštita bliskih lica, obezbeđenje školovanja dece i slično.

U ugovoru o osiguranju života potrebno je razlikovati sledeće pojmove:

Ugovarač osiguranja. Ugovarač osiguranja je lice koji sklapa ugovor o osiguranju života. On plaća premiju i njemu pripadaju sva prava iz ugovora o osiguranju, uključujući i pravo promjene korisnika osiguranja, sve do nastupanja osiguranog slučaja.

Osiguravač. To je akcionarsko društvo za osiguranje koje preuzima pokriće osiguranog slučaja na osnovu ugovora o osiguranju.

Osiguranik. Osiguranik je lice na koju se odnodi osigurani slučaj na osnovu koga zavisi isplata naknade korisniku(ili korisnicima) osiguranja.[17]

---

[16] Marijan Ćurković, *op.cit.*, strana 33.

[17] U uporednom pravu je poznata ništavost klauzula o događajima u životu pojedinaca (osiguranika) koje su u suprotnosti sa javnim porijetkom.Smatra se da je ništava odredba o prestacijama po osnovu ugovora o osiguranju života za slučaj rođenja mrtvog deteta ili lica koje ima manje od pet godina. U belgijskom pravu ovakav ugovor je ništav, a osiguravača je dužan da vrati plaćenu premiju. Međutim, posebnim propisom je dozvoljeno ugovoriti i osiguranje za slučaj smrti lica koja imaju manje godina od onih utvrđenih zakonom (član 96 Zakona o ugovoru o osiguranju).

Korisnik osiguranja. Korisnik osiguranja je lice kome pripadaju prava iz ugovora o osiguranju. Ukoliko osiguranik i ugovarač osiguranja nisu ista lica, za određivanje korisnika osiguranja je potrebna saglasnost osiguranika.

Premija osiguranja. To je novčani iznos koji ugovarač osiguranja praća osiguravaču na osnovu ugovora o osiguranju.

Osigurana suma predstavlja iznos koji je osiguravač obavezan isplatiti korisniku osiguranja kada nastupi osigurani slučaj.

Osigurani slučaj je događaj o kome zavisi isplata naknade po ugovoru o osiguranju.

Dobit je novčani iznos koji se godišnje pripisuje sumu osiguranja. Nije zajemčen ugovorom o osiguranju i zavisi od uspešnosti poslovanja osiguravača.

Polisa osiguranja predstavlja pismenu ispravu o zaključenom ugovoru o osiguranju i ona je sinonim za ugovor o osiguranju.

Vrste

U zavisnosti od prihvaćenog kriterija za vršenje podijele, ugovori o životnom siguranju se mogu podeliti prema:

- načinu zaključenja ugovora na ugovor o osiguranju života sa lekarskim pregledom i bez lekarskog pregleda,
- broju lica obuhvaćenih ugovorom na individualna i kolektivna osiguranja
- riziku obuhvaćenom osiguranjem na ugovor o osiguranju za slučaj smrti, za slučaj doživljenja, mešovito osiguranje i osiguranje sa utvrđenim rokom isplate,
- načinu isplate osigurane sume na osiguranje kapitala i osiguranje rente,
- tome koga obezbeđuje osiguranik na lično osiguranje i osiguranje u korist trećeg lica.

Osiguranje sa ili bez lekarskog pregleda

Prema načinu zaključenja ugovora osiguranje života se može izvršiti sa lekarskim pregledom i bez lekarskog pregleda. Praksa osiguravajućih društava ukazuje da se ugovor o osiguranju života sa velikim osiguranim sumama zaključuje tek poslije obavljenog lekarskog pregleda. Ovo je nužno zbog procene rizika, ali i zbog obaveze osiguravača. Naime, ako kod osiguranja za slučaj smrti osigurani slučaj nastupi u toku prvih šest meseci

trajanja osiguranja, a nije izvršen lekarski pregled, osiguravač je dužan da isplati 50% osigurane sume. Ukoliko je izvršen lekarski pregled u navedenom slučaju, osigurana suma se isplaćuje u celosti, bez obzira na to koliko dugo je trajalo osiguranje.[18]

Individualno i kolektivno osiguranje

Prema broju lica koja su obuhvaćena ugovorom, osiguranje života se deli na individualno i kolektivno. Individualno osiguranje života je ono kod koga se za svakog pojedinog osiguranika zaključuje poseban ugovor. Kolektivno osiguranje se praktikuje kod onih ugovora gde, recimo poslodavac osigurava živote svojih radnika, ili gde se osigurava život članova nekog udruženja, kulturno-umetničkog ili sportskog udruženja i slično.

Osiguranje za slučaj smrti, doživljenja, mešovito ili sa utvrđenim rokom isplate

Prema riziku koji je obuhvaćen kod osiguranja života, ono se deli na:

osiguranje za slučaj smrti

osiguranje za slučaj doživljenja

mešovito osiguranje

osiguranje sa utvrđenim rokom isplate.

Osiguranje za slučaj smrti. Ovaj ugovor se u praksi javlja u dvije varijante, u zavisnosti od toga da li se osigurani slučaj ostvaruje za svo vreme trajanja života osiguranika ili se ostvaruje u jednom određenom periodu. U prvom slučaju radi se o doživotnom osiguranju za slučaj smrti, a u drugom o osiguranju za slučaj smrti sa određenim rokom trajanja. Doživotno osiguranje za slučaj smrti je takvo osiguranje kod koga se osigurana suma isplaćuje kada lice umre, bez obzira kada. Kod ovog osiguranja premija se plaća do smrti osiguranika ili, što je čest slučaj, do njegovog penzionisanja. Ova vrsta osiguranja života je je osiguranje u pravom smislu reči, jer je sklopljeno u korist određenog lica, a glavna obeležja su mu fiksna osigurana suma, fiksna premija i mogućnost otkupa u toku trajanja osiguranja.

U uporednom pravu susrećemo i slučaj da se osiguravač obaveže da će platiti osiguranu sumu samo u slučaju ako korisnik osiguranja nadživi osiguranika. U francuskom pravu, ako osiguranik nadživi korisnika osiguranja, osigurana suma se isplaćuje narednom korisniku, a ukoliko on

[18] J. Kočović, *op. cit.*, strana 30.

nije određen ili je umro onda se ona isplaćuje naslednicima ugovarača osiguranja. Ako je, međutim, ugovoreno da se osigurana suma plaća samo korisniku koji je nadživeo osiguranika, ako to nije slučaj, poslije smrti osiguranika obaveza osiguravača ne postoji ni prema naslednicima ugovarača ni naslednicima korisnika.[19]

Osiguranje za slučaj smrti s određenim rokom trajanja (privremeno osiguranje) je takva vrsta osiguranja kod koga se osigurana suma isplaćuje samo u slučaju ako osiguranik umre u ugovorenom vremenskom periodu. Ukoliko preživi, uplaćena premija ostaje osiguravaču. Svrha ovog osiguranja je isključivo zaštita onih za koje je sklopljeno poravnanje, na primjer, za zaštitu hipoteke, za pokriće potraživanja poverioca i slično. Ovo osiguranje je povoljno i za lica koja su uložila značajna sredstva u neki posao koji je u početnoj fazi, pa bi u takvim slučajevima smrt rezultirala velikim gubitkom, ako ne i propašću uloženog kapitala.[20]

Osiguranje za slučaj doživljenja. Osiguranje za slučaj doživljenja je takva vrsta osiguranja kod koga osigurani slučaj nastaje kada osigurano lice doživi određeni broj godina. U tom slučaju osiguravač je dužan da isplati osiguranu sumu. Cilj zaključenja ovog ugovora je obezbeđenje osiguranika u starosti.Međutim, ukoliko osiguranik umre prije roka naznačenog u ugovoru, osiguravač nema više nikavih obaveza, a naslednici ne mogu tražiti povrat uplaćenih premija.[21]U francuskom pravu surećemo i rješenje po kome se ovo osiguranje može ugovoriti sa periodičnim isplatama osigurane sume. Na osnovu ovakvog ugovora osiguravač se obavezuje isplaćivati novčani iznos u vidu rente od momenta kada ugovarač osiguranja ode u penziju pa do njegove smrti. Ukoliko on umre prije isteka ugovorom predviđenog roka, osiguravač zadržava do tada uplaćene premije.[22]U engleskom pravu može se zaključiti ugovor za slučaj doživljenja koji se naziva čisto doživljenje(pure endowment), pa se osigurana suma isplaćuje ako osiguranik doživi određene godine starosti.Takođe se može ugovoriti osiguranje za slučaj doživljenja jedne ili više osoba u kom slučaju se osigurana suma isplaćuje određenog datuma ako je bilo koji od osiguranika živ, ili u slučaju ranije smrti jednog od dva ili više osiguranika(Joint Life Endowment Insurance). Ukoliko se ugovor isplata osigurane sume za doživljenje određenog datuma ili utvrdi obaveza osiguravača po nastupanju smrti poslijednjeg od dva ili više

[19] Vidi Y. Lambert-Faivre: Droit d' assurances, Paris, 1977, s. 395.

[20] S. Andrijašević, op.cit. strana 33.

[21] Vidi Y. Lambert-Faivre, ibidem, s.398

[22] Andrej Pak: Osiguranje života u uporednom pravu, Fakulte za poslovno pravo, Beograd, 2004. strana 4.

osiguranika radi se o osiguranju poslijednjeg preživelog (last Survivor Assurance).[23]

Mešovito osiguranje. Mešovito osiguranje ili osiguranje za slučaj smrti i za slučaj doživljenja je osiguranje kod koga osiguravač plaća osiguranu sumu ukoliko osiguranik umre za vreme trajanja osiguranja, ali i u slučaju ako osiguranik doživi kraj perioda osiguranja. Ovo osiguranje osim rizika sadrži i elemenat štednje. Njegova osnovna obeležja su:

-trajanje osiguranja je na određeno vreme,

-za slučaj ranije smrti korisniku se isplaćuje osigurana suma,

-za slučaj doživljenja ugovorenog roka osiguraniku se isplaćuje osigurana suma,

-uslovi osiguranja se ne mogu menjati u toku trajanja osiguranja,

osiguranje se može otkupiti, a može se dobiti i zajam na polisu ili predujam),

-polisa osiguranja se može dati u zalog.

U pravnoj teoriji susrećemo stanovište da se ovdje ne radi o jednom, nego o dva osiguranja, jednom za slučaj srti, a drugom za slučaj doživljenja.Tako se ističe da se ovdje u stvari ne radi o omešovitom, nego o alternativnom osiguranju.[24]

U praksi se ovaj oblik osiguranja susreće kao osiguranje sa tačno određenim datumom. Osiguravač se obavezuje da plati osiguranu sumu određenog datuma, bez obzira da li je osiguranik u tom momentu umro ili ne. Osigurana suma će se isplatiti osiguraniku, ako je u životu, ili, ako je umro, korisnicima. I kod ovakvog osiguranja postoji elemenat alternativnosti, s obzirom na to da se osigurana suma isplaćuje ili osiguraniku za slučaj doživljenja, ili korisnicima za slučaj smrti.[25]

Osiguranje sa utvrđenim rokom isplate. Osiguranje sa utvrđenim rokom isplate je ono osiguranje kod koga se osiguravač obavezuje da osiguraniku ili korisnicima osiguranja isplati osiguranu sumu po isteku roka koji je utvrđen ugovorom (policom). Ukoliko osigurano lice umre prije tog roka, osiguravač će isplatiti osiguranu sumu naslednicima, a time prestaje i obaveza plaćanja premije. Ako osigurano lice doživi ugovoreni rok,

---

[23] Vidi kod D. Houseman: The Law of Life Insurance, "Sweet and Maxwel",London ,1954. Isto i kod Andrej Pak, op.cit, strana 5.

[24] Vidi kod Picard-Besson, Les assurances terrestres en droit francais, Le contrat d' assurance, Edition R. Pichon et R. Durant-Auzias, Paris, 1964.

[25] Vidi A. Pak, nsvedeno delo, strana 5.

osigurana suma se isplaćuje ili njemu ili drugim korisnicima, u zavisnosti od toga šta je ugovorom regulisano.

Osiguranje kapitala i osiguranje rente

Prema načinu isplate osigurane sume ona može biti plaćena u jednokratnom iznosu ili u obliku rente u jednom određenom periodu (ili doživotno). Prvi oblik se u praksi naziva osiguranje kapitala, a drugi osiguranje rente. Osiguranje kapitala može biti za slučaj doživljenja ili za slučaj smrti, a osiguranje rente se javlja kao osiguranje lične rente, ili renta u korist trećih lica. U zavisnosti od vremena trajanja, renta može biti doživotna ili privremena, a prema vremenu početka primanja neposredna ili odložena. Kod neposredne rente isplata počinje odmah u trenutku zaključenja ugovora o osiguranju, a kod odložene rente isplata počinje kasnije, u ugovorenom roku.

Lično osiguranje i osiguranje u korist trećih lica

Prema tome koga obezbeđuje osiguranik, ugovor o osiguranju života se deli na ugovore o ličnom osiguranju i ugovore o osiguranju u korist trećih lica.

Lično osiguranje života je takav vid osiguranja po kome osiguranik prilikom nastupanja osiguranog slučaja lično prima osiguranu sumu (u slučaju doživljenja određene starosti, u slučaju invaliditeta, gubitka radne sposobnosti i drugo).

Kod osiguranja u korist trećih lica osiguranik želi u slučaju svoje smrti, ili u slučaju gubitka radne sposobnosti, da obezbijedi članove svoje porodice ili neka druga lica koja je ugovarača osiguranja unapred označio kao korisnika osiguranja.[26]

Zaključenje i elementi ugovora

Ugovor o životnom osiguranju je zaključen kada ugovarači potpišu polisu osiguranja ili listu pokrića.[27] Međutim, u praksi osiguravača, ugovor o životnom osiguranju se smatra zaključenim kada osiguravač prihvati ponudu osiguranja, koja se daje pismeno, na obrascu osiguravača i sadži sve bitne elemente ugovora i čini njegov sastavni deo. Po pravilu, osiguravači imaju obrazac ponude koji sadrže sve potrebne podatke da bi osiguravač bio upoznat sa činjenicama i okolnostima koje su za njega važne prilikom procene rizika. U fazi koja prethodi zaključenju ugovora, dakle, kandidat za

[26] J. Kočović, *op.cit.*, strana 33.

[27] Član 998. stav 1. ZOO.

ugovarača osiguranja popunjava obrazac. Kakva će biti sudbina njegove ponude, zavisi od zakonskog rješenja koja su različita u pravima evropskih zemaalja. Tako, na primjer, u članu 4 stav 1 Zakona o ugovoru o osiguranju Belgije ako osiguravač u roku od 30 dana od dana prema ponude ne obavesti ponuđača o prihvatu ponude ili o potrebi dodatnih objašnjenja, o tome da ne prihvata ugovor on ima obavezu da zaključi ugovor ili je dužan da naknadi štetu. U pravu Austrije, je regulisano da ako osiguravač propusti da da obaveštenje o početku osiguranja, osiguravajuće pokriće počinje od dana prema ponude.[28]

Dokument o zaključenom ugovoru o osiguranju života je polisa osiguranja. Polisa osiguranja života mora imati, pored sastojaka propisanih članom 999. ZOO[29] i:

-ime i prezime lica na čiji se život odnosi osiguranje,

-datum njegovog rođenja,

-događaj ili rok od koga zavisi nastanak prava da se zahijeva isplata osigurane sume.

Polisa osiguranja života može glasiti na određeno lice ili po naredbi, ali ne može glasiti na donosioca, što je izuzetak od odredbe člana 999. stav 6 ZOO.

Za punovažnost indosamenta polise po naredbi potrebno je da sadrži ime korisnika, datum indosiranja i potpis indosanta.

Posle zaključenja ugovora o osiguranju, osiguravač je dužan da ugovaraču osiguranja da polisu, koja, kao dokunet, sadrži sve podatke o sadržaju ugovora kao i da mu preda uslove osiguranja koji se odnose na osiguranje koje je zaključeno.Ovakva obaveza osiguravača postoji u svim nacionalnim pravima.[30]

---

[28] Vidi član 1a austrijskog zakona u M. Grubmann, Das Versicherungsvertragsgesetz, Beč 2002.

[29] Prema članu 999. ZOO u polisi mora biti navedeno: ugovorne strane,osigurano lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, sume osiguranja ili da li je osiguranje neograničeno, premije ili doprinos, datum izdavanja police i potpis ugovornih strana. Osiguravač je dužan upozoriti ugovarača osiguranja da su opšti i posebni uslovi osiguranja sastavni deo ugovora i predati mu njihov tekst, ako ti uslovi nisu štampani na samoj polisi. Polisa može glasiti na određeno ime, po naredbi ili na donosioca.

[30] Član 6 Zakona Finske, član 10 Zakona Belgije, Član 3 Zakona Nemačke, Član 3 Zakona Austrije.

Prijava okolnosti od značaja za ocenu rizika

Pored precizno određenih obaveza osiguranika, odnosno ugovarača osiguranja predviđenih članom 1004-1020 ZOO, kod ugovora o osiguranju života posebnog je značaja prijava tačnih podataka o godinama života osiguranika. Ovo zbog toga što je starost osiguranika od posebnog značaja za procenu rizika osiguranja, pošto se na ovoj činjenici bazira izrada tarifa osiguranja života.

Stoga, ukoliko je u ugovoru o osiguranju života data netačna prijava godina života, važe sledeća pravila:

-ugovor o osiguranju života je ništav i osiguravač je dužan da u svakom slučaju vrati sve pribavljene premije, ako su prilikom njegovog zaključenja netačno prijavljene godine života osiguranika, a njegove stvarne godine života prelaze granicu do koje osiguravač po svojim uslovima i tarifom vrši osiguranje života,

-ako je netačno prijavljeno da osiguranik ima manje godina, a njegove stvarne godine života ne prelaze granicu do koje osiguravač vrši osiguranje života, ugovor je punovažan, a osigurana suma se smanjuje u srazmeri ugovorene premije i premije predviđene za osiguranje života lica osiguranikovih godina,

-kad osiguranik ima manje godina nego što je prijavljeno prilikom zaključenja ugovora, premija se smanjuje na odgovarajući iznos, a osiguravač je dužan vratiti razliku između primljenih premija i premija na koje ima pravo.[31]

Ugovarač osiguranja je dužan da prijavi sve podatke o zdravstvenom stanju osiguranika, ali i druge podatke koji su od značaja za ocenu rizika kao što su starost, pol, zanimanje i slično. U pravu Belgije ne moraju se prijaviti genetski podaci, dok u nekim drugim pravima ovo prećutkivanje može dovesti do gubitka prava na osiguranu sumu.[32] U nekim zemljama, pak, postoji rješenje da poslijedice povrede obaveze neobaveštavanja osiguravača nastupaju ako ugovarač osiguranja prećuti izvršeni gen test, što je moglo uticati na odluku osiguravača o zaključenju ugovora.[33]

---

[31] Član 1041 ZOO.

[32] Vid član 5 Zakona o ugovoru o osiguranju Belgije. Za englesko pravo vidi kod A. Pak, navedeno delo, strana 8.Tako u Engleskoj osiguravači mogu tražiti gen test za neke teške nasledne bolesti.

[33] T. Teyke, Nach der Gen Revolution, Versicherungs Wirtschaft, broj 8, 2002, strana 554.

Ukoliko osiguranik prećuti izvesnu okolnost značajnu za ocenu rizika, ili je ne prijavi, to obično vodi ka ništavosti ugovora o osiguranju pod uslovom da je postupao zlonamerno.. Ukoliko osiguranik nije imao nameru da prevari osiguravača može doći do promjene iznosa premije. U praksi osiguravač, po saznanju za ove činjenice,(prećutkivanje ili netačnost podataka), on predlaže izmenu ugovora. Ukoliko, međutim osiguravač dokaže da ne bi zaključio ugovor da je znao za ove okolnosti, koje je osiguranik prećutao, a od značaja su za procenu rizika, , on može raskinuti ugovor.Ukoliko ugovarač osiguranja ne prihvati predložene izmene ugovora u određenom roku od prema predloga može raskinuti ugovor. Osiguravač koji nije raskinuo ugovor niti predložio njegove izmene, ne može se u buduće pozivati na netačnost ili prećutkivanje činjenica.[34]

Posledice neplaćanja premije

Ako osiguravač osiguranja života ne plati neku premiju o dospelosti, osiguravač nema pravo da njenu isplatu traži sudskim putem.[35] Ovde se ne radi o naturalnoj obligaciji osiguravača, što bi se moglo zaključiti površnim posmatranjem ovog rješenja, već o nastupanju zakonskih poslijedica. Svako naknadno plaćanje premije nije od uticaja na već nastupelu poslijedicu. Obaveza osiguravača osiguranja života je da pismeno pozove osiguranika, i to preporučenom pošiljkom, da u roku od mesec dana plati premiju. Ukoliko osiguranik ili drugo zainteresovano lice ne plati premiju, pravo osiguravača je da:

-Raskine ugovor o osiguranju života ako premija nije plaćena u prve tri godine ugovora. Raskid ugovora nastupa po sili zakona. Izjava osiguravača o raskidu je samo deklaratorne prirode.

-Obavesti ugovarača osiguranja da smanjuje osiguranu sumu na iznos otkupne vrednosti osiguranja, ukoliko su plaćene bar tri godišnje premije. Po našem mišljenju, kao i u prethodnom slučaju, izjava osiguravača je deklaratorna, pošto smanjenje osigurane sume nastupa automatski na osnovu samog zakona.

Sudska praksa po ovim pitanjima zauzima sledeće stavove:

«Kod ugovora o osiguranju premija osiguranja isplaćuje se u ugovorenim rokovima a ako treba odjednom, plaća se prilikom zaključenja ugovora, a ako premija nije plaćena na ovaj način, tada nije nastala obaveza tuženog kao osiguravača da isplati osiguranu sumu, jer ta naknada dospeva narednog dana od dana uplate premije.» U obrazloženju presude je

[34] Vidi A. Pak, navedeno delo, strana 8.

[35] Član 1042 ZOO.

navedeno: «Presudom privrednog suda, potvrđenom od strane Višeg privrednog suda, odbijen je tužbeni zahijev kojim je tužilac tražio da mu tuženo osiguravajuće društvo isplati određen iznos na ime sume osiguranja. Revizija tužioca nije osnovana. Iz činjeničnog stanja utvrđenog u toku prvostepenog postupka proizilazi da je između stranaka zaključen ugovor o osiguranju, prema kojem je tužilac osigurao kod tuženog robu. Premiju osiguranja prema fakturi tužioca, tuženi nije platio. U polisi osiguranja predviđeno je da se premija plaća odjednom na osnovu fakture. Nakon ovog nastupio je osigurani rizik po kom osnovu tužilac potražuje isplatu osigurane sume. Prema odredbi člana 912. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, kod ugovora o osiguranju, premija osiguranja isplaćuje se u ugovorenim rokovima, a ako treba da se isplati odjednom, plaća se prilikom zaključenja ugovora. Prema odredbi člana 913. Zakona o obligacionim odnosima, ako je ugovoreno da se premija plaća prilikom zaključenja ugovora, obaveza osiguravača da isplati naknadu ili svotu određenu ugovorom počinje narednog dana od dana uplate premije. Prema tome, kako je u ovoj pravnoj stvari predviđeno da se premija osiguranja plaća odjednom i to prilikom zaključenja ugovora, a kako premija osiguranja nije plaćana, to, prema odredbi člana 913. Zakona o obligacionim odnosima, nije nastala obaveza tuženog kao osiguravača da isplati naknadu, odnosno ugovorenu sumu osiguranja, jer ta naknada, odnosno suma osiguranja dospeva narednog dana od dana uplate premije.»[36]

U drugoj odluci se navodi da prestanak plaćanja premije dovodi do raskida ugovora o osiguranju života, jer osiguravač ne može sudskim putem da prinudi osiguranika da ubuduće plaća premiju osiguranja. U obrazloženju presude se ističe:

"Presudom privrednog suda, potvrđenom od strane Višeg privrednog suda, usvojen je tužbeni zahijev i raskinut ugovor o osiguranju zaključen između parničnih stranaka, a odbijen tužbeni zahijev u delu kome je tužilac tražio da mu tuženi vrati robu koju je od njega primio na ime prve premije osiguranja ili mu isplati dinarsku protivvrednost. Revizija tuženog nije osnovana. U posutpku je utvrđeno da tužilac nije uplatio premiju osiguranja života za svoje radnike koja je dospela određenog dana, krivicom tuženog. Tuženi nije prihvatio uplatu premije na način utvrđen ugovorom o osiguranju. Zbog toga je pao u poverilačku docnju, kako su to zaključili privredni sudovi, pa tužilac osnovano traži raskid ugovora o osiguranju. Tuženi u revziji ističe da su sudovi pogrešno utvrdili da naredna premija nije plaćena njegovom krivicom. Takvim navodima tuženi napada utvrđeno činjenično stanje, zbog kog razloga se revizija ne može izjaviti u smislu člana 385. stav 3. Zakona o parničnom postupku. Međutim, nezavisno od

[36] Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev 136/95 od 5.4.1995. godine, neobjavljena

toga, drugostepeni sud je pravilno obrazložio, da do raskida ugovora dolazi prostom izjavom volje ugovornih strana i da nije neophodno da se to posebno traži tužbenim zahijevom. Suština je u tome da usled utvrđenog raskida ugovora o osiguranju nisu nastupile nikakve druge štetne poslijedice za tuženog, izuzev što tužilac nema više obavezu da plaća premiju osiguranja, a samim tim nema više ni obaveze tuženog da plaća naknadu ukoliko nastupi osigurani slučaj. Prema članu 945. Zakona o obligacionim odnosima, osiguravač, kod ugovora o osiguranju života, ne može da traži naplatu sudskim putem. Znači, sam prestanak plaćanja premije dovodi do raskida ugovora, jer osiguravač ne može sudski da prinudi osiguranika da ubuduće plaća premiju osiguranja. U tom smislu krivica za raskid ugovora i nije bitna."[37]

Osiguranje trećeg lica

Osiguranje života se može odnositi na život ugovarača osiguranja, a može se odnositi i na život nekog trećeg. Ako se osiguranje odnosi na slučaj smrti nekog trećeg, za punovažnost ugovora potrebna je njegova pismena saglasnost data u polisi ili u odvojenom pismenu, prilikom potpisivanja polise, sa naznačenjem osigurane sume.[38]

Kada je u pitanju sadržina pristanka trećeg lica, u pravnoj teoriji je prihvaćeno stanovište da se ona ne odnosi samo na zaključenje ugovora, nego i na visinu osigurane sume.[39]

Odredbe člana 1043. ZOO se odnose i na osiguranje od nesrećnog slučaja, što znači da se osiguranje od poslijedica nesrećnog slučaja može ugovoriti u korist nekog trećeg.

Isti razlozi koji nalažu zabranu osiguranja za slučaj smrti nekog trećeg lica bez njegovog pristanka stoje i u slučaju kada se ugovara osiguranje za slučaj smrti maloletnika i lica lišenih poslovne sposobnosti. Ova lica ne mogu dati svoj pristanak, jer nemaju pravno relevantnu volju, pa zakonodavac u odredbi člana 1044. ZOO propisuje da je ništavo osiguranje za slučaj smrti trećeg lica mlađeg od četrnaest godina, kao i lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti, pa je osiguravač dužan vratiti ugovaraču osiguranja sve premije pribavljene po osnovu takvog ugovora. S druge strane, za punovažnost osiguranja za slučaj smrti trećeg lica starosti od

---

[37] Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 330/96 od 18. juna 1996. godine.

[38] Član 1043. ZOO.

[39] Vidi: Slobodan Perović i drugi (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima,* «Savremena administracija» Beograd, 1995. god., knjiga II, komentar uz član 946, strana 1547.

četrnaest do osamnaest godina (do punoletstva), potrebna je pismena saglasnost njegovog zakonskog zastupnika, kao i pismena saglasnost samog osiguranog lica.

Kumuliranje naknade i osigurane sume

Razlika između osiguranja imovine i lica je i u tome što osiguranik u životnom osiguranju može istaći prema osiguravaču zahijev za isplatu osigurane sume, a prema odgovornom licu zahijev za naknadu štete po osnovu građanske odgovornosti. Oba ova zahijeva osiguranik može ostvariti u punom iznosu. Znači, kod životnog osiguranja dozvoljena je kumulacija naknade štete i osigurane sume, a ona je dozvoljena i kod osiguranja od nesretnog slučaja.

Zakon o obligacionim odnosima izričito u odrebi člana 1045 stav 2 predviđa da je pravo na naknadu od trećeg lica odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja pripada osiguraniku, odnosno korisniku, nezavisno od njegovog prava na osiguranu sumu. U stavu 1 člana 1045 ZOO određeno je da u osiguranju lica, osiguravač koji je isplatio osiguranu sumu ne može imati ni po kom osnovu prava na naknadu od trećeg lica odgovornog za nastupanje osiguranog slučaja.

Odstupanje od pravila o dopuštenosti kumuliranja regulisano je odredbom člana 1045. stav 3. ZOO. U slučaju kada je osiguranje od poslijedice nesrećnog slučaja ugovoreno kao osiguranje od odgovornosti, zakon isključuje važenje odredbe člana 1045. stav 1. i 2. ZOO. Razlog je očigledan, jer je u ovom slučaju reč o jednom obliku osiguranja imovine, u kojoj važi načelo zabrane kumuliranja i princip obeštećenja. U našoj sudskoj praksi stalo se na stanovište da se u slučaju kolektivnog osiguranja radnika i obaveznog osiguranja putnika u javnom prevozu radi o osiguranju od odgovornosti, pa se, prema tome zabranjuje kumulacija osigurane sume i naknade štete. Međutim u pravnoj teoriji ovakvo stanovište je podvrgnuto kritici, pa se ističe:

1. zabrana kumuliranja je suprotna pravnoj prirodi osiguranja lica, jer ono nema za svrhu naknadu štete, te se stoga ne treba dovoditi u vezu sa osiguranjem od odgovornosti;

2. radnici koje zadesi nesrećni slučaj u nejednakom su položaju s obzirom na to ko je odgovorno lice - ako je odgovorna organizacija koja je zaključila kolektivno osiguranje oni su u nepovoljnijem položaju nego kada je za štetu odgovorno neko drugo lice;

3. naprotiv, smisao osiguranja je suprotan - on je u obezbeđenju radnika koji na ovaj način treba da dobiju dodatno pokriće, to jest bar onoliku zaštitu koje ima neko drugo lice odgovorno za štetu;

4. odgovornost organizacije se može posebno osigurati, pored osiguranja radnika od nesrećnog slučaja - u tom slučaju osiguravač je po dva odvojena osnova primio premije i ne može ispunjavati obaveze samo po jednom osnovu (uostalom, obim pokrića po osnovu odgovornosti je širi od pokrića po osnovu osiguranja od nesretnog slučaja);

5. treba dozvoliti kumulaciju naknade kada se odgovornost osiguravača zasniva na ugovoru o obaveznom osiguranju od odgovornosti za štetu pričinjenu motornim vozilom i na ugovoru o kolektivnom osiguranju radnika, koje je zaključila organizacija kao sopstvenik vozila, jer je ekonomski interes rukovodio i osiguravača da naplaćuje premije po dva osnova, i ugovarača osiguranja - preduzeće da njegovi vozači i putnici, pored potpunog namirenja po osnovu obaveznog osiguranja, dobiju još i osiguranu sumu po osnovu dobrovoljnog osiguranja[40];

5. polaziti od karaktera, to jest, pripadnosti sredstava iz kojih je plaćena premija nije opravdano, jer su u krajnjoj liniji to uvek sredstva samih osiguranika - kod obaveznog osiguranja putnici je plaćaju kroz prevoznu cenu, a kod kolektivnog osiguranja radnika reč je o ostvarenom dohotku samih tih radnika, to jest o sredstvima koja su oni stvorili i kojima upravljaju.[41]

Rizici isključeni iz osiguranja

Prema Zakonu o obligacionim odnosima kod osiguranja života isključeni su sledeći rizici:

- samoubistvo osiguranika,

- namerno ubistvo osiguranika,

- ratne operacije i

- drugi rizici, ako je to posebno ugovoreno

Samoubistvo osiguranika

Isključenje rizika samoubistva iz osiguranja predviđeno je članom 1046. ZOO, gde je određeno da ugovorom o osiguranju za slučaj smrti nije obuhvaćen rizik samoubistva osiguranika, ako se desilo u prvoj godini osiguranja. U slučaju da se samoubistvo dogodilo u roku od tri godine od dana zaključenja ugovora, osiguravač nije dužan da isplati korisniku osiguranu sumu, nego samo matematičku rezervu iz ugovora. Prema odredbi

---

[40] *Zbirka sudskih odluka*, knjiga XVI, sveska 3, broj 349.

[41] *Komentar ZOO,* navedeno delo, komentar uz član 948, strana 1554.

člana L 132-18 Zakona o osiguranju Francuske, predviđa da je ništavo osiguranje živora za slučaj smrti ukoliko se samoubistvo dogodi u prvoj godini trajanja osiguranja., s tim što je ovaj rizik pokriven tek od druge godine od dana zaključenja ugovora. Zakon o ugovoru o osiguranju Nemačke ne predviđa vreme u kome izvršeno samoubistvo nije pokriveno osiguranjem, ali osiguravajuće organizacije ne priznaju pravo na osiguranu sumu ako je samoubistvo izvršeno u prve tri godine trajanja osiguranja.[42] Razlog za isključenje jeste pretpostavka da se osiguranik lišio života da bi korisniku obezbijedio dobijanje osigurane sume. Protekom vremena pretpostavka o nameri osiguranika da korisniku pribavi korsit je sve manje osnovana, pa je protekom roka od tri godine pokriven i rizik samoubistva.

Namerno ubistvo osiguranika

Osiguravač se oslobađa obaveze da korisniku isplati osiguranu sumu ako je ovaj namerno izazvao smrt osiguranika. Međutim, osiguravač je dužan, ukoliko su do dana ubistva uplaćene bar tri godišnje premije, isplatiti matematičku rezerevu ugovaraču osiguranja, a ako je on osiguranik, njegovim naslednicima.[43]

Znači, uslovi isključenja su sledeći:

-da je korisnik osiguranja izazvao smrt osiguranika,

- da je korisnik to učinio namerno.

Kada je ugovarač osiguranja istovremeno i osigurano lice, onda korisnik koji je prouzrokovao njegovu smrt biva lišen svih prava iz osiguranja u potpunosti.[44]

Slična su zakonska rješenja i u drugim zakonodavstvima. Tako član L 132-24 Francuskog zakona o osiguranju predviđa da ugovor prestaje ako se dokaže da je korisnik osiguranja lišio života osiguranika. Ipak, osiguravač mora platiti prikupljenu matematičku rezervu. Ugovaraču osiguranja ili njegovim naslednicima, osim ukoliko su oni učestvovali ili bili izvršioci ubistva osiguranika. U članu 92 Zakona o ugovoru o osiguranju Španije predviđa se da ukoliko je smrt namerno prouzrokovana od strane korisnika, da će ovaj biti lišen prava na soiguranu sumu.

---

[42] Vidi član 69 Nemačkog zakona o ugovoru o osiguranju. Rešenja koja sadrži član 101 Zakona o ugovoru o osiguranju Venecuele, kao i član 93 Zakona o ugovoru o osiguranju Španije su bitno različita, pošto se isključenje obaveze osiguravača predviđa ukoliko je samoubistvo izvršeno u toku prve godine trajanja osiguranja..

[43] Član 1047. ZOO.

[44] P. Šulejić: Pravo osiguranja, op.cit. strana 463.

Smrt osiguranika usled ratnih operacija

Ako je smrt osiguranika prouzrokovana ratnim operacijama, osiguravač nije dužan korisniku isplatiti osiguranu sumu, ako nije što drugo ugovoreno. Međutim, dužan je isplatiti korisniku matematičku rezervu iz ugovora.

Osiguravač se oslobađa obaveze iz ugovora o osiguranju od nesrećnog slučaja, ako je nesrećan slučaj prouzrokovan ratnim operacijama.[45]

Razlog za isključenje rizika ratnih događaja je u tome što se radi o velikom riziku koji se ne može podvrći zakonima statistike, a pored toga radi se o događajima koji redovno prouzrokuju smrt velikog broja lica.

Ipak, ZOO je ostavio mogućnost i da se ugovorom pokrije i rizik ratnih operacija. Znači, prilikom sklapanja ugovora to se posebno ugovara (tzv. dopunski rizik).

Drugi rizici

Ugovor o osiguranju za slučaj smrti ili od nesrećnog slučaja mogu biti isključeni iz osiguranja i drugi rizici.[46]

Opšti uslovi za osiguranje života koje primenjuju naši osiguravači, pored slučajeva predviđenih zakonom, predviđaju i isključenje rizika i u slučaju kada je osiguranikova smrt nastupila izvršenjem smrtne kazne ili ako osiguranik pogine u pokušaju ili pripremi pokušaja ili izvršenju umišljajnog krivičnog dela. Takođe, isključeni su i neki rizici prirodnih katastrofa, recimo ako je nesretan slučaj nastao usled zemljotresa. Isto tako, obično su isključeni rizici upravljanja vazduhoplovnim aparatima svih vrsta, plovnim objektima, motornim i drugim vozilima bez propisane službene isprave.

O riziku u osiguranju života uopšte

Osnovni rizik koji se pokriva životnim osiguranjem je smrt osiguranika. Za životna osiguranja karakteristično je da je premija fiksna kroz celo trajanje osiguranja, s tim što rizik sa starošću osiguranika raste. Kamatna stopa se određuje na početku trajanja osiguranja i ona je konstantna i fiksna. Sve ovo ukazuje da se osiguravač u toku trajanja osiguranja susreće sa raznim rizicima. Stoga osiguravači života formiraju matematičku rezervu osiguranja života, koja osiguravaču služi kao zaštita od rizika, pored osnovne funkcije da po isteku osiguranja mora dati osiguranu sumu za doživljenje.

---

[45] Član 1049 ZOO.

[46] Član 1050. ZOO.

Rizici sa kojim se susreću osiguravači života u pravnoj literaturi se sistematizuju na sledeći način:

- rizik imovine,
- rizik određivanja premije,
- rizik usklađivanja imovine i obaveza i
- nepredvidivi rizik.[47]

Rizik imovine se ogleda u tome što u toku trajanja osiguranja plasmanima osiguravača može pasti vrednost, iz raznih razloga. To su prije svega nepredviđeni porast kamatnih stopa, rizično formiranje kreditnog portfelja ili portfelja vredonosnih papira.

Rizik određivanja premije sastoji se u mogućnosti da jedan od elemenata za određivanje premije (smrtnost, kamatna stopa i troškovi), bude loše određen, tako da se može dogoditi da je kamatna stopa previsoka, ili da smrtnost premaši očekivanja, ili pak da su troškovi osiguravača podcenjeni, tako da prevazilaze planirane.

Rizik usklađivanja imovine i obaveza odnosi se prvenstveno na njihovu ročnost. Pošto je u osiguranju života matematička rezerva dugoročna i predstavlja obavezu osiguravača, tako su i plasmani koji rezultiraju iz premijskog prihoda izrazito dugoročni. Ako se desi neka nepredvidiva okolnost i osiguravač mora isplaćivati osigurane sume, morat će svoje plasmane prodavati ispod njihove stvarne vrednosti, pa će se za njega desiti gubitak na strani imovine, ali i na strani obaveza. Stoga se javlja tendencija da se dugoročni plasmani sve više zamenjuju plasmanima na kraći i kratki rok, visoko rizični vredonosni papiri s visokim prihodom se zamenjuju sa niskorizičnim vredonosnim papirima sa nižim prihodom, umjesto fiksne kamatne stope uvodi se varijabilna kamatna stopa sa varijabilnom premijom.[48]

Nepredvidivi rizik se veže za neke događaje koji se mogu desiti u budućnosti, kao što su moguće promjene poreskih zakona.

Zbog svih ovih rizika, osiguravač mora imati određeni višak rezervi u vidu adekvatnog kapitala, kako bi aktivno mogao kontrolisati rizik i njime upravljati.

---

[47] S. Andrijašević, *op. cit.,* strana 39.

[48] S. Andrijašević, *op. cit.*, strana 40.

Otkup osiguranja

Ako je ugovarač osiguranja zaključenog za ceo život uplatio premiju za bar tri godišnje premije, na njegov zahijev, osiguravač mu mora isplatiti otkupnu vrednost polise.[49] U polisi moraju biti navedeni uslovi pod kojima ugovarač može zahijevati isplatu njene otkupne vrednosti, kao i način na koji se ta vrednost izračunava, u skladu sa uslovima osiguranja.

Pravo otkupa ne mogu zahijevati poverioci ugovarača osiguranja, kao ni korisnik osiguranja. Ipak, otkupna vrednost će biti isplaćena korisniku na njegov zahijev, ako je određivanje korisnika neopozivo.

Izuzetno, otkup polise može zahijevati poverilac kome je polisa predata u zalogu, ako potraživanje radi čijeg je osiguranja data zaloga ne bude namireno o dospelosti.[50]

U sudskoj praksi je zauzet stav da otkupna vrednost osiguranja predstavlja minimum ispod kojeg se ne može smanjiti osigurana svota u slučaju neplaćanja premije (nakon plaćnja bar tri godišnje premije) kod redukcije osigurane svote u smislu člana 1042. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima. Ugovorač osiguranja ima pravo na otkup osiguranja samo u slučaju doživotnog osiguranja a ne i kod ugovora o osiguranju života zaključenih na određeno vreme. U obrazloženju presude je navedeno: «Presudom privrednog suda, koju je potvrdio Viši privredni sud, obavezan je tuženi (strana osiguravajuća organizacija) da na ime otkupne vrednosti polise životnog osiguranja za 96 radnika isplati dinarsku protivvrednost određenog deviznog iznosa. Revizija tuženog nije osnovana. Revizijski sud prihvata pravno stanovište privrednih sudova da tužilac kao bivši osiguranik druge osiguravajuće kuće nakon prelaska kod tuženog osiguravača prema utvrđenim uslovima osiguranja stiče zakonsko pravo na otkup u smislu člana 945. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima (našta ukazuje i odredba stava I tačka 5. Odluke upravnog odbora tuženog). Na osnovu izloženog pravilno su privredni sudovi primenili materijalno pravo kada su usvojili tužbeni zahijev za isplatu otkupne vrednosti polise. Vrhovni sud nalazi da se u reviziji neosnovano poziva na to da je sporni odnos između stranaka raspravljen uz pogrešnu primenu materijalnog prava. Otkupna vrednost osiguranja i inače predstavlja minimum ispod kojeg se ne može smanjiti osigurana svota u slučaju neplaćanja premije (nakon plaćanja bar tri godišnje premije) kod redukcije osigurane svote u smislu člana 945. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima. U tom smislu, pravo na otkup tako i ne postoji kod ugovora o osiguranju života zaključenih na određeno vreme, odnosno

[49] Član 1051. ZOO.

[50] Član 1051. ZOO.

zaključenih za slučaj doživljenja. Ugovarač osiguranja ima pravo na otkup osiguranja samo u slučaju doživotnog osiguranja, zato što se uplatama premija po osnovu osiguranja života za ceo život osiguranika formira matematička rezerva i akumuliraju sredstva iz kojih se može isplatiti otkupna vrednost polise onim ugovaračima osiguranja koji to zatraže, pa je tako otkup jedan od posebnih načina prestanka ovih ugovora o osiguranju života, jer je osiguravač dužan da prihvati zahijev za otkup. Odredbama stava I tačke 5. Odluke tuženog bilo je predviđeno da svi ugovarači osiguranja koji nastavljaju sa osiguranjem kod tuženog stiču prava koja im pripadaju iz ugovora o osiguranju (dakle i pravo na otkup), po proteku određenog vremena za sticanje tih prava predviđenih opštim uslovima osiguranja tuženog, od momenta prve izvršene uplate kod tuženog. I po nalaženju Vrhovnog suda otuda se ne mogu prihvatiti revizijski navodi da se pravo na otkup stiče nakon tri godine poslije tri sukcesivne uplate premija istom osiguravajućem društvu, jer se ima uzeti da se pravo na otkup stiče nakon plaćanja bar tri godišnje premije u smislu člana 954. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, tako da se u uslovima preuzimanja osiguranika drugih osiguravajućih društava tuženi osiguravač ne može pozivati na potrebu postojanja uplata tri uzastopne premije kod istog osiguravača. Kako se ne radi o novom ugovoru o osiguranju života, već o preuzimanju osiguranika drugih osiguravajućih kuća mora se imati u vidu i prava od premija uplaćena bivšoj osiguravajućoj kući"[51].

Predujam

Na zahijev ugovarača osiguranja života zaključenog za ceo život osiguranika, osiguravač može isplatiti unapred deo osigurane sume do visine otkupne vrednosti polise, koju ugovarač osiguranja može vratiti docnije.

Na primljeni predujam ugovarač osiguranja dužan je plaćati određenu kamatu.

Ako ugovarač osiguranja zadocni sa plaćanjem dospele kamate, postupiće se kao da je podneo zahijev za otkup.

U polisi osiguranja moraju biti navedeni uslovi davanja predujma, mogućnost da se iznos primljen na ime predujma vrati osiguravaču, visina kamatne stope, poslijedice neplaćanja dospele kamate, kako je određeno uslovima osiguranja.[52]

---

[51] Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 742/97 od 17. decembra 1997. godine.

[52] Član 1052. ZOO.

Zalaganje polise

Polisa osiguranja života može biti data u zalogu. Zalaganje polise ima dejstvo prema osiguravaču samo ako je pismeno obavešten da je polisa založena određenom poveriocu. Kad polisa glasi po naredbi, zalaganje se vrši indosamentom.[53] Ukoliko polisa ne glasi po naredbi, moguće je napraviti ugovor o zalozi između poverioca i dužnika o čemu se mora obavestiti osiguravač. Polisa osiguranja se može založiti i cesijom, tako da prava i obaveze iz ugovora prelaze na poverioca i on postaje dužnik prema osiguravaču i ima obavezu plaćanja premije. U slučaju da se dug vrati prije isteka ugovora o osiguranju, poverilac je dužan dužniku vratiti polisu, a ovaj je dužan poveriocu vratiti premije koje je uplatio.[54]

Zastarelost potraživanja

Zakon o obligacionim odnosima dao je sva posebna pravila o zastarelosti kod ugovora o osiguranju u članu 390 ZOO. Podrazumeva se da za zastarelost kod ovih ugovora važe opšta pravila o zastarelosti, tako da se odredbe člana 390. ZOO pojavljuju kao posebna pravila koja derogiraju opšta prema pravilu *lex specialis derogat legi generali*.

Potraživanja ugovarača osiguranja, odnosno trećeg lica iz ugovora o osiguranju života zastarevaju za pet, a iz ostalih ugovora o osiguranju za tri godine, računajući od prvog dana poslije proteka roka kalendarske godine u kojoj je potraživanje nastalo.[55]

Objektivni rok zastarelosti potraživanja ugovarača osiguranja odnosno trećeg lica kod osiguranja života iznosi deset godina računajući od prvog dana poslije proteka kalendarske godine u kojoj je potraživanje nastalo. Do primjene ovog roka dolazi ako zainteresovano lice dokaže da do dana iz člana 390. stav 1. ZOO nije znalo da se dogodio osigurani slučaj. Tada zastarelost počinje teći tek od dana saznanja navedenih lica za osigurani slučaj, ali rok zastarelosti u svakom slučaju ističe kada protekne deset godina računajući od prvog dana poslije proteka kalendarske godine u kojoj je potraživanje nastalo.

Dakle, potraživanja iz osnova osiguranja života zastarevaju znatno duže od ostalih potraživanja iz ugovora o osiguranju. Razlog tome je što kod osiguranja života korisnik osiguranja, tj. lice koje se pojavljuje kao naslednik

---

[53] Član 1053. ZOO.

[54] Vidi Y. Lambert-Faivre, op. cit., strana 395.

[55] Član 390. stav 1 ZOO.

u slučaju smrti osiguranika, često i ne zna da poseduje to svojstvo ili znatno kasnije sazna za njega, dok kod ostalih osiguranja korisnik po pravilu saznaje za štetu već u momentu njegovog nastupanja.[56]

ZAKLJUČAK

Osiguranje života predstavlja oblik zaštite osiguranika ili njemu bliskog lica za slučaj nesreće koja ga može zadesiti. Na ovaj način čovek se na vreme obezbeđuje od rizika smrti, odnosno gubitka ili smanjenja sprosobnosti privređivanja. Životno osiguranje otklanja štetne poslijedice oba rizika. Iako dugo zabranjivano, zbog objašnjenja da je nemoralno izvlačiti korist od smrti ili nezgode, danas je ugovor o životnom osiguranju opšte prihvaćen u svim pravnim sistemima.

Ugovor o osiguranju života regulisan je odredbama Zakona o osligacionim odnosima Crne Gore. U radu se analiziraju osnovni elementi ovog ugovora.

[56] P. Šulejić, *op. cit.,* strana 282.

Prof.dr Zdravko Petrović
Doc.dr Milan Počuča
Doc.dr Rajko Tepavac

LIFE INSURANCE CONTRACT IN MONTENEGRIAN LAW

Life insurance is a form of protection to the insured or the person close to him for accidents that may befall him. In this way one time to ensure the risk of death or loss or reduction capability of doing business. Life insurance eliminates the risk of both adverse consequences. Although long forbidden, because the argument that it is immoral to draw benefit from the death or injury, today's contract of life insurance is generally accepted in all jurisdictions.Life insurance serves the expansion of social insurance. In developed countries through the private life and pension insurance shall be correction system of pension insurance based on the principle of intergenerational solidarity, as pension funds all the harder to bear the burden of a large number of retirees. This paper analyzes the contract of life insurance in the law of Montenegro.

***Keywords**: life insurance , contract, pension funds*

Dr Katarina Jovičić
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK: 341:347.7
Originalni naučni rad

ZAHTEV ZA IZVRŠENJE UGOVORA U NAKNADNOM ROKU KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

U ovom radu se analiziraju bitna pitanja koja se postavljaju u vezi sa zahtevom za izvršenje ugovora u naknadnom roku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Cilj koji se postiže upotrebom ovog zahteva jeste da se ugovorne obaveze ispune upravo onako kako glase i time se podržava načelo ugovornog prava pacta sunt servanda. Pravni sistemi koji zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku uređuju kao posebno pravno sredstvo poverioca za njega vezuju određene pravne posledice, od kojih je najvažnija ta što poverilac, kome dužnik ne pruži ispunjenje ni u naknadnom roku, njegovim protekom stiče pravo da ugovor raskine u situacijama kada on to ne bi mogao zato što povreda ugovora nije tako ozbiljna i teška da bi se zbog nje dopustio raskid ugovora. Drugim rečima, zahtev za izvršenje ugovora u naknadom roku predstavlja stepenicu na putu realizacije prava da se ugovor raskine, što omogućava da se komplikovani međunarodni trgovinski sporovi reše na jedan fleksibilan i jednostavan način, uz izbegavanje vođenja skupih, dugotrajnih i često neizvesnih postupaka pred sudovima i arbitražama. Ove koristi prepoznala su brojna prava, kao i najznačajniji međunarodni izvori prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe i u radu se predstavljaju rešenja koja o tom pravnom sredstvu poverioca predviđaju Bečka konvencija, UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj trgovini, Načela evropskog ugovornog prava i Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije.

Ključne reči: *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Neizvršenje ugovora. Pravno sredstvo. Bečka konvencija. UNIDROIT Načela. Načela evropskog ugovornog prava. Zakon o obligacionim odnosima RS.*

UVOD

Kada jedna strana ugovornica kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe ne izvrši svoju ugovornu obavezu, u celini ili delimično, tada druga strana protiv nje može upotrebiti pravna sredstva kako bi se ponovo uspostavila ravnoteža međusobnih ugovornih davanja koja je, usled toga,

narušena.[1] Pravna sredstva daju određena prava strani vernoj ugovoru u toj situaciji, na primer, da od druge strane zahteva da izvrši svoju ugovornu obavezu ili da učini nešto u zamenu za ono što duguje po ugovoru, pa čak i da okonča ugovor. Ova prava se u uporednom pravu uobičajeno realizuju putem zahteva za izvršenje ugovora, zahteva za naknadu štete, zahteva za sniženje cene i zahteva za raskid ugovora.

Zahtevom za izvršenje ugovora poverilac od dužnika traži da ispuni svoju ugovornu obavezu onako kako ona glasi. Iako je ovo pravno sredstvo poznato u gotovo svim pravima[2], uslovi njegove primene nisu svuda isti i u tom smislu se može povući jasna razlika između kontinentalnih prava, s jedne strane, i prava *common law*, s druge: u prvima je ovo pravno sredstvo osnovno pravo poverioca kad dužnik ne ispuni ugovor, dok se ono u pravima *common law* dopušta samo izuzetno i to kada sud oceni da zahtev za naknadu štete, koji je u tim pravima primarno pravno sredstvo poverioca, ne bi bio adekvatan da zadovolji njegove interese u konkretnom slučaju; u kontinentalnim pravima zahtev za izvršenje ugovora mogu upotrebiti kako kupac, tako i prodavac u slučaju da druga strana prekrši bilo koju svoju ugovornu obavezu, dok je ono u pravima *common law* dostupno samo kupcu[3] i to, po pravilu, samo kada prodavac prekrši obavezu isporuke a ugovor se odnosi na individualnu, jedinstvenu stvar.[4]

---

[1] U rešavanju spornih situacija do kojih dolazi usled neizvršenja ugovora treba poći od opšteg pravila ugovornog prava da se svaka strana u dvostrano-obavezujućem ugovoru, kakav je ugovor o međunarodnoj prodaji robe, obavezuje i prihvata da ispuni svoju ugovornu obavezu pod uslovom da se i druga strana obaveže da će ispuniti svoju. Ugovorne obaveze su, po pravilu, tako opredeljene da su jednake pa ako jedna ugovornica ne ispuni svoj deo pogodbe, u celini ili delimično, onda se, po pravilu, narušava ravnoteža međusobnih ugovornih davanja i strana verna ugovoru može, pod predviđenim uslovima, steći pravo da protiv nje upotrebi određena pravna sredstva kako bi se ta ravnoteža ponovo uspostavila.

[2] U uporednom pravu se ovo pravno sredstvo označava različitim terminima, na primer: *specific performance*; *enforced performance*; *exécution en nature*; *Naturalherstellung*; itd, ali svi oni imaju gotovo identično značenje i u pitanju je ispunjenje ugovora u naturi.

[3] U pravima *common law* se i prodavčev zahtev za plaćanje kupovne cene realizuje bez problema, ali se taj zahtev ne smatra zahtevom za izvršenje ugovora u naturi, već je u pitanju posebno pravno sredstvo prodavca koje je poznato kao zahtev za isplatu cene. O ovome opširnije: Corbin, A., *Contracts*, St. Paul, Minn, 1963, §1145 i §995, navedeno prema Treitel, G., *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account,* Clarendon Press, Oxford University Press, Oxford, 1988, str. 45; Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A., *The German Law of Contract*, *A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, str. 393.

[4] Pravo da se zahteva izvršenje ugovora ne može se uvek upotrebiti, čak i kada je dopušteno, a razlozi zbog kojih se ono ograničava mogu biti različiti. Tako, na primer, kupac ne može zahtevati od prodavca da isporuči novu stvar ako je stvar koja je predmet ugovora propala, a nije u pitanju zamenljiva stvar. Sem toga, u nekim pravima, pre svih u pravima *common law* ali i u francuskom pravu, se smatra da upotreba državne prinude i prisiljavanje dužnika da postupi po ugovoru predstavlja preterano uplitanje države u lične slobode strana ugovornica,

Neka prava, međutim, pored zahteva za izvršenja ugovora posebno regulišu i poveriočev zahtev dužniku da u ispuni ugovor u naknadnom roku[5]. Ovde se može postaviti pitanje sa kakvom svrhom se zakonom uređuje taj poveriočev zahtev, s obzirom da ni u jednom pravu nije sporno da on ima pravo da od dužnika traži da ispuni ugovor u dodatnom roku, čak i kada to ne bi bilo izričito predviđeno odgovarajućim propisom. Razlog zbog koga se to čini, dakle, nije da bi se poveriocu priznalo to pravo, već da bi se za taj njegov zahtev vezale određene pravne posledice. Među njima je, bez sumnje, najznačajnija ta što ako dužnik ne ispuni ugovor ni u naknadnom roku, onda poverilac stiče pravo da ga raskine u situaciji kada povreda ugovora nije tako ozbiljna i teška da bi, sama po sebi, opravdala raskid. Tako, na primer, ako prodavac ne isporuči robu u roku ili kupac kasni sa plaćanjem, a rok nije fiksno određen, onda poverilac može raskinuti ugovor ako ga dužnik ne izvrši ni u naknadnom roku.

Ostavljanje naknadnog roka za ispunjenje ugovora je pravno sredstvo koje se najčešće vezuje za nemačko pravo i ustanovu poznatu pod nazivom *Nachfrist*. Osnovno pravilo koje se ovde primenjuje je sledeće: sve dok je izvršenje ugovora moguće poverilac je dužan da pozove dužnika da izvrši svoju obavezu u naknadnom roku, pa ako on ni tada ne učini što je predviđeno onda poverilac nije dužan da po isteku tog roka primi izvršenje. Istovremeno, on se oslobađa i od obaveze da izvrši svoj deo ugovora i, pored toga, stiče pravo da zahteva da mu se vrati sve što je na ime izvršenja svoje ugovorne obaveze već pružio. Kada bezuspešno protekne naknadni rok za izvršenje ugovora, tada se u nekim pravima ugovor smatra raskinutim *ex lege*, pod uslovom da oštećena strana odmah ne izjavi da i dalje zahteva

koje treba samostalno da reše problem nastao usled neizvršenja ugovora, zbog čega se ovo pravo sredstvo izuzetno odobrava. O uporednopravnom pregledu ograničenja u upotrebi zahteva za izvršenje ugovora videti više: Jovičić, K., *Zahtev za izvršenje ugovora prema Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, u, Pravni život br. 11/2011, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, str. 390-392.

[5] Naknadni rok koji poverilac ostavlja dužniku da ispuni ugovor ne može biti proizvoljan i u uporednom pravu se njegovo trajanje, po pravilu, određuje izrazima: "primeren" i "razuman", što znači da taj rok treba da bude uobičajen s obzirom na prirodu preuzete obaveze kao i okolnosti konkretnog slučaja.

njegovo izvršenje[6], a u nekima oštećena strana i tada može da bira da li će ugovor raskinuti, ili će tražiti naknadu štete zbog njegovog neizvršenja[7].

Zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku, međutim, nije odgovarajući za sve slučajeve neizvršenja ugovora zbog čega se u uporednom pravu predviđaju ograničenja za njegovu upotrebu. Tako, na primer, ako je ugovor postalo nemoguće ispuniti, onda se pitanje naknadnog roka za izvršenje ne postavlja. Slično je i kada je rok izvršenja fiksno određen pa dužnik zapadne u docnju, jer se pretpostavlja da je poverilac izbugio interes za izvršenje ugovora po njegovom isteku. I slučaj kada je dužnik unapred izjavio da ugovor neće ispuniti oslobađa poverioca od obaveze da mu ostavi naknadni rok za izvršenje obaveze.

Osim u nemačkom pravu, zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku je poznat i u drugim kontinentalnim pravima, uključujući i naše[8], dok on nije poznat u pravima *common law*[9]. Ovo pravno sredstvo predviđaju i najznačajniji međunarodni izvori prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe: Bečka konvencija[10], UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj

---

[6] U švajcarskom pravu članom 190. Obligacionog zakonika predviđeno je posebno pravilo za trgovačke ugovore o prodaji robe po kome kupac, u slučaju da prodavac kasni sa isporukom, mora odmah po isteku roka isporuke da obavesti prodavca ako i dalje želi da primi isporuku, jer se u suprotnom slučaju ugovor smatra raskinutim po samom pravu. I naše pravo sadrži slično pravilo (član 125. stav 2. ZOO), kao i nemački Trgovinski zakonik (§376 HGB), premda renovirani BGB (od 2002. godine) više ne predviđa da se ugovor raskida *ex lege*, već je raskid dopušten samo na osnovu izjave poverioca (§§ 323. i 349. BGB).

[7] To je, na primer, slučaj u švajcarskom pravu u kome opšte pravilo za dvostrane ugovore predviđa da poverilac može, za slučaj da ugovor nije izvršen ni u naknadnom roku, i dalje zahtevati njegovo izvršenje, kao i naknadu štete zbog docnje. Alternativno, on može tražiti naknadu štete umesto neispunjenja ili zahtevati raskid ugovora, ali ova prava može ostvariti samo ako odmah po proteku naknadnog roka dužniku uputi odgovarajuću izjavu kojom će ga o tim zahtevima obavestiti (stav 2. člana 107. Obligacionog zakonika). I u renoviranom BGB-u je slično pravilo, po kome poverilac po proteku naknadnog roka može izjaviti da ugovor raskida (§323 BGB) ili zahtevati naknadu štete zbog neispunjenja (§281 BGB).

[8] Član 126. stav 2. ZOO, koji se primenjuje na ugovore kod kojih ispunjenje o roku nije bitni sastojak ugovora, predviđa da poverilac, kada želi da raskine ugovor, mora ostaviti dužniku primeren rok za ispunjenje. Stavom 3. istog člana je propisano da, ako dužnik ne ispuni obavezu u naknadnom roku, nastupaju iste posledice kao i u slučaju kad je rok bitni sastojak ugovora, dakle, ugovor se raskida po samom zakonu.

[9] U engleskom pravu nema odredbe koja neposredno uređuje pitanje ostavljanja naknadnog roka za izvršenje ugovora strani koja je u docnji, već se u svakom konkretnom slučaju procenjuje da li kašnjenje dužnika predstavlja povredu *condition* ili *warranty*, te se s obzirom na to određuje da li je moguće koristiti pravo na raskid ugovora ili samo pravo na naknadu štete. Ipak, strana koja je povredila ugovor može ponuditi drugoj strani da ga izvrši u naknadnom roku i ako se o tome postigne saglasnost, onda nema smetnji da se tako i postupi.

[10] Članovi 47. i 49. stav 1. tačka b), kao i članovi 63. i 64. stav 1. tačka b).

trgovini (u daljem tekstu: UNIDROIT Načela)[11] i Načela evropskog ugovornog prava[12]. U nastavku rada izložiće se rešenja koja o ovom pravnom sredstvu predviđaju navedeni međunarodni izvori prava, kao i naš Zakon o obligacionim odnosima.

1. Pravila Bečke konvencije o zahtevu za izvršenje ugovora u naknadnom roku

U sistematici Bečke konvencije pitanje pravnih sredstava reguliše se polazeći od toga da li ih koristi kupac ili prodavac.[13] Potvrđujući opšte načelo ugovornog prava *pacta sunt servanda* Konvencija predviđa da poverilac, koji nije primio ispunjenje po ugovoru, može od dužnika zahtevati njegovo puno izvršenje bez obzira na oblik neizvršenja ugovora u konkretnom slučaju[14]. Pored toga, posebno se uređuje i pravo prodavca, odnosno kupca da zahteva izvršenje ugovora u dodatnom roku[15], koje je u celosti prilagođeno konceptu bitne povrede ugovora jer poverilac, njegovom upotrebom, stiče pravo da ugovor raskine i kada povreda ugovora koju je učinio dužnik ne ispunjava zahteve bitne povrede ugovora u smislu člana 25.

---

[11] *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, usvojena su 1994. godine pod okriljem UNIDROIT-a, a revidirana su 2004. godine.

[12] *Principles of European Contract Law*, rezultat su projekta na kome je, preko dve decenije, radila Komisija za evropsko ugovorno pravo, kroz tri etape: I deo je okončan 1995. godine, II deo 1997. godine i III deo, 2003. godine.

[13] Sredstva kojima raspolaže kupac u slučaju povrede ugovora od strane prodavca regulišu članovi 45. do 52. (Odsek III u okviru Glave II posvećene prodavčevim obavezama), dok pravna sredstva prodavca u slučaju da kupac povredi ugovor uređuju članovi 61. do 65. Konvencije (Odsek III u okviru Glave III posvećene kupčevim obavezama).

[14] Konvencija posebno uređuje pravna sredstva kupca i pravna sredstva prodavca pa navedeno pravilo nije sadržano u okviru jedne odredbe kao opšte pravo poverioca, već se članom 46. uređuje kupčev zahtev za izvršenje ugovora, dok je članom 62. regulisan prodavčev paralelelni zahtev. Budući da oba člana izričito predviđaju da se pravo na ovo pravno sredstvo stiče nezavisno od oblika neizvršenja ugovora, na osnovu toga se izvlači opšte pravilo po kome poverilac ima pravo da od dužnika zahteva izvršenje ugovorne obaveze onako kako je prvobitno dogovoreno.

[15] Kupčev zahtev za izvršenje ugovora u dodatnom roku uređuje član 47, a paralelni zahtev prodavca reguliše član 63. Konvencije.

Konvencije[16], odnosno kada ona nije tako ozbiljna i teška da bi, sama po sebi, opravdala raskid[17].

Iako Konvencija ne predviđa izričito ograničenja za upotrebu zahteva za izvršenje ugovora u naknadnom roku, nije sporno da ona postoje jer ih predviđa kada je o zahtevu za izvršenje ugovora reč, što se primenjuje i u ovom slučaju jer "pravo na dopunsko ispunjenje je nastavak, u modifikovanoj formi, prava na ispunjenje u naturi"[18]. Tako, prvi uslov koji mora biti ispunjen jeste da se poverilac ne koristi nekim sredstvom koje bi bilo suprotno takvom zahtevu.[19] Sem toga, ako je izvršenje ugovora postalo nemoguće, onda poverilac gubi pravo da to zahteva od dužnika, nezavisno od činjenice da li je on za tu nemogućnost kriv ili ne[20]. I na kraju, budući da

[16] Član 25. Konvencije glasi: «Povreda ugovora koju učini jedna strana smatraće se bitnom ako se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima». O bitnoj povredi ugovora videti opširnije: Perović, J., *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd, 2004, str. 122-166.

[17] Članom 49. stav 1. tačka a) je predviđeno da kupac može izjaviti da raskida ugovor ako neizvršenje bilo koje obaveze od strane prodavca predstavlja bitnu povredu ugovora a paralelno pravo prodavca predviđeno je članom 64. stav 1. tačka a).

[18] Zimmermann, R., *Liability for Non-Conformity*, University College, Dublin, Faculty of Law, 2004, str. 39, navedeno prema Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Savremena administracija, Beograd, 2005, str. 353.

[19] Ovo pravilo je sadržano u stavu 1. člana 46. Konvencije kada je o pravu kupca da zahteva izvršenje ugovora reč, odnosno, u članu 62. kada je reč o tom pravu prodavca.

[20] Međutim, stav 5. člana 79. izgleda da sadrži suprotno pravilo budući da predviđa da oslobađanje dužnika od odgovornosti "...neće sprečiti bilo koju stranu da se koristi bilo kojim drugim pravom, izuzev da zahteva naknadu štete prema ovoj konvenciji." Poverilac, dakle, zadržava pravo da zahteva izvršenje ugovora čak i kada ugovor nije izvršen zbog okolnosti koje su bile van kontrole dužnika, niti ih je on mogao uzeti u obzir u vreme zaključenja ugovora, niti izbeći ili savladati. Tokom izrade Konvencije delegacija Nemačke je predložila da se citirana odredba koriguje tako što bi se predvidelo da poverilac u ovom slučaju, pored zahteva za naknadu štete, gubi i pravo da zahteva izvršenje ugovora u naturi, ali je taj predlog odbijen sa obrazloženjem da bi to moglo dovesti u pitanje neka prava poverioca, koja sigurno ne bi trebalo osporavati. Tako, kupac svakako treba da zadrži pravo da zahteva izvršenje ugovora od prodavca koji kasni sa isporukom, čak i kada su do toga dovele teškoće koje su obuhvaćene članom 79, kao što treba da zadrži to pravo i kada prodavac, iz istih razloga, isporuči robu nesaobraznu ugovoru. Da je ovo gledište ispravno potvrđuje i činjenica da ni prodavac nije oslobođen od obaveze da izvrši popravku stvari u slučaju isporuke nesaobrazne robe, bez obzira na razlog koji je do te nesaobraznosti doveo (stav 3. člana 46.), odnosno, kada se ugovor odnosi na generičnu robu, od obaveze da izvrši isporuku druge robe kao zamenu (član 46. stav 2.). Prilikom razmatranja nemačkog predloga takođe je istaknuto da, kada je određenu činidbu zaista nemoguće izvršiti, tada je očigledno da poverilac ne može zahtevati njeno izvršenje te da u praksi ne bi trebalo očekivati da sud ima problem da eventualni zahtev poverioca u tom slučaju odbije. O ovom pitanju videti detaljnije kod Gruber, G., Stoll, H., Art. 79, u, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, I., ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, str. 1083-1085.

je pravo da se zahteva izvršenje ugovora nedeljivo, poverilac ne može takav zahtev uputiti dužniku ako je neizvršenje ugovora prouzrokovano njegovom radnjom ili propustom[21].

1.1. Kupčev zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku

Kupčev zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku podleže opštim ograničenjima predviđenim za upotrebu zahteva za izvršenje ugovora a to, pre svega, znači da se on ne može njime koristiti ako je već izjavio neko pravno sredstvo koje bi mu bilo suprotno[22], ako ugovor više nije moguće izvršiti i kada je kupac svojom radnjom ili propustom uzrokovao neizvršenje ugovora.

Stavom 1. člana 47. predviđeno je da "kupac može odrediti prodavcu dodatni rok razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza" pa ako prodavac to ne učini onda će nastupiti određene pravne posledice. Najvažnija takva posledica predviđena je članom 49. stav 1. tačka b) Konvencije, po kome kupac može izjaviti da raskida ugovor "u slučaju neisporuke, ako prodavac nije isporučio robu u dodatnom roku koji mu je kupac odredio na osnovu stava 1. člana 47. ili je izjavio da neće isporučiti u tako određenom roku". To znači da ako prodavac kasni sa isporukom[23] pa kupac odredi dodatni rok

---

[21] Članom 80. Konvencije predviđeno je da se jedna strana ne može pozivati na neizvršenje druge strane ako je to neizvršenje prouzrokovano njenom radnjom ili propustom.

[22] U pitanju je pravilo stava 1. člana 46. Konvencije, koje se odnosi na zahtev za izvršenje ugovora, ali se primenjuje i u ovom slučaju. To, praktično, znači da ako je kupac izjavio da raskida ugovor ili zahtevao sniženje cene ili je zatražio naknadu štete zbog neizvršenja, onda on ne može istovremeno niti naknadno zahtevati i da se ugovor izvrši. O ovim ograničenjima kod zahteva za izvršenje ugovora videti više: Jovičić, K., *Zahtev za izvršenje ugovora prema Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit, str. 397.

[23] Prodavac kasni sa isporukom kada ne isporuči robu u vreme predviđeno ugovorom, odnosno u vreme predviđeno dispozitivnim odredbama člana 33. Konvencije, ako to pitanje ugovorom nije rešeno na drugačiji način. Kupac može zahtevati od prodavca da ispuni ugovor u naknadnom roku i računati da će to da proizvede predviđene pravne posledice samo kad prodavac padne u docnju, ne i pre tog trenutka premda, ako to učini pre prodavčevog zapadanja u docnju, onda ne bi trebalo da bude smetnji da se i takav rok smatra validnim, s tim što bi onda trebalo uzeti da on počinje da teče ne od momenta kada kupčevo obaveštenje pristigne prodavcu, već od momenta njegovog padanja u docnju, ako uopšte do toga dođe. Ovaj zaključak proizlazi kako na osnovu jezičkog tumačenja izraza «dodatni, naknadni rok», tako i na osnovu člana 45. stav 1. tačka a) Konvencije po kome kupac može koristiti prava predviđena u čl. 46. do 52. samo ako prodavac ne izvrši bilo koju svoju obavezu koju ima na osnovu ugovora ili Konvencije. U literaturi ovo shvatanje zastupa veći broj autora, na primer, Müller-Chen, Art. 47, u, u, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, I., ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit, str. 729; Knapp, V., Art. 63, u, Bianca, C. M., Bonell, J., (eds) *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, *The 1980 Vienna Convention*, Guiffre, Milan, 1987, str. 459. Suprotno mišljenje, međutim, zastupaju Enderlein i Maskow, po kojima kupac može i pre nego prodavac zapadne u docnju upotrebiti zahtev za izvršenje ugovora u dodatnom roku kada su okolnosti slučaja

razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza[24], onda kupac stiče pravo da raskine ugovor čim taj rok bezuspešno protekne, ili kad prodavac izjavi da neće postupiti ni u tom roku. U tom slučaju se ne postavlja pitanje da li kašnjenje prodavca predstavlja bitnu povredu ugovora, što bi inače bilo nužno budući da Konvencija pravo na raskid dopušta samo onda kada je povreda ugovora bitna.

Citiranom odredbom je, međutim, u izvesnoj meri dovedeno u pitanje puno dejstvo ovog pravnog sredstva kupca, s obzirom da ona nije u skladu sa opštim pravilom člana 45. stav 1. tačka a) po kome kupac može da koristi prava predviđena članovima 46. do 52. (dakle, uključujući i pravo da zahteva izvršenje ugovora u naknadnom roku predviđeno članom 47.) "ako prodavac ne izvrši bilo koju svoju obavezu koju ima na osnovu ugovora ili ove konvencije". Pravilo člana 49. stav 1. tačka b) je u ovom slučaju *lex specialis* pa protekom dodatnog roka ugovor može biti raskinut jedino ako je u pitanju prodavčevo kašnjenje sa isporukom. To znači da u svakom drugom slučaju kad prodavac ne izvrši ugovor kupac može izjaviti njegov raskid samo pod uslovom da prodavčeva povreda ugovora predstavlja bitnu povredu ugovora.

Pored sticanja prava na raskid ugovora, zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku proizvodi i druge pravne posledice. Tako, kupac koji je upotrebio ovo pravno sredstvo gubi pravo da za vreme trajanja naknadnog

---

takve da ukazuju da prodavac ima teškoće u izvršenju. Ipak, i po mišljenju ovih autora, dodatni rok ne može početi da teče pre nego prodavac zapadne u docnju. O ovom pitanju videti detaljnije kod Enderlein, F., Maskow, D., Art. 63, u, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, str. 237.

[24] Naknadni rok za izvršenje ugovora mora mora biti razumne dužine, što se procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja. Pored toga, taj rok mora biti i precizno određen da bi proizvodio pravno dejstvo (na primer, navođenjem tačnog datuma do koga rok traje ili određivanjem da će on trajati tačno određeni vremenski period). Smatra se da je rok dovoljno određen i kada se upotrebe izrazi koji imaju uobičajeno značenje u trgovini, na primer, «odmah», «čim bude moguće» i sl. Takođe, obaveštenje kojim se prodavcu ostavlja dodatni rok da ispuni ono na šta se ugovorom obavezao mora izričito sadržati i zahtev da se određena ugovorna obaveza izvrši, jer u suprotnom slučaju prodavac nije dužan da to obaveštenje poveže sa činjenicom da kupac po isteku naknadnog roka neće primiti ispunjenje, odnosno, da će raskinuti ugovor. U tom smislu Hannold navodi da ljubazna rečenica, na primer, «Nadamo se da će roba stići do 1. jula» nije dovoljno određena te da bi umesto toga bolje bilo izjaviti: «Zahtevamo da robu isporučite najkasnije do 1. jula». (Hannold, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, str. 314.). O ovom pitanju sudska praksa nije potpuno ujednačena te je, na primer, OLG Nürnberg u svojoj odluci od 20. septembra 1995. godine zauzeo stav da je izraz «Ljubazno vas molimo da rešite pitanje do 25.2.1993. godine» dovoljno određeno u pogledu roka, dok je u istom predmetu niži sud, LG Nürnberg zauzeo suprotan stav u svojoj odluci od 26. jula 1994. godine (odluke navedene prema Müller–Chen, M., Art. 47, u, u, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, I., ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit, str. 726).

roka koristi bilo koje drugo pravno sredstvo na koje je stekao pravo zbog povrede ugovora od strane prodavca.[25] Ovim pravilom štiti se prodavac koji pokušava da ispuni ugovor, a ono ne ugrožava značajno interese kupca koji ne gubi svoja prava, već su ona samo suspendovana za vreme dok traje naknadni rok i kupac može odmah, po njegovom bezuspešnom isteku, protiv prodavca upotrebiti bilo koje raspoloživo pravno sredstvo[26].

Gubitak prava na upotrebu pravnih sredstava za vreme trajanja dodatnog roka nastupa uvek kada kupac koristi ovo pravno sredstvo, nezavisno od činjenice da li je u pitanju docnja prodavca sa isporukom ili bilo koji drugi oblik neizvršenja ugovora. Tako, na primer, ako je prodavac isporučio robu sa nedostacima a kupac je zahtevao da nedostatke otkloni u dodatnom roku, onda on ne može dok taj rok traje zahtevati sniženje cene ili naknadu štete. Po bezuspešnom isteku naknadnog roka on u navedenoj situaciji ne može izjaviti ni da raskida ugovor, jer se pravo na raskid zbog proteka naknadnog roka stiče samo ako je u pitanju docnja prodavca sa isporukom. Moguće je, međutim, da prodavac tokom trajanja naknadnog roka učini novu povredu ugovora i ako se to dogodi onda pravo kupca na pravna sredstva u odnosu na tu povredu nije limitirano činjenicom da je on već koristio pravno sredstvo povodom ranije povrede ugovora. To, drugim rečima, znači da kupac može odmah raskinuti ugovor ako se nova povreda

---

[25] Stav 2. člana 47. Konvencijom nije izričito predviđeno od kog momenta ovo obaveštenje deluje prema kupcu, ako nije saopšteno usmeno. U jednom delu teorije smatra se da ono ne bi trebalo da obavezuje kupca pre trenutka kada ga prodavac primi zato što, kako se navodi, nema opravdanja da se pre toga ograničava njegovo pravo na upotrebu drugih pravnih sredstava, s jedne strane, dok prodavac ne može pre toga uživati zaštitu u vidu pomenutog ograničenja prava kupca, s druge. O ovom pitanju videti detaljnije kod Müller-Chen, M., Art. 47, u, u, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, I., ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG),* op. cit, str. 729. Deo teorije je, međutim, na stanovištu da obaveštenje kupca deluje i pre nego stigne prodavcu, jer to proizlazi na osnovu člana 27. Konvencije, po kome "... kad je jedna strana neko obaveštenje, zahtev ili drugo saopštenje dala ili učinila u skladu sa ovim delom i na način koji se smatra odgovarajućim u datim okolnostima, zadocnjenje ili greška u prenosu saopštenja ili činjenica da saopštenje nije stiglo ne lišava tu stranu prava da se na to saopštenje poziva." Budući da prodavac snosi rizik za zadocnjenje ili greške u prenosu ovog obaveštenja kupca, smatra se da se kupac na njega može osloniti bez obzira na činjenicu da li je prodavac obaveštenje primio ili ne; bitno je da je ono poslato. Ovo shvatanje zastupaju, na primer, Enderlein, F., Maskow, D., Art. 47, u, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, op. cit, str. 184. Sem toga, tokom izrade Konvencije bilo je predloga da se u njen tekst unese odredba kojom bi se izričito odredio trenutak od kada dejstvuje navedeno obaveštenje, ali taj predlog nije prihvaćen. U obrazloženju njegovog odbijanja istaknuto je da bi takva odredba bila ne samo suvišna, već i da ne bi bila odgovarajuća spram činjenice da ostavljanje dodatnog roka za izvršenje ugovora nije pravo prodavca, već privilegija koju on dobija od kupca. O ovom pitanju videti detaljnije kod Will, M., Art. 47, u, *Bianca – Bonell Commentary on the International Sales Law,* op. cit, str. 345.

[26] Kupac, međutim, nije dužan da čeka da istekne dodatni period da bi koristio ostala pravna sredstva ako je prodavac izjavio da neće isporučiti ni u tako određenom roku (drugi deo rečenice tačke b) stava 1. člana 49.).

ugovora kvalifikuje bitnom, nezavisno od toga da li je dodatni rok za izvršenje ranije povrede ugovora istekao ili ne.

Kupac nije dužan da obaveštenje o naknadnom roku sačini u nekoj posebnoj formi, te nema smetnji da se ono izjavi i usmenim putem. Međutim, sigurnije je poslati ga u pisanoj ili nekoj drugoj formi koja obezbeđuje dokaz da je ono dato. Kada dodatni rok bezuspešno protekne, tada se ugovor ne raskida automatski na osnovu same činjenice da se to dogodilo, već je potrebno da kupac izjavi da raskida ugovor[27] jer Konvencija ne poznaje raskid po samom pravu. Međutim, kupac nije dužan da ugovor raskine u tom slučaju, jer to nije njegova obaveza već pravo pa on, po isteku dodatnog roka, može koristiti svako raspoloživo pravno sredstvo, a to znači da može i ponovo zahtevati izvršenje ugovora u dodatnom roku.

Kada prodavac ispuni ugovor u naknadnom roku, tada kupac od njega može zahtevati naknadu štete zbog docnje u izvršenju jer Konvencija izričito predviđa da ostavljanje dodatnog roka na to njegovo pravo ne utiče[28].

1.2. Prodavčev zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku

Opštim pravilom stava 1. člana 61. Konvencije, kojim započinje deo o pravnim sredstvima prodavca, predviđeno je da on može "koristiti prava predviđena u čl. 62. do 65."[29] ako kupac ne izvrši bilo koju od svojih obaveza koju ima na osnovu ugovora ili Konvencije. To uključuje i njegovo pravo da, u skladu sa odredbama stava 1. člana 63, odredi kupcu "dodatni rok razumne dužine za izvršenje njegovih obaveza".[30] Prodavčev zahtev za izvršenje ugovora u dodatnom roku je, kao i paralelni zahtev kupca, isključen u situaciji kada se prodavac opredelio za drugo pravno sredstvo koje mu je suprotno[31], kada je kupcu postalo nemoguće da ispuni ugovornu

[27] Prva rečenica stava 1. člana 49. glasi: «Kupac može izjaviti da raskida ugovor:...».

[28] Poslednja rečenica stava 2. člana 47. glasi: «Kupac, međutim, ne gubi zbog toga pravo da usled docnje prodavca zahteva naknadu štete». Pravo na naknadu štete obuhvata ne samo štetu zbog docnje, već i svaku drugu štetu koju kupac trpi a koja ne može u celosti biti kompenzovana naknadnim izvršenjem ugovora i ta naknada se ostvaruje po pravilima člana 74. Konvencije.

[29] Član 61. stav 1. tačka a).

[30] Stav 1. člana 63. Kupac kasni sa izvršenjem svojih obaveza kada ih ne ispuni u vreme koje je ugovorom određeno odnosno u vreme predviđeno dispozitivnim odredbama Konvencije ako ugovorom to pitanje nije rešeno. Dispozitivne odredbe koje određuju pitanje roka u kome je kupac dužan pregledati robu koju mu je prodavac isporučio radi utvrđivanja eventualnih nedostatka sadrži član 38, dok je članom 59. uređeno pitanje roka u kome je kupac dužan da plati cenu.

[31] Član 62. glasi: «Prodavac može zahtevati od kupca da plati cenu, preuzme isporuku ili da izvrši druge svoje obaveze, ako se prodavac ne opredeli za sredstvo koje je suprotno takvim

obavezu kao i kada je prodavac svojim ponašanjem ili propustom doveo do toga da kupac ne izvrši ugovor.

Interes da zahteva izvršenje ugovora u naknadom roku prodavac nalazi u više situacija, na primer, kada proceni da obeštećenje za njega ne bi bilo adekvatno, ili kada je u dilemi je da li je stekao pravo da raskine ugovor jer nije siguran da je povreda ugovora koju je učinio kupac bitna[32]. Ostavljajući kupcu dodatni rok za izvršenje ugovora prodavac otklanja i neizvesnost u pogledu toga kada može da očekuje njegovo izvršenje, odnosno, on sigurno zna da ga može raskinuti ako dužnik ne ispuni ono na šta se obavezao ni u dodatnom roku.

Slično paralelnom zahtevu kupca i prodavčev zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku ima ograničeno dejstvo kada je o sticanju prava na raskid ugovora reč. Naime, izričito je predviđeno da bezuspešnim protekom naknadnog roka on stiče to pravo samo kada kupac kasni sa plaćanjem cene ili kada ne preuzima isporuku[33] (član 64. stav 1. tačka b) Konvencije). Drugim rečima, ako je kupac prekršio bilo koju drugu ugovornu obavezu onda prodavac, uprkos tome što može upotrebiti ovo pravno sredstvo, neće steći pravo da ugovor raskine po bezuspešnom proteku dodatnog roka za izvršenje ako povreda ugovora koju je počinio kupac ne ispunjava zahteve bitne povrede ugovora.

Zahtev za izvršenje ugovora u dodatnom roku, osim što prodavcu omogućava da stekne pravo na raskid ugovora u predviđenim situacijama, prema njemu deluje i na taj način što mu, za vreme trajanja tog roka, nije dopušteno da upotrebi ni jedno drugo pravno sredstvo predviđeno za povredu ugovora (stav 2. člana 63.)[34]. Ovo ograničenje prestaje ako dodatni

---

zahtevima». To znači da prodavac može koristiti zahtev za izvršenje samo uz zahtev za naknadu štete, ne i uz zahtev za raskid ugovora. Međutim, ne treba izgubiti iz vida ni da prodavac ima pravo da, pod uslovima člana 88. izvrši prodaju robe koju kupac ne preuzima a nema razumnog opravdanja za takvo postupanje, odnosno, da proda robu koja je podložna brzom kvarenju ili njeno čuvanje zahteva nerazumne troškove, pa ako je to slučaj, onda on gubi pravo da od kupca traži da preuzme isporuku, budući da je takvo postupanje suprotno tom zahtevu. Međutim, u ovom slučaju on zadržava pravo da od kupca zahteva da plati cenu.

[32] Članom 64. stav 1. tačka a) predviđeno je da prodavac može izjaviti da raskida ugovor «ako neizvršenje bilo koje obaveze koju kupac ima na osnovu ugovora ili ove konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora».

[33] Kada kupac odbija da preuzme isporuku, tada prodavac ima i druga prava ako su ispunjeni dodatni uslovi. Tako, on može robu predati na čuvanje u skladište nekog trećeg lica o trošku kupca, pod uslovom da su troškovi tog čuvanja razumni (član 87.), odnosno, da robu proda ako kupac nerazumno odugovlači da je preuzme, ili ako je ona podložna brzom kvarenju, ili ako njeno čuvanje iziskuje nerazumne troškove (član 88.).

[34] Tako prodavac ne može za vreme trajanja dodatnog roka raskinuti ugovor čak i ako je kupac počinio povredu ugovora koja je bitna (sem ako on u međuvremenu ne učini drugu povredu ugovora i to bitnu). Takođe, on ne može dok taj rok traje protiv kupca podneti tužbu

rok bezuspešno istekne, kao i ako kupac obavesti prodavca da neće izvršiti svoje obaveze ni u tako određenom roku[35].

Kada je posebno o obavezi kupca da plati reč, tada se postavlja pitanje da li je on za vreme trajanja dodatnog roka, oslobođen od obaveze da plati kamatu ili ne. U traženju odgovora na to pitanje mora se poći od toga da prodavac, ostavljajući kupcu dodatni rok da plati, pruža ovome još jednu šansu da izvrši ugovor i da on time ne menja uslove ugovora u smislu da produžava predviđeni rok za plaćanje. Kupac je već u docnji sa plaćanjem pa kada postupi po zahtevu prodavca i plati u dodatnom roku, tada prodavčevo pravo da zahteva naknadu štete zbog kašnjenja u izvršenju ne može biti sporno. Kako kamata predstavlja vid naknade štete koji je specifičan za novčane obaveze, to nema sumnje da prodavac na nju ima pravo u ovom slučaju, tim pre što ni jedna odredba Konvencije to njegovo pravo ne dovodi u pitanje[36]. Šta više, prodavac pored kamate ima pravo i na naknadu svih drugih troškova koje je imao zbog kašnjenja kupca sa plaćanjem, na primer, troškova za čuvanje ili skladištenje robe[37] i dr, pod uslovom da dokaže da je te troškove trpeo kao i njihovu visinu[38].

U pogledu dužine trajanja dodatnog roka, sadržine i forme obaveštenja kojim prodavac poziva kupca da ispuni ugovor u tom roku primenjuju se ista pravila kao i za paralelno pravno sredstvo kupca. To znači da rok mora trajati razumno vreme, biti precizno određen ili odrediv i da prodavac ne mora ovo obaveštenje saopštiti u nekoj posebnoj formi.

I na kraju, kada prodavac kupcu ostavi dodatni rok da izvrši ugovor, tada on ne prekludira svoje pravo da ugovor raskine u slučaju da kupac, tokom trajanja tog roka, učini novu povredu ugovora, koja je tako ozbiljna da ispunjava zahteve bitne povrede ugovora.

---

za izvršenje ugovora na osnovu člana 62. a u vezi sa članom 61. stav 1. tačka a), niti može izvršiti prodaju iz samopomoći na osnovu člana 88. On ne može ni obaviti specifikaciju robe umesto kupca na osnovu člana 65. (ako je u pitanju kupovina po specifikaciji) već je dužan da sačeka da vidi hoće li to kupac učiniti u dodatnom roku.

[35] Stav 2. člana 63.

[36] O ovom pitanju videti detaljnije kod Enderlein, F., Maskow, D., Art. 63, u, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, op. cit, str. 240.

[37] Članom 78. je predviđeno da «Ako jedna strana ne plati cenu ili neki drugi iznos sa kojim je u zaostatku, druga strana ima pravo na kamatu na takav iznos, a da time ne gubi pravo da traži naknadu štete koja joj pripada na osnovu člana 74». Prodavac ima obavezu da čuva robu kada kupac kasni sa njenim preuzimanjem i u tom slučaju troškovi očuvanja robe i njenog skladištenja padaju na teret kupca (čl. 85. i 87.).

[38] Naknada štete se u ovom slučaju realizuje prema opštem pravilu člana 74. Konvencije.

2. Pravila UNIDROIT Načela i Načela evropskog ugovornog prava

Pravo poverioca da dužniku ostavi dodatni rok za ispunjenje ugovora predviđeno je i UNIDROIT Načelima (član 7.1.5.) kao i Načelima evropskog ugovornog prava (član 8:106). Iako počivaju na istim osnovama kao i Bečka konvencija, oba seta načela se od nje razlikuju po tome što dejstvo ovog pravnog sredstva, koje se takođe ogleda u sticanju prava na raskid ugovora, ne ograničavaju na kašnjenje sa izvršenjem pojedinih ugovornih obaveza[39], već ga je moguće upotrebiti uvek kada dužnik kasni sa izvršenjem bilo koje ugovorne obaveze[40], a nije u pitanju "bitno neizvršenje obaveze"[41]. Dakle, nije sporno da poverilac uvek može da pruži dužniku još jednu šansu da ispuni ugovor, ali pravo na njegov raskid stiče samo kada je dužnik u docnji sa izvršenjem. U svakom drugom slučaju neizvršenja ugovor se može raskinuti jedino pod uslovom da je povreda ugovora bitna.

Oba seta načela, kao i Bečka konvencija, izričito predviđaju da su poveriočeva prava na upotrebu drugih pravnih sredstava suspendovana za vreme trajanja dodatnog roka, osim u slučaju kada ga je dužnik obavestio da neće ispuniti obavezu ni u tom roku[42]. Ovo ograničenje, kao i kod Bečke

---

[39] Po Bečkoj konvenciji kupac može raskinuti ugovor samo u slučaju da prodavac kasni sa izvršenjem obaveze isporuke (član 49. stav 1. tačka b.), odnosno, prodavac može raskinuti ugovor samo ako kupac kasni sa plaćanjem ili sa preuzimanjem isporuke (član 64. stav 1. tačka b.).

[40] Stav 3. člana 7.1.5. UNIDROIT Načela i stav 3. člana 8:106. Načela evropskog ugovornog prava.

[41] Član 7.3.1. UNIDROIT Načela i član 8:103 Načela evropskog ugovornog prava. Oba seta načela, slično konceptu bitne povrede ugovora u Bečkoj konvenciji, kao jedinstveni osnov za raskid ugovora predviđaju institut "bitno neizvršenje obaveze" *(fundamental non-performance)* (član 7.3.1. UNIDROIT Načela i član 8:103 Nečela evropskog ugovornog prava). Značenje ovog termina se približava konceptu bitne povrede ugovora u Bečkoj konveciji jer se predviđa da se to odnosi na situaciju kada neispunjenje "suštinski lišava poverioca onoga što je opravdano očekivao od ugovora, izuzev ako dužnik nije predvideo niti je razumno mogao predvideti takvu posledicu" (član 7.3.1. stav 2. tačka a) UNIDROIT Načela i član 8:103. stav 1. tačka b) Načela evropskog ugovornog prava). Za razliku od Konvencije, u Načelima se, primera radi, navode određeni kriterijumi prema kojima se utvrđuje postojanje "bitnog neizvršenja obaveze" i to su: kada se ne ispuni obaveza koja je bitni element ugovora (član 7.3.1. stav 2. tačka b) UNIDROIT Načela i član 8:103. stav 1. tačka a) Načela evropskog ugovornog prava), kao i ako je neispunjenje namerno i stvara kod poverioca uverenje da se ne može osloniti na to da će dužnik ispuniti svoje buduće obaveze (u Načelima Evropskog ugovornog prava ova dva uslova su postavljena kumulativno, za razliku od UNIDROIT Načela, kod kojih su oni alternativno postavljeni). UNIDROIT Načela, dodatno, sadrže i pravilo po kome, u oceni postojanja bitnog neizvršenja ugovora, treba uzeti u obzir i činjenicu da li bi dužnik, u slučaju raskida ugovora, pretrpeo nesrazmeran gubitak kao posledicu priprema za izvršenje obaveze (tačka e) stava 2. člana 7.3.1.).

[42] O ovim pitanjima videti Schelhaas, H., komentar člana 7.1.5, u, *Commentary on the UNIDROIT Priniples of International Commercial Contracts,* Oxford University Press, 2009, str. 757-758.

konvencije, ne odnosi se na poveriočevo pravo da od dužnika, koji ispuni ugovor u naknadnom roku, zahteva naknadu štete zbog kašnjenja u izvršenju, ako je takvu štetu pretrpeo i ako dokaže njenu visinu. Načela, pored toga, izričito predviđaju i da poverilac ima pravo da za vreme trajanja dodatnog roka odloži ispunjenje svojih recipročnih ugovornih obaveza, što Bečka konvencija ne predviđa u okviru odredbi kojima reguliše ovo pravno sredstvo, ali to pravo poverioca ne bi trebalo da bude sporno, makar u slučajevima predviđenim opštim pravilom koje uređuje pitanje odlaganja izvršenja ugovora.[43] Oba seta načela sadrže gotovo identične odredbe o navedenim pitanjima, s jedinom razlikom u tome što UNIDROIT načela sadrže i pravilo po kome poverilac ne može steći pravo na raskid ugovora zbog bezuspešnog isteka dodatnog roka ako neizvršeni deo ugovora predstavlja manji, minorni deo ugovorne obaveze[44].

U odnosu na pitanje forme, sadržine i pravnih dejstava obaveštenja o ostavljanju naknadnog roka za izvršenje ugovora oba seta načela sadrže pravila koja su istovetna Bečkoj konvenciji: ono ne mora biti saopšteno u nekoj posebnoj formi već se može dati i usmenim putem; dodatni rok mora biti jasno određen ili odrediv; dužnina trajanja dodatnog roka mora biti razumna, a to znači da je odmerena prema prirodi obaveze i okolnostima konkretnog slučaja.

3. Pravila Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije

Naš Zakon o obligacionim odnosima[45], takođe, ne ovlašćuje poverioca da, u situaciji kada dužnik povredi ugovor, jednostavno odbije da primi izvršenje ili da zahteva da mu se vrati ono što je sam pružio na ime izvršenja ugovora. On je uvek dužan da pozove dužnika da izvrši ugovor u dodatnom roku kada rok ispunjenja nema karakter bitnog elementa ugovora, jer ako to ne učini onda ugovor neće moći da raskine u tom slučaju[46]. Naknadni rok

---

[43] U pitanju je član 71. Bečke konvencije, čijim stavom 1. je predviđeno: «Jedna ugovorna strana može odložiti izvršenje svojih obaveza ako, posle zaključenja ugovora, postane jasno da druga strana neće izvršiti bitan deo svojih obaveza usled: (a) ozbiljnog nedostatka sposobnosti za izvršenje ili kreditne sposobnosti; ili (b) njenog ponašanja u pogledu priprema za izvršenje ili izvršenja ugovora.»

[44] U pitanju je stav 4. člana 7.1.5. po kome se ne može steći pravo na raskid ugovora ako obaveza koja nije izvršena predstavlja manji deo ugovorne obaveze. Dakle, kada dužnik kasni sa izvršenjem pa ni u dodatnom roku ne ispuni jedan manji deo ugovora, tada poverilac ne stiče pravo da ugovor raskine po isteku dodatnog roka. Ako ovo pravilo primenimo na ugovor o prodaji, onda možemo pretpostaviti da će se ono najčešće primeniti kada prodavac kasni sa isporukom.

[45] Zakon o obligacionim odnosima, "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Službeni list SRJ", br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, «Službeni list SCG", br. 1/2003.

[46] Član 126. glasi: «Kad ispunjenje obaveze u određenom roku nije bitni sastojak ugovora, dužnik zadržava pravo da i posle isteka roka ispuni svoju obavezu, a poverilac da zahteva

mora biti "primerene" dužine, što se procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja[47].

Zakon ne predviđa posebnu formu u kojoj obaveštenje s pozivom da se ugovor izvrši u naknadnom roku treba dati[48], niti određuje njegovu sadržinu. Po prirodi stvari, to obaveštenje mora da sadrži poziv da se ugovor izvrši, a njime bi trebalo i odrediti dužinu trajanja nakadnog roka. Pitanje je, međutim, da li poverilac već u tom obaveštenju mora da se opredeli i za pravno sredstvo koje će upotrebiti ako rok bezuspešno istekne, te kakav bi značaj takva izjava imala. Prema stavu naše sudske prakse, ako se poverilac tom prilikom odluči i za pravno sredstvo, onda je njegov izbor konačan i neopoziv[49], a kada se o tome ne izjasni, tada činjenica da dužnik nije ispunio svoju obavezu ni u naknadnom roku vodi istim posledicama kao i u slučaju propuštanja da se izvrši ugovor u roku koji je određen kao bitni sastojak ugovora. To znači da se ugovor u tom slučaju raskida *ipso iure*, osim ako

---

njeno ispunjenje.» (stav 1.). «Ali, ako poverilac želi raskinuti ugovor, mora ostaviti dužniku primeren naknadni rok za ispunjenje.» (stav 2.). Ako dužnik ne ispuni obavezu u naknadnom roku, nastupaju iste posledice kao i u slučaju kad je rok bitni sastojak ugovora.» (stav 3). U pitanju je opšte pravilo koje se primenjuje na sve dvostranoobavezujuće ugovore.

U Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije Komisija je predložila uvođenje koncepta bitne povrede ugovora i njegovo vezivanje za pravo na raskid ugovora, dok bi poverilac bio dužan da u svim drugim slučajevima ostavi dužniku naknadni rok za izvršenje da bi to pravo stekao. Ipak, od ovog opšteg pravila su predviđeni izuzeci pa naknadni rok nije nužno ostaviti u sledećim slučajevima: ako je dužnik izjavio da neće ispuniti obavezu, ako se to može zaključiti na osnovu dužnikovog ponašanja ili ako se ostavljanje naknadnog roka protivi prirodi posla. Koncept bitne povrede ugovora po ovom predlogu odgovara rešenju Bečke konvencije i u trendu je sa promenama u savremenom uporednom pravu, koje se evidentno vrše pod njenim uticajem (videti: čl. 138-139 *Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga – Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, 2009).

[47] Stav 2. člana 126. ZOO. Primeren naknadni rok predstavlja rok koji je uobičajen za izvršenje preuzete obaveze shodno njenoj prirodi. Tako, ako izvršenje obaveze traži duže vreme, onda ni naknadni rok ne može biti prekratak. U pogledu dužine primerenog roka izjasnila se i naša sudska praksa, na primer, Vrhovni privredni sud u odluci Sl-152/56 od 4. maja 1956. godine: "Ostavljajući dužniku rok za naknadno ispunjenje, poverilac mu mora ostaviti takav rok u kome bi dužnik, pod normalnim uslovima poslovanja i na način koji su stranke imale u vidu prilikom zaključenja ugovora, mogao ispuniti svoje obaveze". Isaković, M., Šurlan, P., *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom*, Privredni pregled, Beograd, 1967, str. 212.

[48] «Obavest o ostavljanju naknadnog roka može se učiniti na svaki siguran način, dakle i usmeno.» (presuda Vrhovnog privrednog suda Sl-169/56 od 24. februara 1956. godine), navedeno prema: Isaković, M., Šurlan, P., *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom*, op. cit, str. 211.

[49] "Obaveštavajući zadocnelog prodavca da će se pokriti na drugoj strani ako mu roba ne bude isporučena ni u naknadnom roku, kupac je izvršio izbor prava i posle toga ne može zahtevati ispunjenje ugovora." (presuda Vrhovnog privrednog suda Sl-202/56 od 12. marta 1956. godine), navedeno prema: Isaković, M., Šurlan, P., *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom*, op. cit, str. 212.

poverilac odmah po njegovom isteku, bez odlaganja, obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora[50]. Ovo rešenje, koje poveriocu daje mogućnost da i po proteku naknadnog roka zahteva ispunjenje ugovora, nije baš povoljno po dužnika jer ga primorava da bude spreman da ispuni ugovor i nakon tog vremena, što za njega može podrazumevati izlaganje dodatnim troškovima.

Od obaveze da se ostavi naknadni rok Zakon predviđa izuzetke u sledećim slučajevima: kada je rok dogovoren kao bitni element ugovora[51]; kada iz dužnikovog držanja proizlazi da on svoju obavezu neće izvršiti ni u naknadnom roku[52]; kao i kada poverilac koristi pravo da raskine ugovor pre dospelosti dužnikove obaveze[53]. Pored toga, naknadni rok nije potrebno ostaviti ni kada je obavezu postalo nemoguće izvršiti, sa čime se izjednačava i slučaj kada je to protivno prirodi posla[54].

Izložena, opšta pravila o ostavljanju naknadnog roka za ispunjenje ugovora su u materiji ugovora o prodaji dobila odgovarajuću primenu i u okviru prava kupca na raskid ugovora usled materijalnih i pravnih nedostataka stvari. Tako, pravilo člana 490. stav 1. glasi: "*Kupac može raskinuti ugovor samo ako je prethodno ostavio prodavcu naknadni primereni rok za ispunjenje ugovora*". Ako prodavac ne ispuni svoju obavezu ni u naknadnom roku, onda se ugovor raskida po samom pravu, s tim da ga kupac može održati na snazi ako takvu izjavu bez odlaganja da prodavcu (član 491. ZOO). I od ovog pravila Zakon predviđa izuzetak i to u slučaju kada je prodavac, nakon što ga je kupac obavestio o nedostacima,

---

[50] Član 125. st. 1. i 2, a u vezi sa članom 126. stav 3. ZOO.

[51] Član 125. ZOO.

[52] Član 127. ZOO. Ovu odredbu treba široko tumačiti pa kao odbijanje dužnika da izvrši ugovor treba smatrati ne samo slučaj kada je on to izričito izjavio, već i kada se iz njegovog posebnog ponašanja može zaključiti da on ugovor neće da izvrši. Isto tako, dovoljno bi bilo da se utvrdi da dužnik nije u stanju da u naknadnom primerenom roku ispuni ugovor. Opširnije: Milošević, Lj., Član 127, u, Blagojević, B., Krulj, V., (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 392.

[53] Član 128. ZOO.

[54] "Za odustanak od ugovora, čiji je predmet roba koja se troši u određeno godišnje doba, ne mora se ostaviti naknadni rok, jer bi to bilo protivno prirodi posla." (presuda Vrhovnog privrednog suda Sl-121/56 od 8. februara 1956. god.); "Ako je predmet ugovora roba čija je upotreba vremenski ograničena, pa ugovor od strane prodavca ne bude ispunjen u ugovorenom roku, kupac može odustati od ugovora i bez ostavljanja naknadnog roka, jer bi se u ovom slučaju ostavljanje naknadnog roka protivilo prirodi posla." (presuda Vrhovnog privrednog suda Sl-830/56 od 1. juna 1956. god, navedeno prema: Isaković, M., Šurlan, P., *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom*, op. cit, str. 211 i str. 212).

saopštio da neće ispuniti ugovor ili, ako iz okolnosti slučaja očigledno proizlazi da prodavac neće moći da to učini ni u naknadnom roku[55].

Zaključak

Zahtevom za izvršenje ugovora obezbeđuje se poštovanje načela *pacta sunt servanda* i ugovorne obaveze se ispunjavaju upravo onako kako glase, a to načelo neka prava potvrđuju i zahtevom za izvršenje ugovora u naknadnom roku. Kada se taj zahtev poverioca posebno uredi relevantnim propisom, tada se za njega vezuju određene pravne posledice od kojih je najznačajnija ta što ako dužnik ne ispuni ugovor ni u naknadnom roku onda poverilac, po njegovom proteku, stiče pravo da ugovor raskine u situaciji kada povreda ugovora nije takve ozbiljnosti i težine da bi, sama po sebi, opravdala njegov raskid. Drugim rečima, zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku predstavlja stepenicu na putu realizacije prava da se ugovor raskine i to na jedan relativno jednostavan način.

Koristi koje poverilac ostvaruje upotrebom ovog pravnog sredstva se u najvećoj meri ogledaju u tome što se povećavaju njegove šanse da dobije ispunjenje ugovora. Istovremeno, ono je i u funkciji zaštite dužnika jer mu pruža mogućnost da izvrši ugovor u dodatnom roku, čak i nakon što je zapao u docnju. Ako li dužnik ne ispuni obavezu ni u dodatnom roku, onda poverilac po njegovom isteku može ugovor raskinuti ili, kad mu je to u interesu, upotrebiti bilo koje drugo pravno sredstvo protiv dužnika, a to znači da može ponovo zahtevati se ugovor izvrši. Ovo rešenje nije uvek povoljno za dužnika jer ga primorava da bude spreman da i tada pruži ispunjenje, što ga može izložiti dodatnim troškovima. Da bi se ta nepovoljnost smanjila na najmanju meru neka prava, uključujući i naše, predviđaju da je poverilac dužan da odmah po isteku naknadnog roka, odnosno bez odlaganja, obavestiti dužnika ako i dalje želi ispunjenje ugovora. Po dužnika bi još povoljnije bilo ako bi poverilac, istovremeno sa obaveštenjem o ostavljanju naknadnog roka, izjavio i koje će pravno sredstvo po njegovom isteku upotrebiti, ali od njega se ne može očekivati da se već tada opredeli za pravno sredstvo ako takvu obavezu nema, jer on za to nema interes budući da u tom momentu ne može biti siguran koje će pravno sredstvo za njega biti

[55] Stav 2. člana 490. Ovaj izuzetak u skladu je sa opštim pravilom člana 127. ZOO, a on je i logičan jer bi davanje naknadnog roka u ovom slučaju bilo beskorisno i predstavljalo bi puku formalnost. Međutim, može se postaviti pitanje da li bi kupac, ipak, i u ovom slučaju mogao da prodavcu ostavi naknadni rok i kakvog bi to imalo značaja. U tom smislu Kapor navodi: «Mislimo da se može uzeti da je kupcu ipak i u tim slučajevima dozvoljeno ostavljanje naknadnog roka, samo se time ne sme ići na to da se prodavcu prouzrokuje veća šteta, npr. ostavlja mu se naknadni rok zato što cene skaču da bi se tražila veća naknada štete, jer se to protivi načelu savesnosti i poštenja.» Kapor, V., Član 490, u, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima,* op. cit, str. 1308.

najpovoljnije kada, bezuspešnim protekom naknadnog roka, dođe vreme da ga upotrebi.

Pravila o naknadnom roku za ispunjenje ugovora vezuju se za nemačko pravo i ustanovu poznatu pod nazivom *Nachfrist*, ali ga prihvata veći broj kontinentalnih prava, uključujući i naše, dok ono nije poznato u pravima *common law*. Ovo pravno sredstvo predviđa i Bečka konvencija, kao i UNIDROIT Načela i Načela evropskog ugovornog prava, što govori o tome da su i na međunarodnom planu prepoznate i priznate koristi od njegove upotrebe, koje se ogledaju u fleksibilnijem pristupu u realizaciji prava da se ugovor raskine u određenim situacijama. Na taj način se stvaraju uslovi da se komplikovani međunarodni trgovinski sporovi rešavaju na jedan fleksibilan i jednostavan način, uz izbegavanje vođenja skupih, dugotrajnih i često neizvesnih postupaka pred sudovima i arbitražama.

Katarina Jovičić, PhD
Institute of Comparative Law, Belgrade

REQUEST FOR SPECIFIC PERFORMANCE OF CONTRACT IN THE ADDITIONAL PERIOD OF TIME ON THE CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Subject of this paper are important issues raised in connection with request for specific performance of contract in additional period of time in the contract for international sale of goods. Objective that is achieved by its use is to fulfill contractual obligations just as they are predicted in contract, which is in accordance with the principle of contract law pacta sunt servanda. Law systems that regulate this request of creditor as separate remedy bind to it certain legal consequences, the most important being that the creditor, to whom the debtor does not provide fulfillment even in additional period of time, with its expiration acquires the right to terminate the contract in situations where he would not be able to do so because the breach of contract is not so serious and hard to make the law allow the termination. In the other words, the request for specific performance of contract in additional period of time is a step on the path of realisation the right to terminate the contract, which enables complicated international trade disputes to be resolved in a flexible and easy way with avoiding expensive, long and often unpredictable court and arbitration proceedings. These benefits were recognized by numerous national laws which regulate this remedy particulary, as well as by the most important international sources of law for the contract for the international sale of goods and in this paper solutions of Vienna Convention, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law and Serbian Law on Obligations are presented.

***Key words**: international sale; fulfilling contractual obligation; creditors; debtor; UNIDROIT; European Contract Law; Serbian Law*

Mr Milica Kovačević
Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju,
Univerzitet u Beogradu

UDK: 343.811
Originalni naučni rad

PRIVATNI ZATVORI

U radu je reč o privatizaciji zatvora koja postaje veoma aktuelna tema krajem prošlog veka, prvo u SAD i Velikoj Britaniji, a potom i u drugim delovima sveta. Razlozi koji opravdavaju privatizaciju tiču se velikih budžetskih izdvajanja za održavanje sistema penalnih institucija, prebukiranosti zatvora i neuspešnosti državnih penalnih ustanova u suzbijanju recidivizma. Protivnici privatizacije zatvora ističu da je sticanje profita putem izvršenja kazne lišenja slobode nemoralno, da je u pitanju sfera nad kojom država mora da zadrži monopol, te da postoji značajan rizik da će ljudska prava osuđenika biti povređena ukoliko tržišni principi zavladaju i ovom oblašću. Pobornici privatizacije, pak, izlažu svoje kontraagrumente, koji se odnose na ekonomičnost i unapređenje zatvorskog sistema.

I pored mnogih otvorenih pitanja, autor ukazuje da su tokom poslednjih dvadeset godina privatni zatvori osigurali svoje mesto u savremenom sistemu izvršenja krivičnih sankcija, iako ovaj tip ustanova, suprotno očekivanjima, nije ostvario značajnije uspehe u svojoj praksi.

Ključne reči: *privatni zatvori, prebukiranost zatvora, kaznena politika, recidivizam*

1. Privatni kapital i izvršenje zatvorske kazne

Prebukiranost zatvora i velika izdvajanja iz državnog budžeta za održavanje sistema penalnih ustanova dominantno su uticali na pojavu modernih privatnih zatvora tokom osamdesetih i devedesetih godina dvadesetog veka, i to pre svega u SAD i Velikoj Britaniji. Poznato je da SAD drži neslavni rekord u broju osuđenika koji izdržavaju zatvorsku kaznu sa čak 730 zatvorenika na svakih 100.000 građana, dok u Velikoj Britaniji situacija ipak nije kritična jer je na svakih 100.000 građana zatvoreno njih

155.[1] U SAD je takodje zabeležen skokoviti porast ukupne zatvoreničke populacije, pa je broj onih koji se nalaze na izdržavanju zatvorske kazne učetvorostručen u periodu od 1973. do 1990. godine.[2] Dalje, ova država je samo tokom 2008. godine izdvojila preko 75 milijardi dolara za izvršenje krivičnih sankcija, od čega je najznačajniji deo sredstava uložen upravo u izvršenje zatvorske kazne.[3] U tom smislu ne začuđuje što je upravo iz SAD potekla ideja o privatizaciji zatvora, razume se sa željom da se ogromna davanja iz državne kase svedu na prihvatljive razmere, te da se istovremeno postignu bolji rezultati u budućem suzbijanju kriminaliteta.

Svakako, istorija kaznenih ustanova pamti privatne kaznionice i iz nešto dalje prošlosti. Tako se početkom 19. veka u SAD ustalila praksa angažovanja zatvorenika na najtežim fizičkim poslovima kao što su izgradnja puteva i železnica, zidanje javnih zgrada i slično, pri čemu je država "iznajmljivala" osuđenike privatnom sektoru u cilju obavljanja pomenutih radova. Privatnici su državi plaćali određeni iznos kao naknadu za rad zatvorenika, a neretko je privatni sektor na sebe preuzimao i brigu o smeštaju, ishrani i čuvanju osuđenika.[4] Zabeleženo je da je ovakavo "moderno ropstvo" podrazumevalo izuzetno loš tretman zatvorenika, te da su oni često bili nezaštićeni i iskorišćeni do krajnjih granica izdržljivosti. Osim toga, govorimo o vremenu kada jačaju ideje o blagodetima sindikalnog udruživanja, te je u tom smislu jasno da su se sindikalne organizacije oštro suprotstavljale angažovanju nezaštićene i jeftine zatvoreničke radne snage. Otuda ne začuđuje to što je izdržavanje zatvorske kazne pod patronatom privatnih korporacija i preduzetnika u SAD proglašeno neustavnim početkom 20. veka, od kada ovakva praksa odlazi u istoriju.[5]

---

[1] Po velikom broju zatvorenika ističe se i Rusija sa 529 zatvorenika na svakih 100.000 građana. Prema: International Centre for Prison Studies, *World Prison Brief*, podaci za Veliku Britaniju i Rusiju su iz 2012. godine, a za SAD iz 2010. godine.

[2] McDonald, prema: D. Pozen, "Managing a correctional marketplace: prison privatization in the United states and the United kingdom", *Journal of Law & Politics*, 19, 2003, str. 262.

[3] J. Schmitt , K. Warner, S. Gupta S, *The high budgetary cost of incarceration.* Washington DC, 2010, str. 2.

[4] D. W. Miller, "The Drain of Public Prison Systems and the Role of Privatization: An Analysis of State Correctional Systems", *ProQuest Discovery Guides*, February 2010, dostupno na; "www.csa.com/discoveryguides/prisons/review.pdf, " pristupljeno 21. februara 2012. godine

[5] Više o ekonomskim razlozima koji su uticali na ukidanje privatnih zatvora, pogledati u: D. W. Miller, "The Drain of Public Prison Systems and the Role of Privatization: An Analysis of State Correctional Systems", *ProQuest Discovery Guides*, February 2010, dostupno na; "www.csa.com/discoveryguides/prisons/review.pdf, "pristupljeno 22. februara 2012. godine

Međutim, narastajući talas kriminaliteta, gorući problem prenaseljenosti zatvora, nezadovoljstvo osuđenika, pobune po penalnim ustanovama i visoka stopa povrata ponovo aktuelizuju mogućnost uključivanja privatnog kapitala u mehanizme izvršenja krivičnih sankcija. Problemi sa zatvorima osobito su karakteristični za SAD kao državu sa izuzetno kompleksnim sistemom kaznionica koje postoje kako na centralnom niovu, tako i na nivou federalnih država. Na prebukiranost američkih zatvora, ubrzano popunjavanje zatvorskih kapaciteta i izricanje dugotrajnih zatvorskih kazni uticale su mnoge inicijative putem kojih je trebalo staviti kriminalitet pod kontrolu, a građanima koji poštuju zakon zagarantovati bezbednost. Među takvim inicijativama posebno se ističe ona poznata pod krilaticom "*Three strikes and you`re out",* koja je omogućila da se u značajnom broju federalnih država svako lice koje bude osuđeno i po treći put, - uputi na izdržavanje vremenski neodređene kazne zatvora, bez obzira na prirodu i težinu delikata iz celokupnog kaznenog dosijea.[6]

U SAD je takođe izražen trend učestalog primenjivanja dugotrajnih zatvorskih kazni za krivična dela u vezi sa zloupotrebom narkotika,[7] pri čemu zatvaranje populacije koja učestvuje u ovom obliku kriminaliteta dodatno komplikuje zahteve koji se stavljaju pred penalne ustanove, utoliko što treba misliti o problemima u vezi sa zavisnošću, specifičnim bezbednosnim izazovima i sličnom. Ne bi li se svi ovi ljudi bezbedno i što ekonomičnije smestili, država se okreće privatnom kapitalu, otvarajući jedno nove polje na koje se može investirati novac, i to u cilju ostvarivanja popriličnog profita. O perspektivnosti nove penalne delatnosti najilustrativnije govori podatak da za godišnje izdržavanje samo jednog zatvorenika u Kaliforniji, inače saveznoj državi sa najvećom prebukiranošću zatvora, iz budžeta treba izdvojiti čak 44.563,00 dolara.[8]

Kada je reč o Velikoj Britaniji u ovoj zemlji se takođe tokom poslednjih decenija 20. veka aktuelizuje problematika privatnih zatvora. Međutim, za razliku od SAD, ovde je privatizacija penalnog sistema imala bitno drugačiju političku pozadinu. Naime, po dolasku *Margaret Thatcher* na poziciju premijera tokom 1979. godine, konzervativci plasiraju neoliberalističku ideologiju, shodno kojoj, po njima precenjena i utopistički osmišljena, država blagostanja treba da ostane negde u prošlosti. Konzervativci se zalažu za sistem u kome caruje slobodna privreda i u kome

---

[6] Više o efektima ovih zakona u: L. Stolzenberg, S. D` Alesio , "Three strikes and you`re out, The impact of California`s new mandatory sentencing law on serious crime rates", *Crime & Delinquency*, 43/4, 1997, str. 457-469.

[7] M. A. Hallett, Private prisons in America: a critical race perspective, Chicago, 2006, str. 124,125.

[8] A. Skolnick, "Runaway Prison Costs Trash State Budgets", *The Fiscal Times*, februar 2011.

državna uprava samo omogućava da zakoni konkurencije i samoregulacije tržišta nesmetano funkcionišu. Stoga vlast nastoji da uključi privatni kapital u izgradnju novih bolnica i škola, u pružanje socijalnih usluga, ali i u izgradnju i održavanje kaznenih ustanova.[9] Dakle, u Velikoj Britaniji problem prenaseljenosti nije dosegao takve kritične razmere da bi otvaranje privatnih ustanova postalo neophodnost, već je postojala volja da se i u ovoj oblasti primeni jedna jedinstvena filozofija na bazi koje je trebalo reformisati celokupan sistem funkcionisanja države i privrede. Sa druge strane, ovakav sled događaja je omogućio Britancima da nešto bolje i sistematičnije kontrolišu svet privatnih kompanija koje su se pojavile kao pružaoci penalnih usluga, te da u tom smislu odlučnije odbace one elemente privatizacije koji su se pokazali kao nepoželjni.[10]

Osim u Velikoj Britaniji i u drugim evropskim zemljama se takođe otvaraju privatne penalne ustanove, mada ovaj koncept u načelu nije dobro prihvaćen na starom kontinentu. U Holandiji se privatni kapital poslednjih godina uključio u oblast izvršenja krivičnih sankcija, u Francuskoj i Nemačkoj privatni sektor učestvuje u upravljanju zatvorima,[11] a u literaturi se navodi da zemlje poput Irske, Letonije, pa i Srbije, razmišljaju o mogućnostima privatizacije kaznenog sektora.[12] Ipak, naglašavamo da kada je reč o Srbiji nismo došli do bilo kakvih saznanja o nekoj konkretnijoj inicijativi na ovu temu. U kontinetnalnom delu Evrope su inače opšte prilike takve da bi se teško moglo govoriti o širem i suštinskom prihvatanju privatizacije zatvora, s obzirom na bogatu tradiciju i čvrste mehanizme zaštite ljudskih prava, te samim tim i manifestovanje značajnog otpora ka inovacijama koje bi potencijalno mogle prouzrokovati povredu ovih prava. Otuda se smatra da je evropski kontinentalni zatvorski sistem najusklađeniji sa standardima koje je nekada propagiralo Društvo naroda, a danas Ujedinjene nacije i Evropska unija, te da u tom smislu ovaj sistem ne može tek tako da podlegne globalističkim tendencijama i uticajima iz SAD.[13]

U Australiji je zastupljen nezanemarljiv broj privatnih zatvora, što je sasvim očekivano ukoliko se ima u vidu specifično državno uređenje Krunskih zemalja Komonvelta (*Commonwealth realms*), te politički i kulturni uticaj koji Velika Britanija neminovno vrši na Australiju. Zanimljivo je da je u Viktoriji, jednoj od australijskih država, u privatnim zatvorima smešteno čak 50% ukupne zatvorske populacije te države, što je

---

[9] Y. Jewkes, J. Bennet, *Dictionary of prisons and punishment*, Devon, 2008, str. 229.

[10] Više o tome: D. Pozen, op.cit, str. 258-260.

[11] Y. Jewkes, J. Bennet, op. cit, str. 229.

[12] Prema: D. Pozen, op.cit, str. 253, 254.

[13] Z. Nikolić, "Nacionalne, kulturološke i filozofskopravne karakteristike zatvorskih sistema (uporedna analiza)", *Strani pravni život,* 2, 2009, str. 281.

najveće zabeleženo učešće privatnog kapitala u izvršenju zatvorske kazne bilo gde u svetu.[14]

Kada je reč o samoj tehnici putem koje privatni kapital ulazi u zatvore, tu uočavamo više bitno različitih modaliteta. Prvo, postoji mogućnost da se privatne kompanije angažuju u pružanju raznovrsnih usluga, kao što su pripremanje hrane, zdravstvena zaštita, psihološki tretmani, programi stručnog osposobljavanja, rehabilitacijski programi i slično. Država daje sredstva za pružanje pomenutih usluga vodeći računa o mogućim uštedama, te se rasterećuje od mnogih kompleksnih aktivnosti, a penalne ustanove koje su korisnici usluga privatnog sektora u suštini i nisu privatizovane. Drugi modalitet podrazumeva finasiranje projektovanja i izgradnje zatvora od strane privatnog kapitala, pri čemu u fazi nakon izgradnje objekta država plaća zakupninu i snosi druge troškove u vezi sa izvršavanjem zatvorske kazne koja je inače u potpunosti prepuštena privatnicima.[15] Treći modalitet obuhvata predavanje postojećih državnih penalnih ustanova privatnim kompanijama, koje dobijaju određenu novčanu nadoknadu po svakom zatvoreniku koji izdržava kaznu u privatizovanoj ustanovi.[16] Naime, privatnoj kompaniji sleduje *per diem* naknada, a profit je utoliko veći ukoliko se manji deo ovog iznosa utroši za pokrivanje faktičkih troškova. Očigledno je da iz predstavljene računice mogu da proizađu određene zloupotrebe, to jest forsiranje štednje po raznim osnovima, uključujući zakidanje na obrazovnim i rehabilitativnim sadržajima, što svakako ne ide u prilog osuđenicima. Oni koji se zalažu za što širu privatizaciju, pak, naglašavaju da takve nepravilnosti država može da spreči bez većih muka, i to čestim i rigoroznim kontrolama koje mogu rezultirati i jednostranim raskidom ugovora o saradnji.[17]

2. Privatizacija zatvora i unapređivanje sistema izvršenja zatvorske kazne

Već smo naglasili da su poslednje decenije 20. veka donele zaokret u smislu oštrije kaznene politike i šire primene zatvorske kazne u Velikoj Britaniji i SAD, što je bilo posledica porasta stope kriminaliteta u ovim

---

[14] R. Harding, "Private Prisons in Australia: The Second Phase", *Trends & issues in crime and criminal justice*, 84, 1998, str. 1.

[15] Y. Jewkes, J. Bennet, op. cit, str. 229.

[16] O modalitetima putem kojih privatni sektor može učestvovati u izvršenju kazne zatvora pogledati: T. Pratt, J. Maahs, "Are private prisons more cost-effective than public prisons? A meta-analysis of evaluation research studies", *Crime and Delinquency*, 45, 1999, str. 359.

[17] Y. Jewkes, J. Bennet, op. cit, str. 230.

državama.[18] Ipak, promene u zatvorskom sistemu i privatizaciju zatvora bitno uslovljavaju i pojedini teorijski pravci koji plasiraju neke nove ideje. Otuda je bila veoma uticajna penološka struja predvođena *Robertom Martinsonom* i čuvenim sloganom "*nothing works"* (ništa nije delotvorno u pogledu popravljanja osuđenih, reintegracije i nadasve sprečavanja povrata). Ovaj američki sociolog priključio se autorskom projektu *Douglas Liptona* i *Judith Wilks* preduzetom u cilju procene efekata rehabilitativnih programa. Troje autora su 1974. godine objavili rezultate istraživanja u studiji *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies*, iznevši krajnje pesimističan stav da ni jedan od 231 proučavanog programa nije dao očekivane efekte u smislu smanjenja povrata.[19] Ovaj teorijski pravac je uticao na dalju sudbinu zatvora, jer ukoliko se već rehabilitativni pristup pokazao kao nedelotvoran, odnosno ukoliko boravak u penalnoj ustanovi realno ne može da doprinese nekom suštinskom popravljanju osuđenih, to implicira da treba makar omogućiti privatnom kapitalu da primeni tržišne zakone i tako ostvari velike uštede za državnu kasu.

Razočarenje u rehabilitativni pristup je prirodno bilo propraćeno zalaganjem za strožiju kaznenu politiku. Naime, ukoliko kazna ne služi popravljanju, onda treba bar da bude srazmerna težini delikta. Dugotrajnije kazne, pak, rezultiraju većom gužvom u penalnim ustanovama. U novonastaloj situaciji mnoge od federalnih država u SAD bivaju prinuđene da ubrzano zidaju nove i veće kaznionice za šta opet treba obezbediti finansijska sredstva. Pri tome, građani se takođe slažu da prestupnike treba kažnjavati i lišavati slobode kako bi se garantovala opšta sigurnost i očuvao poredak, ali istovremeno ne žele da se budžetska sredstva preusmeravaju u izgradnju i održavanje zatvora, umesto u zdravstvenu i socijalnu zaštitu, obrazovanje i druge oblasti od društvenog interesa. Zato je još jedan argument za privatizaciju zatvora bio težnja da se putem učešća privatnog kapitala u izvršenju krivičnih sankcija ceo sistem unapredi i učini ekonomičnijim.[20]

U Velikoj Britaniji, pak, oštrija kaznena politika nije dovela do tako drastične prenaseljenosti zatvora, ali je nakon dugotrajnog i detaljnog razmatranja, odlučeno da se pokuša sa privatizacijom zatvora. I ovde se u privatne kaznionice polagala velika nada, te se očekivalo unapređenje

---

[18] Za SAD je karakterističan i porast nasilničkog kriminaliteta među maloletnicima od osamdestih godina prošlog veka-Prema: A. Boutiler, M. Cohen, *Diversion literature review*, prepared for US Department of Justice, Bethesda, 2009, str. 2.

[19] D. L. MacKenzie, What works in corrections, reducing the criminal activities of offenders and delinqunetes, New York, 2006, str. 8-10.

[20] D. Pozen, op.cit, str. 264.

čitavog sistema izvršenja zatvorske kazne[21] i drugih krivičnih sankcija, smanjenje povrata i smanjenje finansijske opterećenosti države. Vlada je takođe želela da putem otvaranja privatnih kaznionica utiče na sindikat zatvorskih čuvara, s obzirom da je on vremenom postao veoma snažan, te da je značajno uticao na ukupnu problematiku izvršenja krivičnih sankcija i na uvećanje državnih rashoda na tom polju. Zanimljivo je da je koncept privatizacije penalnih ustanova opstao i pošto su konzervativci izgublili vlast, te da labursti nisu pristupili podržavljenju privatnih zatvora iako su u predizbornim kampanjama sredinom devedesetih godina prošlog veka to obećavali.[22]

Nisu samo ekonomski, praktični i tehnički razlozi uticali na privatizaciju zatvora. Naime, bilo je i želje da se kazneni sistem koncepcijski menja, pa se rađa ideja o tome da će upravo privatizacija izvršenja zatvorske kazne doprineti boljem ostvarivanju rehabilitativnih ciljeva. Ukoliko država nije uspela da se uspešno izbori sa problemom recidivizma, možda će privatnici u tom smislu primeniti neke napredne tehnike. U tržišnoj privredi svako se bori za sopstveni, što veći, deo kolača, pa bi tako i privatni kapital mogao unaprediti zatvore u želji da što boljim pružanjem usluga ostvari što veću zaradu.

3. Protivljenje privatizaciji zatvorskog sistema

Do sada smo se uglavnom osvrnuli na razloge koji su delimično opravdavali svojevrsnu ekspanziju privatnih zatvora krajem 20. i početkom 21. veka. Kada je, pak, reč o razlozima koji ne govore u prilog uvođenju tržišne logike na teren sankcionisanja kriminaliteta, videćemo da su po tom pitanju kontrargumenti ipak nešto brojniji.

Prvo i osnovno, protivnici privatizacije zatvora ističu da pravo na sankcionisanje društveno opasnih ponašanja kojima se ugrožavaju ključne vrednosti i postulati datog poretka može da pripada samo državi. U tom smislu se pozivaju na teoriju društvenog ugovora, te na velike mislioce poput "http://bs.wikipedia.org/wiki/Tomas_Hobs" \o "Tomas Hobs"-a, *"http://bs.wikipedia.org/wiki/John_Locke" \o "John Locke"* -a i "http://bs.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau" \o "Jean-Jacques Rousseau" -a, koji, veoma pojednostavljeno rečeno, smatraju da se svaki građanin odriče dela svoje samostalnosti kako bi legalna i legitimna državna vlast, obezbedila ono što je u svačijem najboljem interesu. Stoga protivnici privatizacije smatraju da je potpuno neprihvatljivo uzurpiranje ovih

[21] Videti: H. Logan, *Privatizing Prisons: The moral case,* Adam Smith Institute, London, 1987.

[22] D. Pozen, op.cit, str. 255, 256.

ovlašćenja od strane bilo kojih instanci koje se ne mogu smatrati polugama zakonito odabrane vlasti. Ova zamerka ipak nije adekvatno utemeljena kada je reč o privatnim zatvorima, jer se gubi iz vida da pravo na izricanje kazne lišenja slobode na preuzima nikakva privatna instanca, već da se nedržavni sektor uključuje isključivo u izvršenje zatvorske kazne. Dakle, sudovi, ili eventualno drugi organi koji su za to ovlašćeni, i dalje u zakonito sprovedenom postupku izriču kaznu za izvršeno krivično delo, a nedržavne strukture učestvuju samo u implementaciji već potpuno definisane kazne. Istini za volju, ne treba gubiti iz vida da, posebno u SAD, postoji mogućnost da penitensijarna administracija putem instituta uslovnog otpuštanja utiče na trajanje zatvorske kazne, mada se i tu zloupotrebe mogu onemogućiti uvođenjem striktnih procedura i nadzornih mehanizama.

Sledeća zamerka tiče se bojazni da bi privatizovanje zatvora moglo nepovoljno uticati na zaštitu ljudskih prava, te uopšte mentalnog i fizičkog integriteta osuđenika. Nažalost, literatura ukazuje na određenu utemeljenost ove bojazni. U tom smislu je situacija u SAD ipak nešto kritičnija no u drugim zemljama koje su odobrile privatizaciju zatvora. Tako je u privatnom zatvoru *Youngstown* u državi Ohajo ubrzo po njegovom otvaranju 1997. godine zabeležena serija incidenata, pa je u kratkom vremenskom periodu čak 19 zatvorenika izbodeno nožem, pri čemu je nažalost bilo i fatalnih ishoda. Smatra se da je ovo bilo posledica neadekvatne klasifikacije zatvorenika, ali i neprimenjivanja nužnih bezbednosnih mera.[23] U julu 1998. godine iz ustanove je pobeglo 6 zatvorenika, među kojima četvorica osuđenih za ubistvo, a u martu 1999. godine je *Corrections Corporation of America*, privatna korporacija koja je upravljala ustanovom, isplatila 1,6 miliona dolara osuđenicima koji su podneli tužbu za naknadu štete zbog lošeg tretmana u zatvoru, a potom je *Youngstown* konačno i zatvoren u julu 2001. godine.[24] U Velikoj Britaniji je, i pored toga što nije bilo značajnijih zamerki na privatne zatvore u celini, nezavisna komisija utvrdila da u privatnoj ustanovi za maloletne prestupnike u *Ashfieldu* nije postupano u skladu sa posebnim pravilima i procedurama, da su opšti uslovi boravka bili loši, kao i da službenici nisu bili adekvatno edukovani za složene poslove koji su im povereni.[25]

Ipak, kada je reč o kršenju ljudskih prava, treba biti objektivan pa uočiti da opasnost od kršenja ovih prava podjendanko preti i u državnim penalnim institucijama. Stoga se protiv nepravilnosti treba boriti

---

[23] R. Mattera, M. Khan. Corrections Corporation of America: A Critical Look at its First Twenty Years, Washington, DC, 2003, str. 14.

[24] R. Mattera, M. Khan, op. cit, str. 14.

[25] HM Chief Inspector of Prisons, *Repport on a full announced inspection of HMP & YOI Aashfiled 1-5. July 2002,* London, 2002.

organizovanjem odgovarajućih nezavisnih nadzornih komisija koje bi agilno pratile stanje kaznenog sistema. U Velikoj Britaniji je u tom smislu zagarantovana nešto bolja zaštita jer svaki privatni zatvor mora imati unapred određenog nadzornika koji kontinuirano prati stanje u datom zatvoru,[26] dok su u SAD stvari daleko fleksibilnije uređene. Tako u SAD postoji *American Correctional Association* (ACA) koja, uglavnom na trogodišnjem nivou, daje licence privatnim penalnim ustanovama, ne baveći se pri tome toliko praksom koja se primenjuje u konkretnoj ustanovi, koliko formalnim pitanjima i poštovanjem izvesnih procedura. Takođe, službenici pomenute asocijacije od privatnih ustanova dobijaju naknadu za izdavanje licence, te se u tom smislu mogu istaći zamerke u pogledu nepristrasnosti ACA.

Konačno, izuzetno bitna zamerka na rad privatnih zatvora tiče se njihove primarne orijentisanosti ka ostvarivanju profita. Naime, privatni zatvor mora da posluje kao i svaka druga kompanija koja želi da se održi na tržištu. Jednostavno, treba smanjiti rashode, a uvećati prihode. Kako prihodi privatnog zatvora jesu sredstva koja država uplaćuje ovim ustanovama po svakom zatvoreniku koji boravi pod njihovim okriljem, to je logično da privatni zatvor nastoji da smesti što veći broj osuđenih lica, a da pri tome što manje troši na zadovoljavanje njihovih potreba. Ovo nas dovodi i do ključne zamerke na rad privatnih zatvora koja se svodi na to da oni ne mare za to da li će se i u kojoj meri zatvorenik resocijalizovati, obučiti za određeno zanimanje, obrazovati i pripremiti za društvenu reintegraciju. Štaviše, privatnim zatvorima ide u prilog da im osuđenici što duže ostanu na smeštaju, a isto tako i da se, pošto jednom napuste ustanovu, što pre i vrate.[27]

Takođe, u literaturi se ističe kako je sa moralne tačke gledišta neprihvatljivo sticanje dobiti putem učestvovanja u izvršenju zatvorske kazne, imajući u vidu da je u pitanju sankcija kojom se čoveku nesporno nanosi velika patnja.[28] Naime, suština izricanja kazne zatvora ogleda se u generalnom i specijalnom preventivnom dejstvu putem koga treba sprečiti buduće kršenje imperativnih i prohibitivnih normi na kojima jedan poredak počiva, te s obzirom na nesporni opšti društveni značaj sankcionisanja kriminaliteta tu oblast ne treba dovoditi u vezu sa ostvarivanjem profita i tržišnim principima. Iako ova zamerka nije u potpunosti neutemeljena, ona ipak ne stoji na čvrstim nogama. Ljudi privređuju pružanjem različitih usluga koje su u datom sistemu neophodne i ukoliko se takve usluge obavljaju u skladu sa zakonom u njima ne bi trebalo tražiti naznake nemoralnosti.

---

[26] D. Pozen, op.cit, str. 276, 277.

[27] T. Pratt, J. Maahs, op.cit, str. 359.

[28] Y. Jewkes, J. Bennet, op. cit, str. 230.

4. Aktuelno stanje

Danas celokupnim tržištem privatnih zatvora gospodare dve velike korporacije. U pitanju su *Corrections Corporation of America* (CCA) i *GEO Group INC*. CCA je osnovana 1983. godine, posluje pre svega na teritoriji SAD, a tokom 2010. godine je ostvarila prihod od 1,67 milijardi dolara.[29] *GEO Group INC* je nastala transformisanjem dobro poznate *Wackenhut Corrections Corporation* koja posluje još od 1984. godine i trenutno kontroliše 118 penalnih ustanova, među kojima su, pored ustanova u SAD, i zatvori u Australiji, Južnoj Africi i Velikoj Britaniji.[30] U 2010. godini *GEO Group INC* je ostvarila prihod od 1,27 milijardi dolara. O velikom privrednom potencijalu ovih kompanija svedoči i to što je tokom 2011. godine *GEO Group INC* sebi pripojila preduzeće *Cornell Companies*, čije su pojedine frakcije prešle u oblast krivičnih sankcija koje se izvršavaju na nivou lokalne zajednice.[31] Borba kompanija za prevlast na "privatnom zatvorskom tržištu" zapravo ukazuje na atraktivnost ove oblasti, a činjenica da su celo tržište zauzele samo dve gigantske kompanije govori o ozbiljnosti sa kojom se one zalažu za svoju poziciju, kao i o tome da privatizacija zatvora svakako ima svoju budućnost.

Zanimljivo je da privatni zatvori opstaju, pa i intenziviraju svoju delatnost, i u aktuelnom trenutku, bez obzira na to što je na globalnom nivou ipak prevashodno zastupljen trend primene krivičnih sankcija koje ne podrazumevaju instuitucionalizaciju, odnosno lišenje slobode. Tako se Ujedinjene nacije zalažu za što širu i potpuniju implementaciju Standardnih minimalnih pravila za mere alternativne institucionalnom tretmanu (*Tokijska pravila*),[32] insistirajući na izbegavanju zatvorske kazne u svim slučajevima u kojima je to iole prihvatljivo. Takođe, sve više se govori i o primeni koncepta restorativne pravde, koji takođe potiskuje kaznu lišenja slobode u drugi plan. Kako su opisane tendencije nepovoljne po interese i budućnost privatne zatvorske industrije, u literaturi se sve češće navodi da privatni kapital ne preza od lobiranja, ali ni od nekih nedozvoljenih oblika uticanja na nosioce vlasti u cilju očuvanja sopstvenih pozicija. Ovakav trend je pre svega prisutan u SAD,[33] mada privatni zatvori upravo u ovoj državi mogu da računaju na relativno stabilno tržište s obzirom na konstantno prisutan trend

---

[29] P. Ashton, Gaming the system:How the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, Justice Policy Institute, Washington, D.C, 2011, str. 7.

[30] P. Ashton, op. cit, str. 8.

[31] P. Ashton, op. cit, str. 9.

[32] Usvojena 14. decembra 1990. godine Rezolucijom Generalne skupštine br. 45/110

[33] P. Ashton, op. cit, str. 10-12.

povećavanja ukupne zatvoreničke populacije bez obzira na globalne kriminalnopolitičke tendencije.

I pored načelnog opredeljivanja za što manju zastupljenost zatvorskih kazni, privatni zatvori imaju svoju jasno definisanu i relativno bezbednu poziciju. Iako se nisu obistinile pretpostavke iz osamdesetih i devedesetih godina prošlog veka o budućoj kontinuiranoj ekspanziji privatnog zatvorskog sistema, danas je zastupljen nezanemarljiv broj privatnih penalnih ustanova, s tim što SAD apsolutno prednjače po brojnosti ovakvih institucija. Tako je tokom 2002. godine 5,8% od ukupnog broja zatvorenika boravilo u privatnim zatvorima,[34] što s obzirom na veliki broj zatvorenika u SAD nije zanemarljivo učešće.

S obzirom da je od osnivanja prvih privatnih zatvora prošlo više od dvadeset godina, u ovom trenutku već ima mesta sumiranju izvesnih efekata njihovog rada i poslovanja. U literaturi se prevashodno ističe da opšti utisak nije osobito impresivan. Zapravo, ispostavilo se da privatni zatvori nisu doneli neki poseban pomak na polju izvršenja krivičnih sankcija, ali i da isto tako ne predstavljaju ni odveć veliko razočarenje. Posle prvobitnog velikog interesovanja i ubrzanog otvaranja novih zatvora, došlo je do svojevrsne stagnacije i smirivanja aktivnosti, a neke instituciije su vremenom i zatvorene.

Što se tiče samog kvaliteta usluga koje su pružane putem privatnih zatvora, ni tu se ne može govoriti o nekim izrazito pozitivnim ili negativnim impresijama. Iako su se mnogi pribojavali da će doći do drastičnog kršenja ljudskih prava, situacija po tom pitanju ni u jednom momentu nije izmakla kontroli. Štaviše, sva ona nezadovoljstva i zamerke koje osuđenička populacija ima na tretman u državnim ustanovana ponavljaju se, sa manjim ili većim razlikama, i u privatnom sektoru.

Na kraju, što je najznačajnije, privatni zatvori nisu uspeli da naprave iskorak u pravcu uspešnijeg suzbijanja recidivizma, iako su velike nade polagane u njihov potencijal po tom pitanju. Tako su postignuti efekti kada je u pitanju povratništvo podjednako nezadovoljavajući, kako kada su u pitanju državne penalne institucije, tako i privatne ustanove. Treba imati u vidu da se u literaturi neretko ističe da nema dovoljno relevantnih komparativnih istraživanja na osnovu čijih bi se rezultata pouzdanije mogli izvoditi zaključci o uspešnosti rada privatnih ustanova, sa jedne strane i državnih, sa druge.[35] U tom se smislu čak češće ističe nedostupnost podataka

---

[34] W. Bales, L. Bedard et al, "Recidivism of public and private state prison inmates in Florida", *Criminology and public policy,* 4/1, 2005, str. 58.

[35] W. Bales, L. Bedard et al, op. cit, str. 59.

koji se tiču upravo državnih institucija, ali i brojni tehnički i metodološki problemi koji inače prate ovu vrstu istraživanja.

Značajan deo argumentacije onih koji su se protivili privatizaciji zatvora ticao se bojazni da će, usled izražene želje za sticanjem što većeg profita, zatvorenici u privatnim ustanovama biti lišeni mnogih rehabilitativnih sadržaja, edukativnih programa, programa za sticanje stučnih kvalifikacija i uopšte drugih sadržaja od kojih bi mogli uživati nezanemarljive blagodeti. Literatura međutim ukazuje na neosnovanost ovakvih zamerki. Naime, po pitanju pružanja pomenutih usluga situacija nije osobito sjajna ni u državnim ustanovama, pa privatni zatvori na tom polju nisu manifestovali bitno slabije rezultate, a pokazalo se čak i da su pojedine privatne ustanove u ovoj oblasti otišle koji korak dalje od državnih institucija.[36]

5. Završna razmatranja

Iz izloženog sumarnog prikaza istorijata i sadašnjosti privatnih zatvora neminovno proizlazi nekoliko bitnih zaključaka. Prvo, privatni zatvori se nisu pokazali i dokazali kao veliko penološko otkriće koje će izazvati dugo očekivanu revoluciju na polju izvršenja kazne lišenja slobode. Međutim, ni crne slutnje onih koji su smatrali da će se ovom privatizacijom grubo kršiti ljudska prava takođe nisu realizovane. Štaviše, vreme je pokazalo da su svi oni problemi sa kojima se susreću državni zatvori, manje ili više, svojstveni i privatnim ustanovama. Dalje, nakon početnog većeg interesovanja, u periodu od početka 21. veka pa nadalje primećuje se blago opadanje pažnje kako državnih aktera tako i privatnog sektora, odnosno ne dolazi do značajnije izgradnje novih privatnih kaznionica, a neke već postojeće prestaju da funkcionišu. Takođe, primetno je da se među privatnim kompanijama zainteresovanim za ovu oblast dogodila svojevrsna prirodna selekcija, te da su dve najjače kompanije, *Corrections Corporation of America* i *GEO Group INC,* preuzele na sebe vođenje čitavog, nazovimo ga tako, biznisa. Konačno, može se očekivati da će neka nova ulaganja privatnog kapitala u budućem periodu biti orijentisana ka novijim, alternativnim oblicima krivičnih sankcija, odnosno ka penalnim merama koje se realizuju na nivou društvene zajednice, o čemu svedoči primer *Cornell Companies.*

Slažemo sa konstatacijom na koju se sve češće nailazi u literaturi, a koja se zapravo svodi na to da se pri eksperimentisanju sa privatnim zatvorima nije adekvatno iskoristilo ključno preimućstvo koje principi tržišnog poslovanja nose sa sobom. To preimućstvo se tiče spremnosti

---

[36] Tako: D. J. D'Amico, "The Business Ethics of Incarceration: The Moral Implications of Treating Prisons Like Businesses", *Reason Papers,* 31, 2009, str. 131.

privrednih subjekata da uspešnije i efikasnije obavljaju svoju delatnost, te da nadmaše konkurenciju, ukoliko će takav trud biti nagrađen većim profitom. Nažalost, suština poslovanja privatnih zatvora je redukovana na ostvarivanje dobiti koja potiče iz dnevne naknade koju država daje po svakom zatvoreniku koji boravi u penalnoj ustanovi. Stoga su privatne kaznionice pre svega orijentisane ka što ekonomičnijem pružanju usluga u vezi sa smeštajem, ishranom i bezbednim čuvanjem zatvorenika, svakako uz poštovanje odgovarajućih tehničkih standarda i procedura. Međutim, van polja interesovanja onih koji upravljaju privatnim kaznenim ustanovama ostaju neka mnogo značajnija pitanja koja su od daleko većeg opšteg društvenog interesa. Ta pitanja se tiču suzbijanja recidivizma i omogućavanja što uspešnije i potpunije reintegracije osuđenih lica po napuštanju zatvora. Kao što je dobro poznato, ni državni zatvori ne ostvaruju zadovoljavajuće rezultate na ovom polju, te je u tom smislu jedan od razoga zašto se pristupilo privatizaciji bila upravo želja da se znatno poboljšaju rehabilitativni programi i programi za edukaciju i stručno osposobljavanje zatvorenika. Po tom pitanju nisu postignuti značajniji uspesi, a uzrok se, između ostalog, krije u tome što još uvek ne postoje metode za kvantifikovanje uspeha u rehablitaciji, te samim tim nema ni primene mehanizama putem kojih bi se nagradile one prakse koje su se pokazale kao efikasne. Kako u suštini nema nikakvih podsticajnih mera čija bi primena navela privatne zatvore da poboljšaju kvalitet sopstvenog rada, to se kvalitativni napredak može bazirati samo na entuzijazmu i dobroj volji onih koji u ovoj oblasti rade. Otuda, pri sadašnjem stanju stvari, privatnom zatvoru sa finansijske tačke gledišta ide u prilog da u svakom momentu ima što više zatvorenika, da izdržavanje kazne traje što duže i da se zatvorenici što pre vrate na izdržavanje neke nove kazne.

LITERATURA

-Ashton P., Gaming the system:How the political strategies of private prison companies promote ineffective incarceration policies, Justice Policy Institute, Washington, D.C, 2011.

-Bales W., Bedard L. et al, "Recidivism of public and private state prison inmates in Florida", Criminology and public policy, 4/1, 2005, str. 57-82.

-Boutiler A., Cohen M., Diversion literature review, prepared for US Department of Justice, Bethesda, 2009.

-D'Amico D. J., "The Business Ethics of Incarceration: The Moral Implications of Treating Prisons Like Businesses", Reason Papers, 31, 2009, str. 125-147.

-Jewkes Y., Bennet J., Dictionary of prisons and punishment, Devon, 2008.

-Logan H., Privatizing Prisons: The moral case, Adam Smith Institute, London, 1987.

-MacKenzie D.L., What works in corrections, reducing the criminal activities of offenders and delinqunetes, New York, 2006.

-Mattera R., Khan M., Corrections Corporation of America: A Critical Look at its First Twenty Years, Washington, DC, 2003.

-Miller D. W., "The Drain of Public Prison Systems and the Role of Privatization: An Analysis of State Correctional Systems", ProQuest Discovery Guides, February 2010, dostupno na; www.csa.com/discoveryguides/prisons/review.pdf,

-Nikolić Z., "Nacionalne, kulturološke i filozofskopravne karakteristike zatvorskih sistema (uporedna analiza)", Strani pravni život, 2, 2009, str. 271-290.

-Pozen D., "Managing a correctional marketplace: prison privatization in the United states and the United kingdom", Journal of Law & Politics, 19, 2003, str. 253-282.

-Pratt T., Maahs J., "Are private prisons more cost-effective than public prisons? A meta-analysis of evaluation research studies", Crime and Delinquency, 45, 1999, str. 358-371.

-Skolnick A., "Runaway Prison Costs Trash State Budgets", The Fiscal Times, februar 2011.

-Stolzenberg L., D` Alesio S., "Three strikes and you`re out, The impact of California`s new mandatory sentencing law on serious crime rates", Crime & Delinquency, 43/4, 1997, str. 457-469.

-Schmitt J., Warner K., Gupta S., The high budgetary cost of incarceration. Washington DC, 2010.

-Hallett M. A., Private prisons in America: a critical race perspective, Chicago, 2006.

-Harding R., "Private Prisons in Australia: The Second Phase", Trends & Issues in crime and criminal justice, 84, 1998.

-HM Chief Inspector of Prisons, Repport on a full announced inspection of HMP & YOI Aashfiled 1-5. July 2002, London, 2002.

Milica Kovačević; MA,

Faculty of Special Education and Resocialization,

Belgrade

PRIVATE PRISONS

The paper discusses the process of prison privatization, which has been the topic of ongoing discussion for decades, especially in the USA. The reasons that justify prison privatization are the urge to cut the cost of imprisonment and the need to solve the problem of prisons" and to reduce the inmate recidivism. Opponents of prison privatization have pointed out that allowing companies to profit from punishment is unacceptable on moral grounds and that there is a significant risk of human rights violations. Ofcourse, those in favour of prison privatization do not agree.

The author concludes that private prisons have ensured their place in the modern system of criminal sanctions, although, contrary to expectations, they have not achieved significant successes in their work.

Keywords: *private prisons; overbooking; penal policy; recidivism*

Prof. dr Nataša Mrvić-Petrović
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Union u Beogradu

UDK: 343.26
Originalni naučni rad

VARIJANTE ZATVORSKOG TRETMANA KAO ALTERNATIVNE KRIVIČNE SANKCIJE I MERE

U radu se analiziraju uporedna rešenja u anglo-saksonskom i evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu u vezi sa izvršenjem kazne zatvora preko vikenda, u režimu poludnevnog zatvaranja. Ove varijante zatvorskog tretmana regulišu se kao nove, tzv. podeljene sankcije, posebni načini izvršenja kazne zatvora, podesni za kratkotrajne kazne zatvora ili se primenjuju u okviru uslovnog otpusta, radi dodatne kontrole ponašanja osuđenih lica i sprovođenja tretmana. Prednost ovih mera je u tome što predstavljaju pogodnost za osuđena lica koja zadržavaju radno mesto ili mogu nesmetano da nastave školovanje. Nedostaci su vezani za teškoće u organizovanju izvršenja i malu motivisanost osuđenih lica da se uključe u radne aktivnosti koje se za njih organizuju tokom uslovnog otpusta. Ipak, varijante zatvorskog tretmana mogu biti inspirativne za Republiku Srbiju koja se ima brojnu zatvorsku populaciju.

Ključne reči*: vikend zatvor, poludnevni zatvor, alternativne krivične sankcije, kuće na pola puta.*

UVOD

Na svetskom nivou se iz godine u godinu konstatuje stalno uvećanje brojnosti tzv. zatvorske populacije (lica lišenih slobode po osnovu osuda za krivično delo ili prekršaj i lica prema kojima se izvršava mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi)[1].

[1] Prema podacima iz maja 1911. godine iz najnovije Svetske liste zatvorske populacije tokom te godine 10,1 milion ljudi se nalazilo u zatvorima, dok stopa zatvaranja u čak 54% zemalja i teritorija premašuje 150 na 100 000 stanovnika (R. Walmsley, World Prison Population List, ninth edition, may 2011, dostupno na adresi: www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/WPPL-9-22.pdf, str. 1).

Potrebe obezbeđenja zadovoljavajućeg zatvorskog smeštaja za sve veći broj lica izazivaju povećanje budžetskih izdvajanja za izvršenje kazni zatvora. Istovremeno, prenaseljenost u zatvorskim ustanovama uvećava rizike od pojava nemira, nereda, zatvorskih pobuna, prenosa zaraznih bolesti i pojava samoubistava. To, posredno, opet vodi novim troškovima (za dovoljan broj osoblja u zatvorima, adekvatnu elektronsku i tehničku opremu radi povećanja bezbednosti u zatvoru ili za zdravstvenu zaštitu osuđenih lica). Sa druge strane, u skladu sa proklamovanom zaštitom ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno telo Saveta Evrope - Komitet za prevenciju torture nadzire uslove u zatvorima širom Evrope i upozorava države na propuste u vezi sa stanjima u zatvorskim i drugim ustanovama u kojima su smeštena lica lišena slobode. Ovi propusti, koji predstavljaju postupke suprotne Evropskim minimalnim zatvorskim pravilima i Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, mogu voditi direktnoj odgovornosti nacionalne države pred Evropskim sudom za ljudska prava zbog kršenja prava lica lišenih slobode koja se nalaze pod državnim staranjem.

U nastojanju da se smanji opterećenje zatvorskih ustanova, izbegnu rizici od kršenja ljudskih prava i prevaziđu nedostaci skopčani sa izvršenjem kazne zatvora poslednjih godina se u evropskim zakonodavstvima i praksi ponovo poseže za sve češćom primenom modifikacija zatvorskog tretmana uvođenjem tzv. polusloboda, podnevnog ili «vikend» zatvaranja *(semiliberty, semidetention, semicustody),* i praksi smeštaja osuđenih na uslovnom otpustu u «tranzicione hostele» ili «kuće na pola puta» (*half-way houses,* u Engleskoj: *bail hostel*).

Evropska tradicija sistema izvršenja kazni zatvora, zasnovana na progresivnom irskom sistemu prihvata podelu zatvorskih ustanova po sistemu obezbeđenja na: zatvorene, poluotvorene i otvorene. I ranije je, upravo u otvorenim ustanovama, bilo moguće osuđeno lice uputiti na rad izvan zatvorske ustanove ili mu omogućiti periodičan boravak (uobičajeno preko vikenda) izvan zatvora. Međutim, novije tendencije, koje danas dolaze do izražaja u pojedinim evropskim zakonodavstvima i sistemima izvršenja menjaju ova tradicionalna rešenja. Promene se kreću u dva pravca. Jedan pravac (i za teoretičare interesantniji) jeste pojava novih tzv. „podeljenih“ zatvorskih sankcija *(split sentences, partial sursis)* koje kombinuju zatvaranje i slobodu i predstavljaju svojevrsnu alternativu kazni zatvora. Drugi pravac se nadovezuje na izmene režima izvršenja kazne zatvora tako što se sada delimično zatvaranja može primenjivati i u sklopu izvršenja kazne zatvora u tzv. zatvorenim zatvorskim ustanovama ili u kombinaciji sa probacijom (naročito ako se osuđeni pušta na uslovni otpust).

Kako se i u Srbiji uočava stalni porast zatvorske populacije i stope zatvaranja[2], na koji se, umesto promenama kaznene politike nastoji odgovoriti izgradnjom novih zatvorskih ustanova i omogućavanjem izvršenja kazne zatvora u kućnim uslovima (uz elektronski nadzor), bilo bi zanimljivo stručnoj javnosti preneti strana iskustva u pogledu različitih varijanti poludnevnog ili vikend zatvaranja, koje bi mogle biti ekonomski povoljnije rešenje za državu, kojim bi se istovremeno u većoj meri mogli postići željeni kriminalnopolitički ciljevi. Zato je, odmah na početku rada, potrebno da se upoznamo sa razlozima koji su bili odlučujući za uvođenje poludnevnog zatvaranja.

Praktični ciljevi uvođenja poludnevnog zatvaranja

Prvi praktični cilj uvođenja poludnevnog zatvaranja jeste smanjenje izrečenih kratkotrajnih kazni zatvora. U formalnom smislu pod kratkotrajnim kaznama zatvora smatraju se kazne u rasponu od sedam dana do šest meseci. U funkcionalnom (ili materijalnom) smislu, dužina same kazne nije odlučujući kriterijum, te bi se kratkotrajnim kaznama mogle pribrojati i kazne trajanja devet ili dvanaest meseci, jer je to svaka kazna za vreme čijeg trajanja nije moguće primeniti redovne mere vaspitnog uticaja na osuđenika[3]. To znači da ovakva kazna ne može postići svoju svrhu.

Nepovoljni efekti kazne lišenja slobode najviše dolaze do izražaja kod kratkotrajne kazne zatvora. Smatra se da ova kazna izaziva štetne posledice po psihičko i fizičko zdravlje osuđenog lica, njegov porodični i socijalni status, kao i po društveno okruženje, a da nije delotvorna u meri koja bi opravdala njenu primenu. Zbog toga su i u predratnoj jugoslovenskoj pravnoj literaturi iznošena shvatanja da kratkotrajne kazne zatvora imaju «organske» mane koje se ne mogu lako ispraviti, kao i da se najveći nedostaci tiču načina njihovog izvršenja, a ne njihove prirode[4].

I zaista, najvažniji nedostaci kratkotrajne kazne zatvora pre svega dolaze do izražaja u oblasti specijalne prevencije. Zbog kratkog perioda izvršenja, ove kazne nisu podobne za sprovođenje prevaspitnog tretmana. Kratak period onemogućava da se potpunije upozna ličnost osuđenika i da

---

[2] Prema podacima iz Svetske liste zatvorske populacije Srbija je tokom 2011 godine imala 12 000 lica lišenih slobode, a stopa zatvaranja je iznosila 164 lica na 100 000 stanovnika. Po stopi zatvorenih Srbija se nalazi na neslavnom drugom mestu iza Crne Gore (stopa zatvaranja od 227) u poređenju sa osamostaljenim republikama nekadašnje SFRJ), u kojima stopa zatvaranja varira od 60 do 114 (R. Walmsley, op. cit., str. 5).

[3] N. Mrvić.-Petrović, Kriza zatvora, Beograd, 2007. god., str. 99-100.

[4] J. Šilović, S. Frank, Kazneno pravo, I opći dio, Zagreb, 1929. god., str. 174, T. Živanović, Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, opšti deo, knj. II, Beograd, 1937. god., str. 334-337.

mu se odredi adekvatan prevaspitni tretman. Tako kratko trajanje svodi ovu kaznu na pasivnu izolaciju osuđenika iz društva i njegov smeštaj «iza rešetaka». U tom periodu dok se kazna izvršava on obično ništa ne radi, niti se može preduzeti bilo kakva stručna obuka. U takvim uslovima on je najviše upućen na druženje sa ostalim osuđenicima, čime rastu rizici od «kriminalne infekcije», a zatvori postaju «škole kriminalaca». Jedini pozitivni efekat jeste u onemogućavanju zatvorskom izolacijom: držanjem osuđenog u zatvoru tokom određenog vremena društvo štiti od kriminaliteta[5].

Sa druge strane, razlog što su osuđenici dospeli na izdržavanje kratkotrajnog zatvora jeste težina učinjenog krivičnog dela, koje po pravilu spada u oblast «bagatelne» delinkvencije. Ova krivična dela su manje opasna po društvo u odnosu na druga. Kada se uporedi društvena opasnost onog što su učinili i samog osuđenika u odnosu na nepovoljne efekte kratkotrajnog zatvora, mora se uočiti da bi prema njima bilo humanije i delotvornije primeniti neke drugačije, manje represivne mere. Prvi korak u tom pravcu bilo je menjanje zatvorskog tretmana, korišćenjem različitih mogućnosti za delimičan boravak u zatvoru (uvođenjem tzv. «vikend» zatvaranja, poludnevnog zatvaranja).

Drugi razlog uvođenja prakse poludnevnog zatvaranja vezane su za nastojanja da se obezbedi delotvoran nadzor nad ponašanjem osuđenog lica koje se nalazi na slobodi (po osnovu uslovne osude, uobičajeno probacije ili tokom uslovnog otpusta). Poklapa se sa savremenim nastojanjima, koja dobijaju „krila“ zahvaljujući razvoju novih tehnologija, da društvena zajednica treba da kontroliše ponašanje rizičnih pojedinaca. Najopasniji pojedinci po društvo su svakako (bivša) osuđena lica, pa zato njihov boravak na slobodi mora biti kontrolisan, ne samo tokom vremena proveravanja ili preostalog dela kazne, nego često i doživotno, ako se radi o onima koji su učinili seksualno nasilje (a posebno nad decom). Pri tome se, uzgredno, različitim merama može uticati na osuđeno lice da promeni svoje vrednosne stavove, navike, životni stil i ponašanje u uskladi sa očekivanjima zajednice u koju nastoji da se uključi po izlasku iz zatvora. Takve ideje nadahnjuju izvršenje uslovnog kažnjavanja tipa anglo-američke probacije ili primenu uslovnog otpusta tokom kog se osuđenom nameće izvršenje određenih obaveza, praćenje uspeha uslovnog pomilovanja i slično.

Uobičajeno se u takvim slučajevima kombinuju odlike režima tzv. otvorenih ili poluotvorenih zatvorskih ustanova u uslovima zatvorenog zatvorskog režima ili sa probacijom. Na taj način se postiže kontrolisani

---

[5] A. de Frisching, The Objectives of the Penal System Security and Rehabilitation the Prison in the World and the World of the Prison, in: Prigione in Africa, Roma, 1985. god., str. 24.

prelazak osuđenog lica iz zatvora na slobodu i njegovo stepenovano prilagođavanje uslovima života u slobodi. Za razliku od poludnevnog i vikend zatvaranja, ovakve mere su primenjive i u slučajevima dugotrajnih zatvorskih osuda, u svim slučajevima ranijeg uslovnog otpusta posle dela izvršene kazne. Slično tome, postoje i različite kombinacije zatvora i tretmana na slobodi koje omogućavaju usklađeno delovanje na osuđeno lice: «šokom» zatvaranja i pogodnostima tretmana na slobodi. Posebni oblik mera koje smo nazvali alternativnim, iako se i njima postiže deprivacija slobode osuđenog lica jesu sankcije poput kućnog pritvora ili boravka u prevaspitnim kampovima. Ono što ove sankcije ili načine izvršenja kazne zatvora čini alternativnim, jeste što su deprivacije vezane za ograničenje slobode kretanja ipak manje nego da se ta osoba nalazi u zatvoru.

Polu-sloboda, vikend i fragmentarni zatvor

Poludnevno zatvaranje znači boravak u zatvoru tokom određenog broja sati (obično noću), dok se tokom dana osuđeno lice slobodno kreće van zatvorske ustanove i obavlja profesionalne i druge aktivnosti. Slično poluzatvoru postoji i tzv. polu-sloboda *(semi-liberte)*. Iako obe varijante zatvaranja podrazumevaju normalno obavljanje radnih aktivnosti osuđenog lica tokom delimičnog dnevnog boravka na slobodi, radi pripreme za socijalnu reintegraciju, postoje i izvesne razlike u poluzatvoru i poluslobodi. Razlike su ne samo u trajanju izrečene mere, nego i pogledu različito regulisane nadležnosti pri vršenju nadzora nad izvršavanjem, koja može biti poverena sudskoj ili izvršnoj vlasti.

"Vikend" zatvor podrazumeva izdržavanje kazne zatvora krajem nedelje (tokom slobodnih dana), dok se tokom radnih dana u nedelji osuđeno lice nalazi na slobodi. Izvršenje se uobičajeno sprovodi kroz ćelijski sistem, pri čemu osuđeno lice nema obavezu rada, niti se tokom boravka u zatvoru sprovodi tretman ili nadzor[6]. Ovakav način izvršavanja kazne zatvora naročito se pokazuje korisnim prema posebnim učiniocima krivičnih dela, naročito prema primarnim delinkventima koji su dobro socijalno prilagođeni, kao i prema učiniocima saobraćajnih delikata u alkoholisanom stanju.

Osim «vikend» zatvora mogu postojati i drugi oblici fragmentarnog izvršenja kazne zatvora: intervalno, tokom nekoliko radnih dana u nedelji uz periode uslovnog boravka na slobodi.

Poludnevno i vikend zatvaranje najpre je primenjeno u okviru fleksibilnog sistema sankcija koje kombinuju zatvor i pojačani nadzor u Sjedinjenim Američkim Državama. Osim u Sjedinjenim Američkim

[6] D. Lazarević, Kratkotrajne kazne zatvora, Beograd, 1974. god., str. 125.

Državama, poludnevno zatvaranje prihvaćeno je i u Australiji i Novom Zelandu, još od 1986. godine. U američkim programima za primenu mera u okrilju društvene zajednice već decenijama deluju tzv. centri za ranije i radno otpuštanje, kuće na pola puta, centri za restituciju. Osuđenici žive u ovim centrima, u obavezi su da učestvuju u odgovarajućem tretmanu, koji može značiti odvikavanje od alkohola ili droga. Ali oni nastavljaju da obavljaju svoj posao, da se školuju, ili im se pomaže da se zaposle ukoliko su nezaposleni. Zaposleni obično sami finansiraju ishranu ili u tom smislu dobijaju podršku porodice, dok u nekim programima plaćaju smeštaj ili daju materijalni doprinos za preduzeti tretman[7].

Prema zahtevima američke kriminalne politike trebalo je da ove varijante zatvorskog tretmana zamene kaznu zatvora, ali i da omoguće postupni «prelaz» od izvršenja kazne zatvora ka neformalnom uticaju okoline na učinioca krivična dela. Međutim, ranija istraživačka provera prakse primene poludnevnog zatvaranja pokazala je da se nerado koriste mogućnosti ovog postupka, te se umesto da zameni socijalne mere u procesu socijalne kontrole, on praktično «umeće» u formalni sistem kažnjavanja[8]. Ne možemo odoleti a da ne istaknemo da novija iskustva upravo pokazuju tačnost ovih zapažanja i na primeru evropskih država.

I zakonodavstva latino-američkih zemalja poznaju ovakvu meru. Vikend zatvor predvidjen je u Kostarici i Meksiku. Učinilac je u obavezi da provede vikend u odgovarajućoj ustanovi za izvršenje kazne zatvora. Vikend zatvaranje onemogućuje gubitak posla, kidanje porodičnih veza, stigmatizaciju, stres zbog boravka u zatvoru i bolest time izazvanu i slično. Slične mere predvidjene su u Meksiku i Brazilu kao aternative zatvoru. U Meksiku se poluzatvaranje na osnovu čl. 27 Krivičnog zakona primejuje na osnovu sudske odluke, izuzetno u pretkrivičnom postupku. U Brazilu na osnovu čl. 48 Krivičnog zakona određuje se sudskom odlukom kojom se precizira mesto, trajanje zatvaranja i aktivnosti osuđenog lica [9].

U većini evropskih zakonodavstava takođe se predviđa primena poludnevnog i vikend zatvaranja. Najveću tradiciju primena vikend zatvaranja ili smeštaja u kuće na pola puta ima u skandinavskim zemljama i u Velikoj Britaniji.

---

[7] A.K. Schmidt, An Overview of Intermediate Sanctions in the United States, u: U. Zvekić (ed.), Alternatives to Imprisonment in Comparative perspective, Chicago, 1994., str. 356.

[8] J. Bonta, L.L. Motiuk, The Diversion in Icarcerated Offenders to Correctional Halfway Houses, Journal of Research in Crime of Delinquency, 1987. god., br. 4, str. 302-323.

[9] E. Carranza, N.J. Liverpool, L. Rodrrigez-Manzanera, Alternatives to Imprisonment in Latin America, str. 411, u: U. Zvekić (ed.), op. cit..

Poludnevno zatvaranje, kakvo poznaje, na primer, britansko pravo, podrazumeva upućivanje učinioca krivičnog dela na tretman u zatvorske institucije na određeni broj časova u toku dana, obično do deset časova u toku nedelju dana uz obavezu učestovovanja u odgovarajućoj obuci. Uz ovu meru mogu se, kao dopunske, izreći zabrana nošenja oružja, zabrana upravljanja vozilom, ili se osuđenom može oduzeti putna isprava. Jedan dan izvršenja ove mere odgovara jednom danu kazne lišenja slobode[10]. Uobičajeno su bile primenjivane prema muškarcima starim između 21 i 30 godine starosti, povratnicima suđenim za provalne i obične krađe (u 7% slučajeva)[11]. Od 2004. godine britanska vlada je počela da primenjuje naročiti program vikend zatvora i fragmentarnog zatvora u odnosu na učinioce težih krivičnih dela (sa elementima nasilja, protiv imovine, protiv javnog reda). To više nisu modifikacije zatvorskog režima nego nove vrste osuda *(custody plus, intermittent custody)* pa su predviđene *Criminal Justice Act*-om br. 3283 iz 2003. godine. Prva mera se primenjuje na osnovu čl. 181 CJA prema onima koji su osuđeni na najmanje dvanaest meseci zatvora, tako što se ta kazna deli na kraće periode zatvaranja koje osuđeni treba da provede u zatvoru (može vikendom ili preko nedelje), dok period u međuvremenu može da provodi na slobodi uz prihvatanje različitih obaveza (na primer, doškolovavanja, stručnog osposobljavanja, lečenja od bolesti zavisnosti, izvršenja rada u javnom interesu i slično). Osuđenik potpisuje odgovarajući pismeni sporazum sa zatvorskom upravom, u kome su precizirane njegove obaveze i posledice u slučaju da ih prekrši, što treba da pospeši njegovu motivaciju da se vlada u skladu sa prihvaćenim obavezama.

Drugi program *(intermittent custody)* je varijanta prethodnog i primenjuje se eksperimentalno od 26. januara 2004. godine u jednom zatvoru za muškarce (Kirkhahn) i jednom za žene (Morton Hall) prema naročitoj kategoriji učinilaca koji su učinili teža krivična dela pa su kažnjeni zatvorom između 14 i 51 nedelje zatvora, ali ali nisu ocenjeni kao rizični po društvo. Kazna se izvršava tako da između 14 i 90 dana zatvora mogu biti zamenjeni zatvaranjem tokom vikenda ili po nekoliko dana preko radne nedelje (od ponedeljka do četvrtka ili od utorka do petka). Pri tome svaki jedan vikend zamenjuje tri dana zatvaranja, a jedan boravak preko radne nedelje četiri dana zatvaranja. Ostalih dana oni su slobodni, ali su obavezni da se javljaju nadležnim organima i da izvršavaju obaveze koje su im naložene sudskom odlukom.

Program se primenjuje najčešće u odnosu na izvršioce prevara i falsifikovanja. U eksperimentalni program uključen je bio 51 sud sa područja

---

[10] N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Moć i nemoć kazne, Beograd, 1998., str. 59.

[11] R. Vass, A. Weston, Probation Day Centres as an Alternative to Custody, The British Journal of Criminology, 1990, 30(2), str. 194-195.

Engleske i Velsa. Eksperimentalni program obuhvata 447 učinilaca, od čega su 124 žene. Smeštaj je obezbeđen u posebnim jedinicama, sa znatno boljim uslovima u odnosu na druge ustanove. Za vreme dok su na slobodi, ovi učinioci su obavezno pod zaštitnim nadzorom (u okviru probacije) i moraju ispunjavati dopunske obaveze. Uprkos suprotnim očekivanjima, bilo je svega 10% slučajeva da su prekršene obaveze u vezi sa vikend zatvaranjem. Iako su ispitanici bili zadovoljni novim uslovima u kojima izvršavaju kaznu zatvora, sa organizacione strane je ukazano na teškoće primenjivanja ovih vrsta vikend zatvaranja. Najpre, mera je primenjiva samo u odnosu na manji broj specifičnih kategorija učinilaca krivičnih dela, tako da se time ne rešava generalno problem smanjenja zatvorske populacije. Drugo, teško je obezbediti adekvatan i slobodni smeštaj, a povremeni dolazak osuđenika u zatvorsku ustanovu komplikuje rad straže i osoblja. Takođe, postoje velike teškoće da se ovi osuđenici prostorno razdvoje od onih koji sve vreme provode u zatvoru[12].

Ipak, prvi meseci primene novih modifikacija kazne zatvora pokazali su i svoje tamno naličje, pošto su dve osuđenice prema kojima je bila izrečena sankcija immediente custody izvršile samoubistvo tokom izvršenja kazne. Tim povodom su novinari prokomentarisali da bi fragmentarni zatvor svakako trebalo da predstavlja povoljnu soluciju naročito za osuđene žene, jer su 2/3 britanskih osuđenica majke, a njihov stalni boravak u zatvoru na izvršenju kazne u 1/3 slučajeva dovodi do rasturanja porodice. Nova vrsta sankcije pogoduje ženama da očuvaju porodične kontakte, a posebno majkama koje mogu periodično da budu sa svojom decom dok onih dana kada su u zatvoru mogu organizovati da decu neko drugi čuva. Međutim, u novinarskim izveštajima koji su usledili posle dva slučaja samoubistava žena osuđenih na ovu sankciju ističe se da nisu bili obezbeđeni uslovi da se program uspešno primeni. Slučajevi samoubistava ukazali su na štetne posledice psihičkog stresa izazvanim ponovnim privikavanjem na zatvorsku sredinu posle perioda boravka na slobodi.[13]

Mera poluzatvora ili poludnevnog zatvaranja *("semi-détention")* primenjuje se i u Belgiji, Francuskoj, Španiji, Portugaliji, Italiji. U svim ovim državama, koje dele zajedničko, romansko pravno nasleđe, ova sankcija predstavlja kombinaciju periodičnog zatvaranja i boravka na

---

[12] C. Penfold, G. Hunter, M. Hough, The Intermittent Custody Pilot: a Descriptive Study, The Institute for Criminal Policy Research King'sHome Office Online Report, 23/06, dostupno na: "http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs06/rdsollr2306.pdf", str. 10, 38-39.

[13]"http://www.guardian.co.uk/profile/anushkaasthana", "http://www.guardian.co.uk/profile/martinbright", Suicides rise as 'weekend jail' fails women, The Observer, Sunday 1 August 2004., dostupno na: "http://www.guardian.co.uk/uk/2004/aug/".

slobodi osuđenog lica koja se omogućava u skadu sa konceptom delimične suspenzije kazne zatvora *(sursis partiel)*.

U Krivičnom zakoniku Španije u čl. 88. st. 1. propisuje se tzv. vikend zatvaranje. Ovu kaznu osuđeni izdržava samo preko vikenda, u neradne dane, što mu omogućava da ne napušta posao koji je do tada obavljao i porodicu. Ovaj član propisuje da sud može, uz saglasnost osuđenog, da mu zameni kaznu zatvora u trajanju do godinu dana, ovom sankcijom ili novčanom kaznom (u kvotama), čak i ako zakonom to nije predviđeno za delo koje je učinio, ukoliko okolnosti vezane za ličnost učinioca i učinjeno delo ukazuju na celishodnost primene takvog načina izvršenja, a naročito ako je učinilac nadoknadio pričinjenu štetu i ne radi se o povratniku. Zamena zatvora ovom sankcijom vrši se po principu: jedna nedelja zatvora = dva vikenda zatvaranja. Uz to učiniocu se može odrediti i zaštitni nadzor sa više različitih obaveza koje je dužan da ispunjava. Izuzetno se i kazna zatvora do dve godine može zameniti vikend zatvaranjem, ako su okolnosti slučaja takve da bi osuđeni izvršenjem kazne zatvora bio doveden u, materijalno i društveno, krajnje nepovoljan položaj.[14].

Slično kao u španskom pravu, i u Krivičnom zakoniku Portugalije iz 1982. godine predviđeno je zatvaranje u neradne dane (čl. 44. KZ Portugalije) koje se može izreći u trajanju do tri meseca, a podrazumeva noćni boravak u zatvorskoj ustanovi, dok osuđenik danju nesmetano obavlja svoju profesionalnu delatnost na slobodi[15]. Ovom merom može da se zameni novčana kazna ili kratkotrajna kazna zatvora do šest meseci ako sud nađe da je to pogodnije imajući u vidu težinu dela i učinioca[16].

Italijansko krivično zakonodavstvo predvidelo je poludnevno zatvaranje članom 55. Zakona br. 689 od 24. 11. 1981. godine (Zakon o modifikaciji sistema sankcija). Ovom merom se može zameniti kazna zatvora u trajanju do šest meseci. Učinilac ima obavezu da provodi najmanje deset sati dnevno u zatvorskim ustanovama i da učestvuje u tretmanu. Uz ovu meru mogu se okrivljenom izreći različite zabrane kao što su: zabrana nošenja oružja, zabrana upravljana vozilom ili mu može biti oduzeta putna isprava. Jedan dan izvršenja ove mere odgovara jednom danu kazne lišenja slobode[17]. Osim ove mere koja se primenjuje načešće prema licima osuđenim po prvi put na kaznu zatvora, u krivično zakonodavstvo je

---

[14] N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Moć...., str. 60.

[15] L. Daga, La traitement reeducatif du condamne et les measures alternatives a la detention, in: Prigione in Africa, Ministero di Grazia e Gustizia, UNISDRI, no. 22, Roma, 1985, str. 151.

[16] N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Moć....., str. 60.

[17] N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Alternative kazni zatvora, Pravni život, 1992. god., br. 7-8 str. 1134.

uvedena kao posebna mera poluzatvaranje *(semidetenzione)*, koja se sastoji u obavezi osuđenog da dnevno provodi određeni broj sati u zatvoru, ali da u slobodno vreme učestvuje u obrazovnim i drugim aktivnostima koje mu odredi sud[18].

Slično italijanskom zakonodavstvu, i u Francuskoj se kratkotrajne kazne zatvora izvršavaju u režimu polu-slobode (*semy-liberté*). Izvršavaju se u posebnih trinaest centara od kojih su jedanaest potpuno arhitektonski izdvojeni iz zatvorskih ustanova, dok su ostali u suštini otvorena odeljenja zatvora. Izvršenje kazne u režimu polu-slobode karakteriše boravak osuđenih u zatvoru preko noći i slobodni režim preko dana kada osuđeno lice radi ili izvršava druge obaveze van zatvorske ustanove[19]. Takav režim izvršenja je omogućen inoviranim Krivičnim zakonikom, koji u čl. 132-25 predviđa da sud može odrediti da određeni osuđeni u režimu polu-sobode izvršava kaznu zatvora od jedne godine ili manju. Zakonski razlozi zbog kojih je moguće odrediti zamenu „običnog“ zatvora polu-slobodom odnose se na sprečavanje nepoželjnih posledica boravka u zatvoru po osuđenog i njegovu porodicu. Tako se izvršenje kazne u režimu polu-slobode može odrediti ako je time potrebno sprečiti prestanak radnog odnosa, stručnog osposobljavanja, izvršenja porodičnih obaveza ili obustavu medinskog tretmana[20].

Posebni načini izvršenja kazne zatvora u formi vikend ili poludnevnog zatvaranja primenjuju se i u Belgiji. Zakonskim rešenjima je predviđeno da se svaka osuda na kaznu zatvora od jednog do dva meseca može vikendima izdržavati, dok je poludnevni zatvor namenjen za duže kazne (do šest meseci). Poludnevni zatvor podrazumeva da osuđeni provodi vikende i noći u zatvorskoj ustanovi. Obe ove mere predlaže javni tužilac vodeći računa o potrebi da okrivljeni zadrži radno mesto. Uobičajeno se radi o ranije neosuđivanim licima.

Osim poludnevnog i vikend zatvora osuđenici koji izvršavaju kaznu u otvorenim zatvorskim ustanovama mogu preko dana raditi na slobodi, ali se vraćaju na noćenje u zatvor. Ovakav način izvršenja kazne zatvora uveden je još 1963. godine kod osuda na kratkotrajni zatvor. U međuvremenu su ograničenja ukinuta. Na ovakav tretman sada mogu biti upućeni svi osuđenici koji su smešteni u otvorenoj ustanovi, bez obzira na dužinu kazne zatvora na koju su osuđeni i okolnost moguće ranije osuđivanosti. Zahvaljujući tome po pravilu se ovakav, tzv. radni otpust primenjuje i kod osuda na dužu kaznu zatvora kao priprema za uslovni otpust. U početku kada

---

[18] A. Manna, E. Infante, The Criminal Justice System in Italy, HEUNI, Helsinki, 2000, str. 43.

[19] J-Y. McKee, Criminal Justice Systems in Europe and North America – France, HEUNI, Helsinki, 2001, str. 49.

[20] Ordinance no. 2005-759 od 4 jula 2005. u primeni od 1. jula 2006. godine.

su uvedene ove mere imale su učestalu primenu, ali se danas određuju u malom broju slučajeva, što se dovodi u vezu sa promenama u strukturi zatvorske populacije (jer se retko izriču kazne do 6 meseci zatvora) kao i sa činjenicom da tužilaštva nerado iniciraju izvršenje kazne zatvora na navedene načine i okolnostima da se osuđenim licima na duže kazne vrlo retko odobrava da izvan zatvora obavljaju određene aktivnosti vezano za rad ili doškolovavanje[21].

Veoma su interesantni primeri iz švajcarskog krivičnog zakonodavstva, koji ukazuju na promene u propisivanju delimičnog i čak dnevnog izvršenja kazne zatvora. Pošto je najpre § 43 Krivičnog zakonika[22] dopuštena mogućnost da sud prilikom izvršenja novčane kazne, kazne rada u javnom interesu ili kazne zatvora (u trajanju od jedne do najviše tri godine) dopusti njeno delimično izvršenje, u odredbama §§ 77a, 77b i 79 su detaljnije propisane varijante takvog izvršenja. Ovim odredbama su praktično inovirane odredbe o delimičnom zatvoru *(Halbgefangenschaft)* i poluslobodi *(Halbfreiheit)* koje postoje u švajcarskom zakonodavstvu od 1974 godine[23].

U režimu poluslobode izvršavaju se kratkotrajne kazne zatvora. Izmenama propisa iz 1985. proširena je mogućnost primene na kazne zatvora preko 6 meseci, a deset godina kasnije izmene su omogućile da se odredbe primene i na kazne zatvora do jedne godine. Prema § 77b na ovaj način se može izvršavati kazna zatvora trajanje od šest meseci do godinu dana, ako ne postoji opasnost od bekstva osuđenog ni okolnosti koje bi ukazivale na opasnost da on ponovo izvrši krivično delo. Osuđenom se omogućava da tokom perioda izvršenja kazne zatvora nastavi da radi na slobodi ili da se školuje, dok slobodno vreme i vikende provodi u zatvorskoj ustanovi. Druga, slična mogućnost predviđena je § 79. Odnosi se na kazne do šest meseci zatvora, koje se mogu izvršavati kroz periodično zatvaranje u trajanju do četiri nedelje, dnevno zatvaranje ili u više delova kada osuđeni tokom vikenda boravi u zatvoru. U ovom slučaju izvršenje se preduzima u posebnim odeljenjima.

---

[21] S. Snacken, Belgia, in: D. van Zyl Smit, F. Dünkel (eds.), Imprisonment today and tomorrow (International Perspective on Prisoners' Rights and Prison Conditions), second ed., Kluwer law International, Hague, 2001, str.64.

[22] Schweizerisches Strafgesetztbuch usvojen 21. decembra 1937. godine, u primeni od 01. januara 1942. godine, br. AS 54 1328, sa nizom kasnijih izmena od kojih su poslednje učinjene 2011. godine (objavljene u službenom glasilu AS 2011 487).

[23] A. Baechtold, Switzerland, in: D. van Zyl Smit, F. Dünkel (eds.), op. cit., str. 661, Th. Hansjakob, H. Schmitt, J. Sollberger, Kommentierte Textausgabe zum reividierten Stragesetzbuch, Competence Center Forensik und Wirtschafskriminalistik, der Hochschule für Wirtschaft, Luzern, 2004, str. 37.

Zakonsko rešenje se u praksi pokazalo kao veoma efikasno. Od 1983. godine svaka treća osuda na bezuslovni zatvor od jednog do tri meseca određuje se kao poluzatvor, a od 1987. godine svaka četvrta osuda na zatvor od tri do šest meseci je takođe u ovom režimu [24] Navedene varijante predstavljaju vrste delimičnih kazni zatvora, koje su u švajcarsko zakonodavstvo uvedene po ugledu na romanske uzore *sursis partiel*. Osim toga, izmenama Krivičnog zakonika su poboljšana rešenja koja se tiču izvršenja kazne zatvora uz rad na slobodi (tzv. *Arbeitexternal*). Ne radi se o vrsti sankcije, nego o posebnom režimu izvršenja kazne zatvora koji se može odrediti u „međuprostoru“ između zatvora i puštanja na uslovni otpust[25]. Uvedena je kako bi prevazišle nepovoljne posledice zatvorske izolacije i pospešila konkurentnost rada osuđenih lica na tržištu (a time posredno ostvarili uslovi za njihovo uspešnije upošljavanje i zbrinjavanje po izlasku iz zatvora).

Rad van zatvora može biti primenjen prema punoletnim ili maloletnim učiniocima krivičnih dela. Prema maloletnicima se može odrediti čak i kada su osuđeni na duge kazne zatvora. Prema § 77a Krivičnog zakonika od 1998. godine se može odrediti u trajanju od najkraće sedam dana do šest meseci, pod uslovom da je osuđeni izvršio deo kazne (uobičajeno najmanje polovinu), a ne očekuje se da će pobeći tokom izvršenja kazne ili da će ponoviti krivično delo. Osuđenom se omogućava da tokom preostalog dela kazne zatvora radi van zatvorske ustanove, dok preko noći i u slobodno vreme boravi u zatvoru. Zakonom se propisuje da se na ovaj način može organizovati izvršenje kazne u otvorenim zatvorskim ustanovama ili u otvorenim odeljenjima ustanova zatvorenog tipa, pri čemu se pod radom na slobodi podrazumeva i rad u domaćinstvu, kao i čuvanje dece. Neobično je to što zakon predviđa da osuđeni snosi deo troškova izvršenja ovakve kazne (iako se pojedina osuđena lica koja ispunjavaju posebne zakonske uslove, tih troškova mogu osloboditi). Ocenjuje se da ovaj način izvršenja kazne ima pozitivan učinak na osuđena lica, koja su motivisana da se uključe u proces rada i da promene svoje ponašanje[26].

Da bi mere koje uključuju rad (i stanovanje) van zavoda bile što delotvornije, nadležni službenik koji prati izvršenje predočava mogućnost ovakvog izvršenja osuđenom već u momentu kada ga poziva na izvršenje kazne zatvora. Ako se osuđeni sa ovom ponudom saglasi, može mu se omogućiti da posle proteka polovine kazne preostali deo izvršava na taj način da radi van zatvorske ustanove. Uobičajeno se poslednjih nekoliko meseci upućuje na boravak i rad van zatvorske ustanove. Tokom tog perioda osuđeni je dužan da se pridržava obaveza koje su predviđene programom

[25] Th. Hansjakob, H. Schmitt, J. Sollberger, op. cit., str. 82.

[26] Th. Hansjakob, H. Schmitt, J. Sollberger, op. cit., str. 83.

postupanja, koji je nadležni službenik (uz saglasnost i učešće okrivljenog) izradio prema njegovim potrebama i mogućnostima.

U krivičnom zakonodavstvu Nemačke zatvaranje krajem nedelje primenjuje se prema maloletnicima, a pod posebnim uslovima i prema mlađem punoletnom licu, u jednoj od tri forme kazni maloletničkog zatvora[27]. Tako se zatvaranje u slobodno vreme (*Freizeitarrest)* i zatvaranje kraćeg trajanja *(Kurzarrest)* mogu odrediti za krivična dela učinjena propuštanjem ili umišljajno preduzeta, ako bi kod maloletnika postojao niži stepen krivice, dok su za maloletnike koji umišljajno učine teža krivična dela namenjene kazne dužeg trajanja *(Dauerarrest)* - od jedne do četiri nedelje. Zatvaranje u slobodno vreme može da se odnosi na jedan ili dva vikenda od 8. sati uveče nedeljom do ponedeljka ujutru u 7. sati (§ 16 st. 2), dok kratkotrajno zatvaranje može da traje do 48 sati (§ 16 st. 3 t. 2). Izvršenje kazne zatvora vikendom ili kraćeg trajanja ima za cilj da obezbedi nesmetano izvršavanje radnih ili školskih obaveza kažnjenog maloletnika. Kratkotrajni zatvor je varijanta kojom se može zameniti vikend zatvaranje i to tako da traje bez prekida dva dana, ali u ukupnom trajanju kazna ne sme da pređe četiri dana (znači dva puta po dva dana). U svim ovim slučajevima ciljevi su da se izbegnu uzgredne nepovoljne posledice duževremenog boravka u zatvoru, kao i da se maloletniku omogući nesmetano izvršavanje radnih ili školskih obaveza tokom preostalog slobodnog vremena[28].

Boravak u „kućama na pola puta“ tokom uslovnog otpusta

Kuće na pola puta *(halfway houses)* su ustanove koje obezbeđuju boravak osuđenim licima puštenim na uslovni otpust ili otpuštenih posle izdržane kazne zatvora. Boravak u ovim ustanovama organizuje se sa ciljem da se osuđenim licima pomogne obezbeđenjem smeštaja, dok se prilagode životu na slobodi. Mogu biti u vlasništvu države, privatne ili finansirane od nevladinih organizacija (uobičajeno verskih udruženja ili crkava). Za razliku od onih ustanova u kojima se organizuje zbrinjavanje bivših osuđenih lica, ovde nas u prvom redu interesuju kuće na pola puta namenjene smeštaju, pomoći i kontroli ponašanja osuđenih koji se će ubrzo biti pušteni na uslovni otpust ili se na njemu već nalaze. U ovim slučajevima boravak osuđenih lica u kućama na pola puta imaju pravu funkciju „tranzicionih hostela“, u kojima se odvikavaju od zatvorskog života i privikavaju na slobodu. Taj boravak se može organizovati u zatvorskim ustanovama otvorenog tipa ili u izdvojenim stambenim objektima.

---

[27] Jugendstrafrecht (JGGÄndG) od 30. 8. 1990. (BgBl. I S. 1853).

[28] W. Hiny, Deutschland, in: F. Dünkel, A. van Kalmthout, H. Schüler-Springorum (Hrsg.), Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, bd. II, Mönchengladbach, Forum-Verl., Godesburg, 1997, str. 24.

Posebne varijante izvršenja zatvorskog tretmana uz kombinovanje perioda zatvaranja i pojačanog nadzora na slobodi primenjene su najpre u Sjedinjenim Američkim Državama, a postoje i u drugim anglo-američkim državama, kao i u skandinavskim zemljama i u zapadnoj Evropi. U naročitim smeštajnim objektima koji se nazivaju «kuće na pola puta» osuđenici žive odvojeno od ostale populacije, uz obavezu da učestvuju u odgovarajućem tretmanu (obično odvikavanje od bolesti zavisnosti), ali nastavljaju da tokom dana pohađaju školu, obavljaju svoj posao ili im se pomaže da se zaposle)[29]. U «kućama na pola puta» borave učinioci krivičnog dela tokom uslovnog otpusta ili pošto su pušteni iz pritvora, kako bi se privikli na život na slobodi. Originalno su ovakve institucije nastale u Engleskoj i Irskoj ranih 1800. godina, a kasnije je ova ideja prihvaćena i u Sjedinjenim Američkim Državama, ali nije doživela veliku popularnost. Na primer, kuće za odbegle maloletnike ustanovljene su u Nju Jorku (New York) 1825. godine, a u Bostonu naredne godine. U početku su imale za cilj da »getoiziraju« osuđena lica puštena na slobodu i spreče »proširenje virusa kriminalnog ponašanja« na ostale članove zajednice. Kasnije se u njihovo organizovanje uključuju karitativne organizacije, najčešće verske grupe koje brinu za bivše osuđenike. Takva prihvatilišta bila su otvorena krajem XIX veka najpre u Filadelfiji (Philadelphia), a zatim i u drugim gradovima širom Amerike[30].

Savremene «kuće na pola puta» naročito su postale popularne pedesetih i šezdesetih godina prošlog veka, kako u javnom, tako i u privatnom sektoru. Specifičnost ovakvih američkih programa jeste da su mnoge države poverile privatnim organizacijama da pružaju ovakve usluge. Država snosi troškove smeštaja u ovim ustanovama, iako su ponekad sami štićenici dužni da participiraju u troškovima smeštaja ili ishrane.

Podaci o uspešnosti primene ovakvih programa su protivrečni. Prema jednima, oni redukuju recidivizam i u isto vreme služe kao jeftinija alternativa zatvoru, dok druge studije ukazuju na negativne posledice primene ovih mera po samu zajednicu, zbog čega građani često odbijaju da se u njihovom susedstvu otvaraju ovakve kuće[31]. Slično »kućama na pola puta« postoje centri za tzv. radni otpust u kome borave osuđeni tokom uslovnog otpusta dok rade, školuju se ili se obučavaju za neko zanimanje. Za vreme rada, osuđena lica imaju iste uslove kao i drugi radnici. Iz svoje zarade oni nadoknađuju troškove smeštaja. Tipovi korekcionih ustanova, pogodnosti i lokacija su najvažniji faktori za uspešnost ovakvih programa

---

[29] N. Mrvić-Petrović, Đ. Đorđević, Moć...., str. 58-59.

[30] T. Ellsworth, The Emergence of Community Corrections, str. 9, in: Th.. Ellsworth, (ed.), *Contemporary Community Corrections,* sec. ed., Waveland Press Inc., Prospect Heights, Illinois, 1996, str. 9.

[31] T. Ellsworth, op. cit., str. 9.

radnog otpuštanja. U tom smislu pokazale su se uspešnijim ustanove u urbanim, nego u ruralnim sredinama, gde su uslovi rada teži, a mogućnosti inkorporisanja u zajednicu manje. Za razliku od »kuća na pola puta«, centri za radni otpust se organizuju i finansiraju iz javnog budžeta, a operacionalizaciju sprovodi savezna ili država-članica[32].

Slično primeru iz Sjedinjenih Američkih Država, u Kanadi su «kuće na pola puta» specijalni rehabilitacioni centri u kojima borave osuđenici pre konačnog puštanja na slobodu ili lečeni psihijatrijski bolesnici. Za osuđena lica, smeštaj u rehabilitacionom centru je jedan korak do slobode po osnovu uslovnog otpusta. Takođe, moguće je da obavezan smeštaj u «kući na pola puta» bude dodatni uslov uz probaciju. Postoje različite vrste smeštaja: od izdvojenih apartmana i objekata koji se koriste za smeštaj malog broja osuđenih sa slobodnijim režimom dolaska i odlaska, do tzv. struktuiranih objekata u kojima je strožiji režim, uz strogu kontrolu dolaska i odlaska, nadzor i stalno prisustvo probacionog službenika koji kontroliše i pomaže učesnike programa. Postoje i specijalne «kuće na pola puta» namenjene psihijatrijskim bolesnicima. U Kanadi deluje oko 175 ovakvih ustanova, u kojima se primenjuje 24 časovni nadzor, obezbeđuje savetovanje, pomoć psihijatara ili psihologa. U ustanovu se smeštaju osuđena lica samo ako dobrovoljno prihvate učešće u programu. Zbog toga u slučaju kršenja obaveza mogu dospeti ponovo u zatvor. Naročite primedbe koje se mogu uputiti «kućama na pola puta» upravo se i tiču pratećih deprivacija koje su posledica ograničene slobode (na primer, poštovanje policijskog časa, zabrana proizvoljnog izlaska ili dovođenja poseta i i slično). Osuđeni pri tome mora u svemu ispuniti uslove koji su mu postavljeni i poštovati pravila života u ustanovi. Kršenje ovih uslova znači neuspešnost primene režima. Iako je prema izveštaju Nacionalne probacione službe Kanade velika uspešnost u primeni ove varijante tretmana (između 60 do 80% osuđenih lica bez kršenja obaveza prođe kroz ovakvu ustanovu), ipak se konstatuje da postoje teškoće jer se većina prekršaja odnosi na izostanak iz škole ili nepoštovanje policijskog časa, a ne na izvršenje novog krivičnog dela zbog čega bi jedino bilo opravdano vratiti ova lica u zatvor. Iako je ovo tipična mera koja se primenjuje u zajedinici, uočava se i nespremnost građana da prihvate u svom susedstvu osuđena lica. Pa ipak, efikasnost je velika, jer samo 5.6% onih koji su prošli kroz «kuće na pola puta» učini novo krivično delo, a svega njih 0.8% krivično delo sa elementom nasilja. I ekonomske uštede su velike: izvršenje mere godišnje košta 30 000 dolara po jednom licu, što je značajno manje u odnosu na 60 000 dolara izdatka za osuđenog

[32] T. Ellsworth, op. cit., str. 10.

muškarca smeštenog u saveznoj zatvorskoj ustanovi ili čak 114000 dolara za žene[33].

U Engleskoj se „kuće na pola puta“ i različiti oblici vikend zatvaranja koriste od sedamdesetih godina. Smeštaj se obezbeđuje učiniocima na probaciji ili uslovnom otpustu koji su osuđeni zbog imovinskih krivičnih dela ili prouzrokovanja telesnih povreda.

Slično „kućama na pola puta“ u Francuskoj se tokom uslovnog otpusta primenjuje tzv. kontrolisana sloboda na osnovu 1994. godine izmenjenog Krivičnog zakonika. Osuđenom koji je pušten na slobodu posle delimično izdržane kazne zatvora mogu se odrediti sledeće obaveze: da stanuje u naročitom hostelu, da bez dozvole probacionog službenika ne napušta taj prostor, da ne posećuje određena mesta, da se obavezno javlja nadležnom službeniku, da isplati naknadu štete, novčanu kaznu ili da redovno posećuje dnevne terapeutske centre[34]. Obaveze određuje naročiti, probacioni sudija, koji je nadležan za izvršenje alternativnih krivičnih sankcija, a konkretne aktivnosti preduzimaju probacioni službenici. U okviru poslova probacionih službenika, praćenje ponašanja osuđenih na uslovnom otpustu čini svega 3,8%, ali je zato nadzor osuđenih na režimu polu-slobode značajnije zastupljen i iznosi 20%[35].

Švajcarskim Krivičnim zakonikom u § 77a st. 3 predviđen je još slobodniji režim izvršenja kazne zatvora – tzv. *Wohn- und Arbeitsexternat*. Ovo rešenje nalikuje „kućama na pola puta“, jer se primenjuje tokom uslovnog otpusta. To znači da je osuđeni na slobodi i izvršava određene obaveze pod nadzorom tokom preostalog dela kazne zatvora (uobičajeno je to trećina od ukupne kazne). Nadzor može trajati do pet godina, a krajnji rok se utvrđuje prema mišljenju službenika koji prati izvršenje mere. Tokom ovog perioda kretanje osuđenog može biti ograničeno obavezama da noću boravi u stanu (kućni zatvor), što se moće nadzirati i uz pomoć elektronskih uređaja. U svakom slučaju, osuđenom se omogućava da stanuje i radi izvan zatvorske ustanove. Nadzor se reguliše kantonalnim zakonodavstvom, pa mogu da ga vrše državni činovnici, socijalni radnici ili naročiti službenici zaduženi za praćenje uslovnog kažnjavanja. U još većoj meri ovaj institut

---

[33] John Howard Society of Alberta, 2001, dostupno na: http://johnhoward.ab.ca/PUB/halfway.htm.

[34] J-Y. McKee, op. cit., str. 51.

[35] X. de Larminat, „Sentence-Serving within the Community : Caught between Criminological Diagnosis
and Flow Management“, *Penal Issues,* CESDIP, 2011, br. 5, str. 2.

treba da posluži socijalnoj integraciji osuđenog lica i tvz. postpenalnom prihvatu[36].

Osuđena lica, međutim, nije moguće motivisati da u većoj meri podnose zahteve za uslovni otpust. Zapaža se pojava da se oni sve češće odlučuju da izdrže celokupnu kaznu, nego da se javljaju za uslovni otpust. Radne i druge obaveze koje se nameću tokom uslovnog otpusta u tolikoj meri su u kontradikciji sa njihovim navikama i ranijim stilom života da neka osuđena lica traže da se vrate u zatvor, umesto da budu u „kućama na pola puta“. Tako je 3. januara 2012. godine u engleskom listu *The Telegraph News* preneta vest iz Italije da osuđenici, smešteni u ondašnjem prihvatilištu katoličkih Kapucina beže iz tog centra ili traže da budu vraćeni u zatvor, jer ne mogu da izdrže strogi režim koji im kaluđeri nameću, koji bi, kako se sugerira propratnom fotografijom, jedino mogli izdržati pokojni monasi sahranjeni u kapucinskim podzemnim katakombama[37]. Iz Grčke stiže vest da u okviru njihovog zatvorskog sistema deluju tri „kuće na pola puta“, koje predstavljaju poljoprivredna gazdinstva u vidu otvorenih zatvorskih ustanova. U njima se smeštaju osuđeni koji treba da budu pušteni na uslovni otpust, jer je jedini rad osuđenih van zatvorske ustanove upravo omogućen još od 1925. godine na poljoprivrednim gazdinstvima (što je revitalizovano od 1990. godine). Da bi se osuđena lica stimulisala da prihvate radne aktivnosti u zatvorskoj ustanovi, na osnovu čl. 46 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija omogućeno je da jedan dan radnog angažovanja zameni sa 2 dana, 1 i 3/4 ili 1 i1/2 dan boravka u zatvoru, te da se za taj period osuđenom licu skrati preostala kazna. Paritet je uspostavljen u zavisnosti od vrste i težine posla koji osuđeno lice treba da obavi. Odaziv na radno angažovanje je međutim mali, jer su u međuvremenu usledili češći uslovni otpusti, a pored toga se konstatuje da većina osuđenih nije zainteresovana za teži rad, nego bi kuvali ili radili na poljoprivrednom gazdinstvu[38].

U okviru drugih država germanske varijante kontinentalnog pravnog sistema Švajcarska predstavlja usamljeni primer zakonodavstva u kome se organizuju neke vrste „kuća na pola puta“. Naime u Nemačkoj i Austriji ne postoje specijalne ustanove namenjene smeštaju lica na uslovnom otpustu, nego se zbrinjavanje uslovno puštenih ili bivših osuđenika organizuje u sklopu aktivnosti koje preduzimaju socijalne službe. Ogranci socijalne službe koja deluje na nivou lokalne zajednice zaduženi su da licu na

---

[36] Strafen und Massnahmen in der Schweiz: Vollzug für erwachsene und Jugendliche, februar 2010, str. 11, Eidgenössisshes Justiz- und Polizeidepartment EJDP Bundesamt für Justiz BJ, dostupno na "http://www.ejpd.admin.ch", pretraženo 12. 2. 2012. god.

[37] The telegraph News 22. febr. 2012, "http://www.telegraph.co.uk".

[38] Effi Lambropoulu, Correctional Policy in greece, "http://www.foundationinternaonalpenaletpenitentiaire.org/...20_Stavern_Report%20Greece.pdf", Str. 397,399.

uslovnom otpustu, kao i svakom drugom licu u stanju socijalne potrebe, pomognu da pronađe smeštaj (u socijalnim stanovima ili prihvatilištima), da ga upute oko ostvarivanja njegovih prava i pomognu mu u traženju posla. U Austriji se naročito naglašava značaj ohrabrivanja uslovno puštenog osuđenog da istraje na prestanku konzumiranja alkohola ili psihoaktivnih supstanci. I u Austriji, kao i u Nemačkoj socijalna služba zadužena za rad sa bivšim osuđenim licima još uvek je više usmerena na pomoć i podršku osuđenom licu, nego na kontrolu njegovog ponašanja (što je većinom odlika anglo-američkih probacionih službi). Zato nadležni službenici u Austriji imaju status „probacionih pomoćnika“ *(Bewährungshelfer)* a ne pravih probacionih službenika[39]. Kako postojeće socijalne službe (naročito austrijska služba *Neustart*) vrlo uspešno zbrinjavaju osuđena i uslovno puštena lica u raspoloživim socijalnim stanovima, ne postoji potreba za organizovanjem nekih izdvojenih „kuća na pola puta“, niti za osnivanjem posebne probacione službe koja bi se isključivo bavila davanjem pomoći, podrške i vršenjem nadzora nad ponašanjem osuđenih lica.

Zaključak

Analizirani primeri iz anglo-američkog i evropsko-kontinentalnog sistema ukazuju da se vikend, poludnevno i frangmentarno zatvaranje sve češće primenjuju radi redukcije kratkotrajnih kazni lišenja slobode. Na njihovu popularnost utiče to što se u periodima dok osuđeni boravi van zatvora može elektronskim nadzorom ili posetama probacionih službenika kontrolisati da li osuđeni ispunjava naložene mu obaveze (radi, pohađa školsku nastavu, kurseve na kojima se obučava za neko zanimanje ili zdravstvene ustanove u kojima se odvikava od bolesti zavisnosti). Istovremeno se smanjuje prenaseljenost zatvora i troškovi izvršenja zatvorskih kazni. Za samog osuđenog ovakav način izvršenja kazne zatvora može da predstavlja pogodnost, jer ne prekida radni odnos niti kontakte sa porodicom. U savremeno doba ekonomske krize modifikacije načina izvršenja kazne zatvora imaju prvenstveni cilj postizanja ekonomskih ušteda. Na taj način se smanjuju troškovi smeštaja osuđenog lica, angažovanog zatvorskog osoblja, izdataka za hranu i zdravstvenu zaštitu osuđenih lica i slično. Švajcarski primer pokazuje da se čak nastoje troškove boravka u zatvoru prevaliti na osuđenog koji traži pogodnost poludnevnog zatvaranja. Posredne koristi takođe nisu zanemarljive: smanjenjem zatvorske populacije umanjuju se rizici od pojave kriminalne infekcije i situacija kršenja ljudskih prava osuđenih lica.

---

[39] Karin Bruckmüller (with assistence Karin Fostner), Recaling conditionally released prisoners in Austria, European Journal of Probation, 1012, vol. 4, no 1, Str. 13., pp. 6-18, cit., str. 14.

Poludnevno zatvaranje ima svoj drugi vid u organizovanju rada na slobodi osuđenih koji se nalaze u otvorenim zatvorskim ustanovama dok čekaju uslovni otpust. Rad u ovakvim uslovima je ekonomski isplatljiviji za zatvorski sistem nego rad osuđenika koji se organizuje u okviru samog sistema. Sekundarno je moguće ostvariti tretmanske ciljeve, stručnom obukom osuđenih i stvaranjem kod njih radnih navika kako bi se bolje prilagodili uslovima kasnijeg života na slobodi. Slično tome i smeštaj uslovno puštenih osuđenih u „kućama na pola puta“ ostvaruje ambivalentnu funkciju: da se, s jedne strane, lakše nadgleda njihovo ponašanje na slobodi i kontroliše u kojoj meri ispunjavaju nametnute im obaveze i poštuju program tretmana na slobodi, a da im se, sa druge strane, obezbeđenjem smeštaja pomogne u prvim periodima prilagođavanja životu na slobodi. Uočljiva je opšta tendencija da se povećava domen tzv. kontrolisane slobode osuđenog lica tokom boravka u mestu stanovanja dok se smanjuje efektivni period izvršenja kazne zatvora u samoj zatvorskoj ustanovi. Istovremeno, ekonomski troškovi koje država u vezi izvršenja kazne zatvora se smanjuju ili disclociraju na rad probacione službe koja treba da nadzire ponašanje osuđenih tokom poluslobode, odnosno puštenih na uslovni otpust.

U postojećem zakonodavstvu Republike Srbije već su prihvaćena rešenja koja omogućavaju licima osuđenim na kaznu do šest meseci zatvora da u režimu poluslobode izvršavaju tu kaznu. Takođe, skorašnjim izmenama krivičnog zakonodavstva omogućeno je da se kazna zatvora u trajanju do godinu dana izvršava u kućnim uslovima. Međutim, u cilju daljeg smanjenja pretežnog dela zatvorske populacije koju kod nas čine osuđeni na kazne zatvora do dve godine, bilo bi potrebno ova rešenja još više razraditi i uvesti neke nove varijante. Izmenama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija trebalo bi predvideti obavezu da se pre pušanja iz zatvorske ustanove otpočne sa programima prihvata i socijalne integracije osuđenih lica, kako bi se omogućilo početno zbrinjavanje onih bivših osuđenih i uslovno puštenih lica kod kojih postoje dobre prognoze u pogledu docnijeg uspešnog uključivanja u društveni život. To bi bili početni koraci koje bi naše zakonodavstvo i praksu u još većoj meri prilagodili inostranim dobrim primerima i omogućili još uspešnije ispunjenje standarda koji se postavljaju pred Republiku Srbiju kao članicu Saveta Evrope i zemlju-kandidata za pristupanje Evropskoj uniji.

Prof. dr Nataša Mrvić-Petrović
Full time professor, Univerzitet Union Belgrade, Faculty of Law

SOLUTIONS OF PRISON TREATMENT AS AN ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTION AND MEASURE

This paper analyzes the comparative solutions in Common law and the European legal system concerning the execution sentence on weekends, in the regime of semi-custody or weekend custody. These solutions are regulated by the prison treatment as new, so called split sentences, special modes of execution of short term prison sentence or are used in the conditional release for additional control behavior of released prisoners and implementation of treatment. The advantage of these measures is that they are a convenience for the convicted persons retain a job or be allowed to continue their education. The disadvantages are related to difficulties in organizing the execution and low motivation of prisoners to engage in work activities that are organized for them during conditional release. However, solutions of the prison treatment can be inspiring for the Republic of Serbia, which has a large prison population convicted on short time prison sentences.

Key words: *weekend custody, semicustody, alternative criminal sanctions, community based sanctions, half-way houses.*

Мр Младен Милошевић
асистент
Универзитет у Београду
– Факултет безбедности

УДК: 343.222 (410) (73)
Оригинални научни рад

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У АНГЛО – АМЕРИЧКОМ ПРАВУ

Чланак је посвећен разматрању института кривичне одговорности правног лица у земљама англоамеричке правне традиције. Аутор анализира енглески, амерички, канадски и аустралијски модел одговорности корпорација за кривична дела, уз кратак осврт на њихов историјски развој. У средишњем делу рада разматрају се позитивноправна решења којима се регулишу материјалноправни аспекти посматраног института – услови одговорности правног лица за кривично дело, однос одговорности одговорног и правног лица и систем кривичних санкција. Коначно, аутор анализира сличности и разлике разматраних модела и указује на тендеције развоја института кривичне одговорности правног лица.

Кључне речи: *одговорност правног лица за кривично дело, англоамеричко право, теорија идентификације, викарна теорија, агрегацијска теорија, модели аутономне субјективне одговорности правног лица.*

Земље англосаксонске правне традиције познају институт кривичне одговорности правних лица знатно дуже него државе грчко-романско-германске породице права. Ово се може објаснити чињеницом да је развој феномена корпоративног криминалитета у Енглеској и САД био бржи него у осталим деловима света. Нагли привредни развој, најпре у Великој Британији, створио је основне предуслове за појаву утицајних корпорација које су почеле да крше кривичне и друге прописе у циљу остваривања незаконитих пословних профита.[1] Енглески судови су први препознали потребу за кажњавањем

[1] Г. П. Илић (2007), „Одговорност правних лица за кривична дела као предмет (посебног) кривичног законодавства“ *у: Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа,* Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и „Intermex“ Београд, Златибор-Београд, 2007, 205.

корпорација те је и историјат одговорности правних лица за кривична дела започео у Великој Британији, а затим се наставио у САД и Канади.[2]

Приказ и анализа кривичноправне регулативе криминалитета корпорација у common – law земљама представља важан и интересантан предмет. У оквирима нашег рада, фокусираћемо се на правне системе Велике Британије и САД, у којима су и настали водећи модели кривичне одговорности правних лица и чији је утицај на остале земље common – law система велик, па чак и пресудан. Уз њих, због оригиналности концепције, приказаћемо и аустралијски модел кривичне одговорности правних лица, заснован на субјективној аутономној одговорности корпорација.

Енглеска

Одговорност правних лица за кривична дела у Енглеској се појавила још у 19. веку, мада је тада била ограничена само на regulatory offences, као специфичну категорију деликата у области привреде.

Препреку за увођење кривичне одговорности правних лица у енглески правни систем испрва је представљао принцип да окривљено лице мора лично присуствовати поступку који се против њега води, што је било неостваривo у случају корпорација као надиндивидуалних ентитета. Осим овог процесноправног ограничења, препреку за установљање кривичне одговорности правних лица представљали су и теоријски ставови о њиховој природи и функцији. Правна лица посматрана су кроз призму теорије фикције, као ентитети без стварне егзистенције, који не располажу сопственом вољом нити разумом, те не могу имати mens rea.[3]

[2] Г. П. Илић (2009), Одговорност правних лица за кривична дела, *Билтен Окружног суда у Београду,* Intermex, Београд, 2009*,* 10 – 11. Земље европско – континенталне традиције инаугурисале су одредбе о одговорности правних лица за кривична дела у своја законодавства тек у другој половини 20. века, почев од Холандије, која је то учинила 1951. године доношењем Economic Offences Act (Закона о привредним кривичним делима), у домену привредних деликата, и, усвајањем измена Кривичног законика 1976. године, за сва кривична дела.

[3] G. Stessen, Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, 495.

Такође, према ultra vires доктрини,[4] предузеће може бити носилац само оних делатности за које је регистровано и у очима права, може вршити само акте којима обавља дозвољене пословне активности, што значи да јој се не могу приписати дела што су ван граница њеног дозвољеног пословног делокруга. Коначно, у теорији се истицао проблем непостојања адекватних санкција које би могле постићи ефекат генералне и специјалне превенције у односу на правно лице као извршиоца кривичног дела.[5] Stessen указује на још једну формалну препреку – у једном периоду енглеско кривично право је готово искључиво примењивало смртну казну или депортацију, санкције непримењиве на корпорације.[6] Смисао ове доктрине добро илуструје често цитрана реченица енглеског лорда Baron Thurlow-a: „како очекивати да корпорација има савест, када нема душу коју би проклели или тело које би ударили“.[7]

Ипак, након усвајања Interpretation Act-a (Закона о тумачењу), 1889. године, статус правног и физичког лица као извршиоца кривичног дела је изједначен (тако што је прецизирано да појам „лице“ обухвата и правно и физичко лице) чиме је створена формалноправна основа за примену института кривичног права на корпорације.“ [8]

Ипак, и пре доношења овог Закона, појавили су се основи за утемељење корпоративне кривичне одговорности. Историјски значај има судски прецедент из 1842. године којим је корпорација први пут осуђена због кршења законских (енг. statutory, у смислу посебног законодавства посвећеног регулисању њихове делатности) дужности. Међутим, овде се ради о кажњавању за кривично дело на основу објективне одговорности (strict liability или absolute liability), која ће и остати једини облик одговорности корпорација у Енглеској током 19. века. Ова врста кривичног дела, која се испољава у кршењу посебних

[4] Ultra vires (изван овлашћења) је латински израз којим се означава правило енглеског права по ком нису пуноважни акти правног лица које је донео ненадлежан орган или су донети прекорачењем или злоупотребом овлашћења. Пуноважни акти правног лица су само они донети intra vires, тј. у оквиру овлашћења правног лица. Према томе, акти донети ultra vires не могу се сматрати актима правног лица. Наведено према: Срдић М., (eds), *Правна енциклопедија*, „Савремена администрација“, Београд, 1979, 1520.

[5] M. Wagner, „Corporate Criminal Liability - National and International Responses“, *13th International Conference - Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective*, International Society for the Reform of Criminal Law, Malta, 1999, 2.

[6] G. Stessen, *op. cit.,* 495.

[7] J. Coffee, No Soul To Damn: No Body To Kick: An Unscandalized Inquiry Into The Problem Of Corporate Punishment, *79 Mich. L. Rev. 386,* 1981, 386.

[8] Илић истиче да је енглеско право овим „прећутно прихватило кривичну одговорност правних лица. Г. П. Илић (2007), *op. cit.,* 205. Илић истиче да је енглеско право овим „прећутно прихватило кривичну одговорност правних лица

законских обавеза правног лица и не захтева утврђивање mens rea назива се regulatory offence. [9]

Иако су премошћене формалноправне препреке за вођење кривичног поступка према правним лицима, теоријски став о немогућности утврђивања корпоративног mens rea задржао се у енглеском праву још извесно време. Корпорације су могле да одговарају за кривична дела common law типа која нису захтевала утврђивање mens rea, по принципу викарне одговорности.[10]

Акт запосленог, у складу са том доктрином, заснивао је кривичну одговорност правног лица за кривична дела у свим случајевима у којим је могла бити утемељена и викарна одговорност физичког лица. Однос који се симболички изражава као релација „господар – слуга“ довољан је основ за успостављање викарне одговорности првог за акте потоњег, како у случају да је први физичко, тако и када је правно лице. Кривична дела из common law категорије која нису имала кривицу као субјективни елемент бића била су узнемиравање јавности (public nuisance)[11], увреда (criminal libel) и непоштовање суда (contempt of court).[12]

Доношење већ поменутог Interpretation Act,[13] као и њему претходећег Criminal Law Act,[14] усвојеног 1827. године, отворило је, проширивањем појма лица на корпорације и у смислу кривичног права, могућност њиховог кажњавања за деликте што захтевају mens rea. Смисао ових закона био је у томе да се и корпорације, када је то могуће, казне као извршиоци кривичног дела које није strict liability врсте.

Судски прецедент Дома Лордова у случају Lennard’s Carrying Co vs Asiatic Petroleum Co (1915) AC 705., представља први пример заснивања одговорности правних лица на темељу кривице тзв. „руководећег ума“. Овде се, наиме, радило о ситуацији у којој је власник компаније за поморски превоз робе, Lennard, свесно

[9] Више о природи regulatory offences: Z. Đurđević, Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, 2/2003,* Zagreb, 2003, 744.
[10] M. Wagner, *op. cit.,* 3.
[11] Ово кривично дело испољава се вршењем аката којим се више погађају јавне вредности него приватна добра. То су, на пример, блокирање ауто – пута, слушање гласне музике, бацање отпада у реку, итд. Ради се о категорији деликта која у нашем праву има пандан у тзв. прекршајима против јавног реда и мира. Видети: "http://www.nuisancelaw.com/learn/historical" 13.06.2010.
[12] M. Wagner, *op. cit.,* 3.
[13] Члан 2 Закона.
[14] Члан 14 Закона.

занемарујући одредбе Merchant Shipping Act-а из 1894 (Закона о трговачком бродском превозу), проузроковао знатну штету Asiatic Petroleum-у, чија је роба потпуно уништена приликом бродске несреће. Компанија Asiatic Petroleum је тужила Lennard's Carrying због нехатног кршења законских одредби од стране власника. [15]

Ипак, тек три прецедента из 1944. године дефинитивно утемељују принцип одговорности правних лица за mens rea кривична дела.[16] У поменутим прецедентима утврђена је кривична одговорност правних лица због пореске утаје, завере и фалсификовања исправе. У њима је коначно превазиђен проблем „mens rea hurdle" тиме што је створен принцип по којем правно лице одговара за акте одређених физичких лица („руководећих умова").[17] Ипак, њихов значај је велики, јер је на тај начин енглеско судство коначно извршило прекретницу у кривичноправном третману корпорација, напуштајући концепт о могућности кажњавања правних лица само за кривична дела што не захтевају успостављање mens rea. [18]

Парадигматичан прецедент, у ком је коначно појашњен принцип идентификације, донет је у случају Tesco Supermarkets v Nattrass, [1972] A.C. 153, [1971] 2 All E.R. 127(H.L.). Енглески судови дефинитивно заузимају становиште да акт директора – „руководећег ума" (енг. „controlling mind"), учињен током вршења редовних пословних активности, представља акт саме корпорације. Следствено томе, кривица директора заснива одговорност правног лица које се са њим идентификује.

Ratio decedendi прецедента се налази се у принципу о идентификовању воље руководећих умова са вољом правног лица. Дом лордова је, образлажући одлуку у овом случају, упоредио корпорацију са људским бићем, истакавши да су директори и менаџери правног лица, када врше своја овлашћења, пандан људским функцијама свести и воље.[19]

---

[15] Текст прецедента доступан на: "http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html" (сајт посећен: 21.05.2010).

[16] Moore v. I. Bresler, Ltd., [1944] 2 All E.R. 515; R. v. I.C.R. Haulage, Ltd., [1944] K.B. 551; Director of Public Prosecutions v. Kent and Sussex Contractors, Ltd., [1944] K.B. 146.

[17] G. Stessen, *op. cit.,* 497. Ови прецеденти су, ипак, били критиковани због недовољне јасноће и аргументованости, јер нису утврђени недвосмислени критеријуми за успостављање mens rea корпорације.

[18] C. N. Nana, *Corporate criminal liability in the United Kingdom: determining the appropriate mechanism of imputation,* doctoral thesis, 'OpenAIR@RGU',Robert Gordon University Open Access Institutional Repository,, 2009, 81.

[19] A.I. Pop, Criminal Liability Of Corporations—Comparative Jurisprudence, *Michigan State University College of Law,* 2006, 15. Текст доступан на: "http://www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf" (сајт посећен: 02.05.2010).

Данас на целој територији Велике Британије постоји кривична одговорност правних лица. Кривичноправни системи Шкотске и Северне Ирске преузели су енглески модел кажњавања правних лица. Слична ситуација је и у ирском праву.[20] У Уједињеном Краљевству правна лица могу да одговарају за сва кривична дела, осим за она за која је као једина казна прописан затвор: убиство и издаја. Такође, правна лица не одговарају за дела која по природи ствари не могу да изврше, попут силовања, двобрачности, родоскрвнућа, итд. Ово ограничење је израз принципа lex non cogit ad impossibilia. [21] Основи приписивања кривичног дела разликују се у зависности од врсте кривичног дела.

Правна лица одговарају за regulatory offences по принципу објективне одговорности, без утврђивања mens rea,[22] док код кривичних дела која захтевају установљавање кривице одговарају у складу са доктрином идентификације. Код првих, дакле, корпорација одговара јер није спречила наступање ризика произашлог из њене активности, без потребе утврђивања субјективног основа одговорности. Ако запослени нанесе штету одређеном лицу, у оквиру вршења пословних активности, кршећи тиме законом прописане обавезе предузећа, оно ће одговарати независно од његове кривице, јер је пропустило своју обавезе да спречи излагање других лица ризику. Објективна одговорност постојаће, рецимо, у случају продаје хране или лекова који по природи, садржају и квалитету не одговарају стандарду што се редовно очекује од такве врсте производа на тржишту. У том случају нема потребе за установљавањем кривице било ког запосленог и, на њеном темељу, викарне одговорности самог правног лица као послодавца, већ је довољно утврђивање actus reus (радње извршења).

Чим је дотичан производ стављен у промет насупрот законским одредбама, без обзира на (не)постојање свести о ризику по купце, кривично дело је извршено. Оправдање за увођење објективне одговорности налази се у чињеници да је друштвено прихватљиво кажњавати субјекте на основу непоштовања обавеза и дужности које следествено доводи до наступања штете или друге забрањене

[20] Z. Đurđević, *op. cit.,* 735-736.
[21] A.I. Pop, *op.cit.,* 23.
[22] Кривична дела која не захтевају утврђивање mens rea могу бити тзв. strict liability и absolute liability offences. У случају првих, довољно је да је учинилац био свестан или могао бити свестан како његова радња носи известан ризик а није спречио стварање рискантне ситуације иако је био у могућности да то учини. За утврђивање постојања потоњих довољно је кршење дужности или извођење недозвољене активности из којих је произашло кривично дело како би се засновала одговорност, без установљавања било каквог степена кривице. Absolute liability offences, дакле, представљају класичан облик потпуно објективне одговорности, док strict liability деликти подразумевају минималан степен субјективне кривице. Видети: C. N. Nana, *op. cit.,* 72.

последице. Закони предвиђају кривична дела објективне одговорности управо у делатностима које саме по себи носе висок степен ризика по јавне и приватне вредности.[23]

Да ли је неко кривично дело strict (absolute) liability или mens rea врсте, зависи од експлицитног израза законодавца. Уколико истог нема, претпоставља се да је неопходно утврђивање mens rea. Кривично дело је потоње врсте, уколико законодавац изричито не пропише другачије. Ако је неко дело strict liability карактера, одговорност корпорације је, на основу свега реченог, објективног типа, а викарна је јер се може засновати актом било ког запосленог. Са друге стране, пак, она није викарна ако прихватимо аргумент да корпорација одговара јер није спречила остварење ризика произашлог из њеног пословања.[24] Уосталом, одговорност правног лица за regulatory offences је модел објективне одговорности корпорације, који је изведеног карактера, мада претходно резоновање иде ка њеном карактерисању у супротном смислу – као непосредне па самим тим и аутономне одговорности.[25]

Одговорност за кривична дела код којих је неопходно утврђивање mens rea заснована је на субјективној кривичној одговорности представника корпорације за које се може сматрати да исту оличавају. Pop истиче да се у ову категорију лица убрајају чланови Управног одбора (борда директора), извршни директори, представници којима су делегирана овлашћења за независно деловање и остала лица одговорна за генерално управљање организацијом.[26] Основни предуслов за урачунавање кривице правном лицу је извршење кривичног дела у склопу пословног делокруга компетентног представника.

Проблем примене теорије идентификације, која је теоријски конзистентнија са класичним кривичноправним принципима у поређењу са викарним моделом или аутономном одговорношћу, јесте у чињеници да не доводи до задовољавајућих криминалнополитичких ефеката. Теорија идентификације је погоднија за мала предузећа, у

[23] О објективној одговорности правних лица за statutory offences видети: C. N. Nana, *op. cit.,* 72 – 77.

[24] *Ibid.,* 75. Ауторка наводи резоновање познатог Smith JC., који сматра да одговорност корпорације за strict absolute liability offences никад није викарног већ увек директног типа, то јест није изведена из одговорности запосленог већ је то одговорност саме корпорације: „када је законска дужност чињења наметнута одређеној особи (у овом случају послодавцу) а оно је не изврши, тиме чини actus reus. Може се десити да је оно своју дужност пропустило услед тога што запослени или представник нису испунили своје дужности, али и тада није реч о викарној одговорности. Послодавац је одговоран зато што је он, лично, пропустио да учини оно што закон захтева од њега.“

[25] Z. Đurđević, *op. cit*., 744. Ауторка недвосмислено карактерише одговорност корпорација за regulatory offences као објективну и изведену.

[26] A. I. Pop, *op. cit*., 32.

којима је моћ одлучивања концентрисана у једном или неколицини представника, док у структурално сложеним савременим организацијама често није могуће утврдити одговорност лица које се сматра алтер – егом корпорације, иако је јасно да је кривично дело извршено у корист правног лица.[27] Последица наведеног је настајање феномена „организоване неодговорности“ креатора и корисника последица дела.

Између ове две категорије (strict liability и mens rea) стоје кривична дела која захтевају утврђивање mens rea али су лакша од оних која захтевају примену модела идентификације и регулишу питања тржишног промета (опет се ради о врсти regulatory offense), а за које је довољно утврђивање викарне корпоративне одговорности (не објективне, већ субјективне).[28] Иначе, подела кривичних дела у смислу покретања кривичног поступка, у Енглеској се изменила од доношења Закона о кривичном праву (*Criminal Law Act*) из 1967. године. Након доношења овог закона, подела кривичних дела се заснива на разликовању оптуживих (indictable offences) и дела за које се води скраћени поступак (summary ofences). Посебну врсту чине кривична дела за које је могуће водити редовни или скраћени кривични поступак (either-way offences).[29]

Коначно, доношењем Закона о корпоративном убиству (Corporate Manslaughter Act and Corporate Homicide Act, 2007, у даљем тексту: CMHCA),[30] британско право је делимично променило концепцију по којој предузеће одговара за кривично дело само ако је исто извршио „руководећи ум“. Одговорност правног лица, по овом Закону, постоји уколико је до лишавања живота дошло услед тога што су корпорацијске активности биле организоване и вођене уз значајно кршење релевантних дужности правног лица. Услов за заснивање корпоративне одговорности се налази у чињеници да је улога

[27] B. Fisse, The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model, *Sydney Law Review*, Vol. 13, 1991, 277 – 278.
[28] "http://www.lawcom.gov.uk/1150.htm" (сајт посећен:13.06.2010).
[29] Г. П. Илић (2004), *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде,* Службени гласник, Београд, 2004, 77.
[30] Corporate Manslaughter Act за подручје Енглеске и Велса, а Corporate Homicide Act за Шкотску, због различитог дефинисања кривичног дела које је предмет закона у Енглеској и Велсу у односу на Шкотску. Осим на корпорације Закон се односи и на ортаклуке, синдикате и друга удружења запослених, као и нека јавноправна тела (попут полиције). Текст прописа доступан на веб страници британске владе: "http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en_1" (сајт посећен: 10.06.2010).

менаџмента вишег нивоа (senior management) у кршењу прописаних обавеза предузећа била значајна.[31]

Револуционарни карактер одредби Закона, барем за енглеско правно подручје, види се у могућности утемељења корпоративне одговорности због противправних аката припадника управљачке структуре на високом месту у хијерархији предузећа, без обзира на утврђивање њиховог субјективног односа према кривичном делу. Овај облик одговорности представља одступање од теорије идентификације јер се одговорност предузећа не заснива на кривици „руководећег ума“ већ оно одговара због кршења дужности, а, са друге стране, не ради се о strict liability већ mens rea деликту. Корпорација одговара због лишења живота уколико је оно последица пропуста у организовању и руковођењу, које су се испољиле у кршењу законом наметнутих дужности и следствено довеле до смртне последице. [32]

Осим набројаних облика извршења кривичног дела од стране правног лица, могућа је и ситуација саучесништва у кривичном делу за које корпорација одговара акцесорно. Nana наводи прецеденте у случајевима R v Robert Millar (Contractors) Ltd and Robert Millar и R v JF Alford Transport Ltd.[33] Pop наводи прецедент у случају Seaboard

[31] "http://www.gowlings.com/resources/PublicationPDFs/Keith_Walsh_March2009.pdf" (сајт посећен: 10.06.2010). Поштовање ових дужности законска је обавеза организација по правним прописима које Закон назива „law of negligence“ („право нехатних деликата“). За подручје Енглеске и Велса то су: Occupiers' Liability Act из 1957. године(чл. 31), the Defective Premises Act из 1972. (чл. 35) и Occupiers' Liability Act 1984 (чл. 3) из 1984. године. За Шкотску то је Occupiers' Liability Act из 1960 (чл. 60), а за Северну Ирску Occupiers' Liability Act (Northern Ireland) 1957 (c. 25), the Defective Premises (Northern Ireland) Order 1975 (S.I. 1975/1039 (N.I. 9)), the Occupiers' Liability (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/1280 (N.I. 15)) и Defective Premises (Landlord's Liability) Act (Northern Ireland) 2001 (c. 10).

[32] Nana објашњава како се за оцену постојања учешћа „senior management“ у кршењу релевантних дужности предузећа користи тзв. објективни тест, (то јест одређује се да ли је активност органа корпорације у поређењу са прихваћеним стандардима понашања у привреди) а не субјективно мерило на основу ког би се утврђивао психички однос било ког конкретног члана органа према повреди законске обавезе. Дакле, тужилаштво не мора да доказује како је неко од чланова управе имао конкретно знање о повреди обавезе и деловао упркос томе. Ипак, у теорији се поставља питање да ли је довољно учешће само једног лица из управе компаније, ком су додељене дужности организовања и управљања пословања или је потребно поступање више лица која чине менаџмент корпорације. Nana сматра да је потребно колективно учешће лица из менаџмента компаније. C. N. Nana, *op. cit*., 96 – 97.

[33] У првом, одговорност корпорације заснована је на чињеници да је возач камиона на путу од Енглеске до Шкотске, знајући како му је гума дефектна (што је знао и директор предузећа) изазвао саобраћајни удес у ком је погинуло шесторо људи. Узрок удеса био је управо технички недостатак камион – дефектна гума.

Суд је оценио како је возач крив за involuntary manslaughter (нехатно лишавање живота), али је кривицу приписао и предузећу и то у својству помагача и подстрекача. Директор корпорације, по оцени суда, знао је да возач изазива опасност управљајући

Offshore, Ltd. v. Secretary of State for Transp.,[34] као пример заснивања одговорности правног лица на темељу нехатног непредузимања превентивних мера услед ког је дошло до извршења кривичног дела. Одговорност корпорације је заснована иако ниједан конкретан члан предузећа није имао посебно прописане дужности везане за предузимање дотичних мера. Овај прецедент представља даље прошитривање примене кривичног права у односу на теорију идентификације. [35]

Коначно, остаје питање на који делокруг колективитета се односе претходно описани модели одговорности. Принципијелно, сва правна лица у Енглеској, осим државе, могу одговарати за учињено кривично дело. У правна лица се, по Закону о тумачењу (Interpretation Act, 1978) убрајају и удружења (associations). Ипак, као ни у Француској, ни овде нема јединствене листе ентитета који се убрајају у правна лица. [36]

Систем санкција које се могу применити према осуђеним корпорацијама почива на новчаној казни као основној кривичној санкцији за ову категорију учинилаца. Ипак, узимајући у обзир чињеницу да су новчане казне често недовољно високе у поређењу са финансијском моћи корпорација, те не испуњавају сврху кажњавања, енглески судови су увели и друге врсте кривичних санкција према њима. Тако, осим новчане казне, често се изричу условне осуде (corporate probation), одузимање добара стечених кривичним делом и ускраћивање дозвола за обављање одређених делатности.

Сједињене Америчке Државе

Увођење кривичне одговорности правних лица у САД везује се за прецедент Врховног суда у случају New York Central and Hudson River

технички неисправним возилом а ипак му је одобрио (то јест подстакао га) да врши превоз возилом у таквом стању. У потоњем случају управа корпорације је знала да њени возачи фалсификују тахографске податке али их нису у томе спречили нити предузели мере у правцу њиховог кажњавања, већ су намерно допуштали противправну активност и охрабривали њено понављање. Nana закључује како је примена института саучесништва правног лица погодна у ситуацијама у којим се не може утврдити примарни извршилац кривичног дела, то јест у ситуацијама где се ради о врсти удруженог злочиначког подухвата, те се не може лако установити примарни кривац. C. N. Nana, *op. cit*., 98 – 99.

[34] Seaboard Offshore, Ltd. v. Secretary of State for Transp., [1994] 2 All E.R. 99, 104 (H.L.)

[35] Ипак, наставља Pop, у енглеској судској пракси, за разлику од америчке, није дошло до искорака ка примени теорије агрегације или теорије о колективној намери, што би представљало логичан наставак започетог ширења ван строгих и очигледно уских граница теорије идентификације. A. I. Pop, *op. cit*., 32 – 33.

[36] *Ibid*., 20 - 22.

Railroad Company vs. United States, 212, U.S. 481, 495 (1909).[37] У америчком праву је од тада прихваћен концепт кажњивости правних лица за кривичне деликте по принципу respondeat superior,[38] по којем компанија одговара и за акте својих запослених учињене у корист корпорације и у оквирима пословног делокруга и овлашћења. Овај концепт се заснива на тзв. викарној одговорности, која је много шире постављена у односу на теорију идентификације, јер је круг лица чији се акти могу урачунати корпорацији далеко већи (осим „руководећих умова“ овде долазе у обзир и менаџери свих нивоа одговорности, али и сва запослена лица). Доктрина викарне одговорности створена овим прецедентом ослањала се на одредбе тзв. Елкинсовог закона (Elkins Act), којим је експлицитно прописано како чињење или нечињење запосленог може довести до урачунавања одговорности корпорацији.[39]

Услови за заснивање одговорности су да је запослени дело извршио у оквиру свог редовног или претпостављеног посла или овлашћења и да је кривично дело учињено са намером стицања користи за правно лице. Чињеница да је корист, већим или мањим делом, припала физичком а не правном лицу, не утиче на кривичну одговорност правног лица. Она не би постојала једино у случају да учинилац није намеравао да оствари никакву корист за предузеће, већ искључиво за себе или друго физичко или правно лице или уколико је кривичним делом нанета штета правном лицу. У случају да је учинилац намеравао да оствари корист за правно лице, одговорност ће постојати чак и уколико је учинилац деловао насупрот изричитом налогу или пословној политици правног лица.[40]

За разлику од енглеског права (барем у домену примене идентификацијске теорије) у САД није неопходно да суд установи

---

[37] Текст прецедента доступан на: http://supreme.justia.com/us/212/481/ (сајт посећен: 21.05.2010).

[38] Видети: Г. П. Илић (2009), *Одговорност правних лица за кривична дела,* Билтен Окружног суда у Београду, Intermex, Београд, 2009, 11.

[39] G. Stessens, *op. cit.,* 497. Викарна одговорност је у поменутом прецеденту везана за statutory offense, али су амерички судови у наредном периоду проширили њену примену и на common law offences. Тако, одлука суда у случају кршења антимонополских прописа из 1983. године потврђује ову, неколико деценија раније усвојену доктрину, речима: „корпорација се може сматрати кривично одговорном за кршење одредаба о монополском деловању, што их је учинио запослени делујући у оквиру додељених или фактичких овлашћења, у интересу правног лица.... чак иако су његови акти били у директној супротности са пословном политиком корпорације“. Видети прецедент : U.S. v Basic Construction Co., 711 F. 2d 570 at 573 (4th Cir. C.A. 1983). Наведено према: M. Wagner*, op. cit.,* 3.

[40] Z. Stojanović, R. Shine, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Ministarstvo pravde Republike Crne Gore, Podgorica, 2007, 59; E. Lederman, *op. cit.,* 651 – 655; C. De Maglie, Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 4, Issue 3 (2005),* 553 – 555.

конкретног учиниоца кривичног дела међу запосленима. Довољно је утврдити како је дело, судећи по свим околностима, морало извршити једно или више лица из корпорације и то у њену корист. Суд може осудити корпорацију на темељу чињенице да је неко од запослених извесно извршио дотично кривично дело, иако је немогуће утврдити о ком се конкретном физичком лицу ради. Осим овог, у америчком праву је развијен још један принцип урачунавања кривице правном лицу, који представља проширење примене доктрине respondeat superior.[41]

Наиме, по тзв. теорији агрегације, могуће је приписати кривицу корпорацији на темељу извршења actus reus од стране једног лица и постојања mens rea код другог. На основу ове теорије могуће је приписати одговорност корпорацији уколико се може утврдити да је више запослених, од којих сваки има само део сазнања, заједно имало целовиту информацију, то јест свест о вршењу кривичног дела. Приписивање одговорности на описани начин делује помало виртуелно: нико конкретно није одговоран, али сви заједно, посматрани као целина, надиндивидуални ентитет – поседују захтевани mens rea. Најпознатији амерички прецедент у којем је дошла до изражаја идеја теорије агрегације донет је у случају United States v. Bank of New England.[42]

Круг правних лица која одговарају за кривична дела одређен је у Савезним смерницама за кажњавање (U.S. Federal Sentencing Guidelines - USSG).[43] Она се означавају јединственим називом „organization" под којим се подразумева „лице које није физичко (тј. особа, „individual"). [44]

Питање је, пак, која се кривична дела могу урачунати корпорацији. У америчкој теорији и пракси постоји сагласност око става да корпорација не може бити осуђена за дела попут двобрачности или родоскрвнуће, јер је незамисливо њихово извршење за њен рачун и у склопу њеног пословног делокруга. Листа кривичних дела за које одговарају правна лица предвиђена је у U.S. Federal Sentencing Guidelines. Корпорације могу одговарати за већину кривичних дела као

[41] A.I. Pop, *op. cit*., 33 – 34.

[42] "http://law.jrank.org/pages/744/Corporate-Criminal-Responsibility-American-standards-corporate-criminal-liability.html" (сајт посећен: 22.09.2010). Видети и: "http://openjurist.org/821/f2d/844/united-states-v-bank-of-new-england-na" (сајт посећен: 20-1.2011).

[43] C. De Maglie, *op.cit*., 550. Текст U.S. Federal Sentencing Guidelines доступан на: "http://www.ussc.gov/2009guid/8c2_7.htm" (сајт посећен: 27.06.2010). О казненој политици у САД видети и: Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.,* 25 – 42.

[44] У организације се убрајају: корпорације, ортаклуци (partnerships), удружења (associations), компаније (joint-stock companies), синдикати, трустови (trusts), пензиони фондови, нерегистроване организације (unincorporated organizations), државне и политичке подјединице (governments and political subdivisions) и непрофитне организације.

и физичка лица. Листа дата у USSG обухвата кривична дела карактеристична за корпоративно окружење, попут прања новца, давања мита, преваре, кршења антимонополских прописа, пореских утаја, крађа, исл. Али, у америчком праву постоји одговорност корпорације и за кривична дела која нису типична за корпоративно криминално деловање, попут привилегованог облика убиства (manslaughter).

Интересантно је, међутим, да нема прецедената који омогућавају окривљавање правних лица за основни облик убиства (murder). Mueller сматра како би то било оправдано у бројним случајевима, попут оних у којима корпорација шаље запосленог на високо рискантан радни задатак без икакве заштитне опреме и намерно таји од запослених да излагање одређеним супстанцама готово сигурно води ка фаталним исходима. Аутор као пример оваквог случаја наводи аферу Hawks Nest.[45] У прилог његовом резонавању иде и образложење прецедента у случају People v. O'Neil.[46]

U.S. Federal Sentencing Guidelines предвиђа и систем санкција које се могу применити према правним лицима. Основне санкције су новчана казна, накнада штете (restitution), (remedial orders), рад у јавном интересу, условна осуда.[47] Неке државе познају и могућност изрицања казне распуштања (престанка) правног лица, као и забране вршења одређених пословних делатности. Амерички систем санкционисања почива на идејама ретрибуције и одвраћања, полазећи од тога да казне морају бити правичне, сразмерне и у складу са сврхом изрицања – генералном и специјалном превенцијом.[48] Уз изречену казну,

[45] G. Mueller, Mens Rea and the Corporation – A Study of the Model penal Code Position on Corporate Criminal Liability, *University of Pitsburgh Law Review*, Vol. 19, 1957, 23.

[46] People v. O'Neil, 194 Ill. App. 3d 79 (1990). Текст прецедента доступан на: "http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=il&vol=app/2001/5990631&invol=3" (сајт посећен: 19.06.2010). Суд је ослободио корпорацију одговорности за murder, али у образложењу није експлицитно искључио могућност да правно лице буде осуђено због извршења тог кривичног дела. Видети: A. I. Pop, *op. cit*., 24.

[47] Pop помиње осам категорија случајева у којима суд може прибећи изрицању условне оуде. Међу њима, она издваја ситуацију у којој корпорација нема унутрашње механизме за подстицање пословног морала и развијање свести о обавези поштовања прописа, као и откривање и спречавање деликата, а има историјат криминалног понашања. A. I. Pop, *op. cit*., 44.

[48] Како би с постигли описани циљеви, USSG предвиђа кораке које суд мора предузети да би утврдио сразмерну казну. Прво, суд суд израчунава основну казну на темељу тежине извршеног кривичног дела (USSG s8C2.4(a)). Тежина кривичног дела се мери узимањем у обзир следећих фактора: остварене користи учиниоца, штете нанете жртви (уз вођење рачуна о облику кривице при наношењу штете, дакле, различита основа ће постојати код умишљајног у поређењу са нехатним деликтом) и прописане казне за то кривично дело. Када суд утврди основну казну, њена коначна висисна се добија множењем са нумеричким фактором који одражава степен кривице учиниоца (USSG s8C2.7). На крају, суд бира одговарајућу казну из прописане листе, осим уколико може

корпорацији се намећу обавезе везане за изградњу унутрашњих контролних механизама са циљем откривања и спречавања кривичних дела. У литератури се овај модел изражава познатом синтагмом о „штапу и шаргарепи“. Наиме, корпорацији се изриче висока новчана казна (што представља, у симболичком смислу, „штап“), али се оставља могућност да, уколико усвоји ефикасан програм за превенцију будућих деликата и јачање пословног морала, казна буде знатно ублажена.[49] Занимљиво је и да се, приликом одређивања висине казне, у обзир узима постојање програма делотворних, неопходних и разумних мера и етичких стандарда у компанији пре извршења кривичног дела. У случају постојања овог програма, као и других олакшавајућих околности, попут признања да је извршено кривично дело, сарадње са истражним органима, добровољног и правовременог пријављивања кривичног дела пре отпочињања истраге, итд., казна може бити значајно ублажена. На овај начин, законодавац пружа економски стимуланс компанијама да открију и пријаве кривично дело, као и да воде пословну политику усмерену ка спречавању кривичних дела. [50]

Одредбе о кривичној оговорности правних лица садржи и Модел за савезни кривични законик (Model Penal Code), који служи као оријентир за кривична законодавства федералних јединица. По Моделу, правна лица у САД одговарају по принципима викарне и идентификацијске теорије у зависности од врсте кривичног дела. У случају кривичних дела код којих закон предвиђа викарну одговорност компаније, то јест кривичних дела која се испољавају у кршењу компанијских дужности предвиђених посебним законодавством (statute law), није потребно да је извршилац лице са одређеном управљачком функцијом, већ је довољно да представља правно лице у својству запосленог. У случајевима осталих кривичних дела, потребно је да је дело одобрило, захтевало, учинило, наредило, или толерисало (recklessly tolerated) лице које заузима неко од руководећих места у предузећу (*high managerial agent*).[51]

да пружи аргументе за одступање од ње и изрицање друге кривичне санкције (USSG s8C2.8). У случају да суд оцени како је активност предузећа у претежној мери била усмерена на вршење кривичних дела, новчана казна се изриче у висини довољној за практично одузимање свих средстава корпорације.

[49] C. De Maglie, *op. cit.,* 552.

[50] Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.,* 39 – 40. Аутори су, следећи детаљне смернице за кажњавање предвиђене у USSG, приказали хипотетичку ситуацију у којој предузеће, које је осуђено за кривично дело извршено од стране менаџера продаје, уместо 3. 600. 000 долара, колико би платило на име новчане казне да није имало олакшавајуће околности овог типа, долази до коначног износа од 50. 000 долара или мање.

[51] Решења Model Penal Code наведена према: T. Gardner, T. M. Anderson, *Criminal Law,* 10th Edition, Thomson Wadshworth, Belmont, USA, 2009, 99; P. Bucy, *op. cit.,* 1103; G. Mueller, *op. cit*., 24 – 28; R. Hefendehl, Corporate Criminal Liability:Model Penal Code

Иако премошћава недостатке викарне теорије, ово решење показује извесне слабости, сматра Bucy. Тако, и овде је могуће засновати одговорност правног лица иако је кривично дело било у супротности са пословном политиком корпорације, јер је довољно установити како је било ко од високих руководилаца учествовао у делу на начин који Модел предвиђа, без обзира што његово понашање није било у складу са принципима и политикама корпорације. Дакле, и овде је могуће непотребно ширење основа одговорности. Друго, овај систем у одређеним случајевима неосновано сужава основ одговорности.

Ако је јасно да је пословна политика корпорације подстакла запосленог да учини кривично дело, то неће бити довољно за усопстављање њене одговорности, уколико се не докаже да је неко од конкретних високих руководилаца толерисао извршење кривичног дела. Даље, овај Модел практично охрабрује високе руководиоце да се не упуштају у надзор пословних активности запослених, јер уколико високи руководилац није сазнао да је запослени учинио кривично дело, тешко је доказати како је он толерисао понашање запосленог, па је готово немогуће успоставити одговорност правног лица за то дело.[52]

Ипак, амерички модел трпи и бројне критике. Аутори указују на проблем честог покретања кривичних поступака против корпорација због веће могућности заснивања одговорности у односу на друге системе, што ствара високу економску цену како по судове, тако и привреду, запослене и акционаре корпорације који нису учествовали у криминалном деловању правног лица. Са друге стране, чињеница да је основ за кажњавање предузећа веома широк ствара бојазан од непостојања легитимних социјалних основа за кажњавање корпорација строгим кривичним санкцијама, што може довести до тога да се судови уздржавају од примене високих казни и тиме посредно умање ефекат одвраћања. Такође, запослени у корпорацијама, доживљавајући осуду

Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems, *Buffalo Criminal Law Review,* Vol. 4:283, 2001, 290 – 293. Судски прецеденти у америчким државама потврђују усвајање приступа који предлаже Model Penal Code. У случају *People vs. Hopkins, 681 N. W. 2d 669 (Mich – App. 2004),* суд експлицитно одбија заснивање кривичне одговорности правног лица због продаје ватреног оружја осуђиваном лицу, јер је деликт извршио запослени који није имао руководилачку позицију у предузећу, а не ради се о делу предвиђеном посебним законодавством. О одредбама Model Penal Code, видети и: G. Stessens, *op. cit.,* 512; C. De Maglie, *op. cit.*, 554. Текст Секције 2.07 Model Penal Code доступан и на: "http://www.lareau-law.ca/corporationsAE.html" (сајт посећен: 14.05.2011).

[52] P. Bucy, *op. cit.,* 1105.

организације као неправедну, могу развити јак отпор према поштовању закона перципираних као нелегитимних.[53]

Аустралија

Аустралијски Кривични законик из 1995. године низом одредби уводи и регулише кривичну одговорност правних лица. Аустралијски Законик специфичан је по томе што не даје дефиницију корпорације као субјекта одговорности, нити набраја врсте колективитета који спадају под овај појам, већ само предвиђа примену кривичноправних норми на правна лица на исти начин као на физичка.[54] Члан 12 став 1 тачка 2 аустралијског КЗ прописује да правно лице може одговарати за било које кривично дело, без обзира на предвиђену казну, не ограничавајући је само на она дела за које није прописан затвор као једина санкција.[55]

Члан 12 став 2 прописује да уколико је радња извршења предузета од стране запосленог, представника или менаџера предузећа, у склопу његових редовних или послова које фактички врши, или у оквиру његових прописаних или фактичких овлашћења, постоји основ за приписивање кривичног дела корпорацији. Уз радњу извршења, потребно је и присуство субјективне компоненте. Наиме, уколико је захтевани облик кривице за конкретно кривично дело директни или евентуални умишљај, предузеће ће се сматрати кривично одговорним ако је изричито, прећутно или имплицитно овластило физичко лице да изврши дело или му је то дозволило (члан 12 став 3 тачка 1). У следећем ставу аустралијски законодавац наводи ситуације на основу којих се закључује о постојању дозволе или овлашћења корпорације. [56]

---

[53] A. I. Pop, *op. cit.,* 36; B. Fisse, *op. cit*., 278; G. Mueller, *op. cit*., 21. Mueller сликовито приказује предности и мане америчког модела, упоређујући га са самониклом хибридном биљком, насталој „спајањем неких гена кривичног права са генима привредног права“, чија корисност или штетност још нису до краја утврђене.

[54] C. De Maglie, *op. cit.,* 550.

[55] Текст прописа доступан на: "http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/25191DE52F745E94CA257715001C436E/$file/CriminalCode1995_WD02.pdf" (сајт посећен: 26.05.2010).

[56] *Прва наведена ситуација* односи се на борд директора (управни одбор)[56]. Одговорност корпорације постоји када овај орган умишљајно врши инкриминисано понашање, или да овлашћење или дозволу за извршење кривичног дела на изричит, прећутан или имплицитан начин. Члан 12 став 3 тачка 5 предвиђа, међутим, да ће одговорност по основу евентуалног умишљаја (енг. recklessness) поменутих лица према кривичном делу бити приписана правном лицу само уколико је за постојање тог дела инчае довољно поступање са тим обликом кривице. Ако се ради о кривичном делу које у субјективном елементу има намеру (може се, према томе, извршити само са директним умишљајем) оно се неће урачунати корпорацији ако су припадници Борда

Трећа ситуација представља облик аутономне субјективне кривичне одговорности правног лица. Одредба члана 12 става 3 тачке 2ц прописује да се одговорност корпорације може утемељити на чињеници постојања корпоративне културе (corporate culture)[57] која је уперена ка кршењу прописа, подстиче га, толерише или, пак, води ка њему. Алтернативно са овим постављен је, у следећој тачки, други облик аутономне организационе одговорности. Кривична одговорност правног лица постојаће и у случају да корпорација није успела да створи и одржи корпоративну културу која намеће обавезу поштовања прописа. Овде се ради о пропуштању обавезе креирања и одржавања атмосфере поштовања законитости услед које је дошло до извршења кривичног дела.[58]

Елементи значајни за примену одредаба члана 12 става 3 тачака 2ц и 2д дати су у ставу 4 истог члана. Тачка 4а. одређује ситуацију у којој је дозвола за извршење кривичног дела сличног или истоветног карактера раније дата од менаџера високог нивоа одговорности. Други случај обрађен је тачком 4б. Он упућује на ситуацију у којој је физичко лице које је извршило кривично дело, основано веровало да би га менаџер високог нивоа одговорности овластио за вршење деликта или му то допустио. Ове одредбе превасходно служе утврђивању испуњености услова за примену тачака 2ц и 2д. Њихово постојање индицира заступљеност одређеног типа корпоративне културе и однос корпорацијске управе према поштовању прописа и вршењу кривичних дела. [59]

директора поступали са евентуалним умишљајем према извршењу дела или су уз тај облик кривице (непромишљено пристајући на ризик од извршења дела, нпр.) дозволили његово извршење. *Друга ситуација* је везана за идентично поступање као у претходној тачки (извршење или одобрење кривичног дела), са разликом што је субјект понашања менаџер високог нивоа одговорности а не Борд директора. Менаџер високог нивоа одговорности у смислу аустралијског КЗ је запослени, представник (агент) или менаџер корпорације ком су додељене такве дужности да се за његово понашање оправдано може сматрати да представља пословну политику предузећа.

[57] Под корпоративном културом (corporate culture) законодавац подразумева став, политику, правило, начин понашања или праксу која је заступљена (општеприхваћена) у корпорацији или њеном делу у ком се кривично дело десило. Видети члан 12 став 3 тачку 7 аустралијског КЗ.

[58]Ипак, строго постављена аутономна одговорност правног лица делимично је „ублажена“ одредбом која дозвољава могућност некажњавања организације која докаже да је предузела све мере која је била дужна да спроведе ради спречавања извршења дела или давања овлашћења или дозволе од стране менаџера (тачка 2б).

[59] *Прва ситуација* јасно указује да у корпорацији постоји историјат кршења кривичноправних прописа и да руководиоци правног лица подржавају, подстичу и усмеравају запослене или друга подређена физичка лица ка вршењу кривичних дела зарад остваривања корпорацијске добити. *Други случај* указује на постојање уврежених криминалних ставова у организацији. Ако запослени, представник или менаџер корпорације сматра да се од њега очекује криминална делатност или ће му она у

Следећи основ за урачунавање кривичног дела корпорацији је нехатно поступање у односу на деликт. Наиме, уколико се ради о кривичном делу чији субјективни елемент бића садржи нехат, а ниједан запослени, представник или менаџер појединачно посматран није нехатно деловао, овај облик кривице се може доделити правном лицу уколико се, кумулирајући понашање више запослених (неодређен број), може сматрати да је ентитет као целина са нехатом проузроковао кривично дело. [60]

Закључак

Упоредно посматрање историјског развоја и позитивноправне регулативе одговорности правних лица за кривична дела у англо – америчким правним системима навело нас је на неколико закључака. Прво, модели одговорности правних лица мењали су се у складу са криминалнополитичким потребама и то у смеру пооштравања кривичноправне репресије и развијања нових принципа којима су постављане шире основе за утемељење кривичне одгворности корпорација. Енглески систем, критикован због крутости и неприлагођености савременој струкури компанија и подели одговорности, информација и права на одлучивање у њиховим оквирима, делимично се трансформисао доношењем Corporate Manslaughter Act and Corporate Homicide Act-a, којим је, по први пут у више од стотину година дугој традицији кажњавања правних лица за кривична дела, делимично напуштена искључива примена теорије идентификације и уведена могућност заснивања корпоративне кривичне одговорности и онда када није утврђена субјективна кривица неког од руководећих умова организације. Амерички судови су отишли и корак даље, примењујући теорију агрегације, којом се суштински установљава аутономна одговорност предузећа. Новина се састоји у кривичноправном третману организације као независног ентитета, који има сопствену вољу, другачију од простог збира појединачних воља.

најмању руку бити одобрена, јасно је који тип односа према правним прописима преовладава у правном лицу.

[60] Компоненте за утврђивање постојања организацијског нехата дате су у тачки 3. Одредба тачке 3а упућује на ситуацију у којој се забрањено понашање може суштински приписати неадекватном корпоративном управљању (менаџменту), или недостатку контроле и надзора над запосленима, представницима или службеницима. Тачка 3б предвиђа алтернативу претходној - ако се забрањено понашање суштински може приписати пропустима у организовању адекватних система за преношење релевантних информација одговарајућим лицима у корпорацији.

Корпорација се гледа као посебан, надиндивидуалан организам чији су чланови „органи и делови тела“, који врше дате функције и разликују се од целине – „корпоративног тела“. Поједини акти делова корпоративног тела, иако засебно гледани, нису кривична дела, постављени у контекст корпоративног деловања, чине скуп свих потребних елемената за утврђивање кривичне одговорности. Најдаље је, ипак, отишао аустралијски Кривични законик, јер је њиме систем одговорности правних лица првенствено заснован на аутономној субјективној одговорности саме организације.

Аутономна субјективна кривична одговорност организације, као нов кривичноправни институт изгледа као адекватније решење проблема криминалитета корпорација узимајући у обзир захтеве савремене криминалне политике. Важан криминалнополитички аргумент који се може истаћи у прилог овој тврдњи се садржи управо у чињеници да је често веома тешко утврдити не само идентитет учиниоца дела, већ и стварних корисника незаконито стечене добити који су, у многим случајевима, аутори дела (у најмању руку подстрекачи или евентуално, прећутни корисници свесни противправности задобијене користи). Ова лица, услед комплексне структуре правног лица остају некажњена у систему индивидуалне субјективне одговорности, као и у систему који заснива одговорност корпорације на субјективној кривици руководећег ума или запосленог, и то управо због тешкоће доказивања субјективне кривице. Једини начин да се то барем посредно избегне је кажњавање самог предузећа, чиме би се имовинска корист стечена криминалом практично нулификовала, што би се, опет, посредно одразило на имовину стварних корисника криминалне делатности предузећа.

Mladen Milošević MA
Faculty of security Belgrade

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN ANGLO-AMERICAN LAW

The article discusses the institute of corporate criminal liability in common law countries. The author analyses English, American, Canadian and Australian model of corporate criminal liability, including brief historical overview. The first part of the paper focuses on analizying legal solutions concerning the way criminal liability is attributed to the corporation and the system of criminal sanctions againtz the corporation. Then, the authors makes arguments about advantages and disadvenatges of different models, and concludes the joint analysis of Anglo – American legal systems by emphasising the trend of introducing solutions which leads to adopting of subjective autonomous liability of corporations.

Key words: *corporate criminal liability, theory of identification, vicarious liablility, aggregation theory, subjective autonomous liability*

ЛИТЕРАТУРА

Bollmann, H., „Switzerland“ y: C. Pelz (eds.), Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey, Lex Mundi Ltd., 2008

Coffee, J., „No Soul To Damn: No Body To Kick": An Unscandalized Inquiry IntoThe Problem Of Corporate Punishment, *79 Mich. L. Rev. 386,* 1981

De Maglie, C., Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law, *Washington University Global Study Law Rewiev*, Vol. 4: 547, 2005

Gardner, T., Anderson, M., *Criminal Law,* 10th Edition, Thomson Wadshworth, Belmont, USA, 2009

Đurđević, Z., *Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, 2/2003, Zagreb, 2003

Fisse, A. I., The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model, *Sydney Law Review*, Vol. 13, 1991

Илић, Г. П. (2004), *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде,* Службени гласник, Београд, 2004

Илић, Г. П. (2007), „Одговорност правних лица за кривична дела као предмет (посебног) кривичног законодавства“ у *Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и „Intermex“ Београд, Златибор-Београд, 2007

Илић, Г. П. (2009), Одговорност правних лица за кривична дела*, Билтен Окружног суда у Београду*, Intermex, Београд, 2009

Keith, N., Walsh, G., International Corporate Criminal Liability In The Workplace, доступно на: "http://www.gowlings.com/resources/PublicationPDFs/Keith_Walsh_March 2009.pdf" (сајт посећен: 22.10.2010).

Mueller, G., Mens Rea and the Corporation – A Study of the Model penal Code Position on Corporate Criminal Liability, *University of Pitsburgh Law Review*, Vol. 19, 1957

Nana, C. N.. *Corporate criminal liability in the United Kingdom: determining the appropriate mechanism of imputation,* doctoral thesis, ‘OpenAIR@RGU’,Robert Gordon University Open Access Institutional Repository,, 2009

Pop, A. I., *Criminal Liability Of Corporations—Comparative Jurisprudence*, Michigan State University College of Law, 2006

Симовић-Хибер, И., *Систем расправа о идеји владавине права, основама кривичног закона, појму злочиначке групе, и интернационализацији кривичног права,* Институт за социолошка и криминолошка истраживања, Београд, 2007

Stessen, G., Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994

Wagner, M., „Corporate Criminal Liability - National and International Responses“, *13th International Conference - Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective*, International Society for the Reform of Criminal Law, Malta, 1999

Правни извори

Criminal Code of Australia, Act No. 12 of 1995; доступан на: "http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/25191DE52F745E94CA257715001C436E/$file/CriminalCode1995_WD02.pdf (сајт посећен: 27.06.2010").

Corporate Manslaughter Act and Corporate Homicide Act, доступан на: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en 1 (сајт посећен: 27.01.2011.)

U.S. Federal Sentencing Guidelines, доступно на: http://www.ussc.gov/2009guid/8c2_7.htm (сајт посећен: 27.06.2010.

Електронски извори

http://www.nytimes.com/2010/04/13/business/global/13google.html (сајт посећен: 27.06.2010).

http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr1-662/1985scr1-662.html (сајт посећен: 13.06.2010).

http://www.ussc.gov/2009guid/8c2_7.htm (сајт посећен: 27.06.2010).

"http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=il&vol=app/2001/5990631&invol=3" (сајт посећен: 19.01.2011).

http://supreme.justia.com/us/268/295/index.html (сајт посећен: 21.01.2011).

"http://law.jrank.org/pages/744/Corporate-Criminal-Responsibility-American-standards-corporate-criminal-liability.html. 22.09.2010".

http://supreme.justia.com/us/212/481/ (сајт посећен: 21.12.2010).

"http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2007/ukpga_20070019_en_" (сајт посећен: 21.01.2011).

http://www.lawcom.gov.uk/1150.htm (сајт посећен: 13.06.2010).

http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html (сајт посећен: 21.09.2010).

"http://www.nuisancelaw.com/learn/historical" (сајт посећен: 13.06.2010).

Проф. др Мирољуб Јевтић
Факултет политичких наука
Београд

УДК: 342.1:297
Оригинални научни рад

ИСЛАМСКО СХВАТАЊЕ ДРЖАВЕ И ПРАВА У ДЕЛУ ИВЕ АНДРИЋА[1]

Разумевање савремених држава и правних поредака који у њима функционишу било би некомплетно без познавања исламске државно-правне и политичке теорије. Пре свега зато што муслимани чине преко милијарду становника наше планете и зато што скоро свака од муслиманских држава примењује барем делимично традиционале исламске правне норме у савременом правном поретку. У овом тексту је исламска теорија државе и права представљена кроз дело српског нобеловца Иве Андрића.Андрић је представљајући људске судбине и околности у којима су живели у време османске владавине Босном веома прецизно и на веома разумљив начин представио исламску теорију државе и права.

Кључне речи: *Иво Андрић, ислам, исламска држава, шеријат, политичка теорија, Босна и Херцеговина,политикологија религије*

Једини јужнословенски и српски добитник Нобелове награде за литературу Иво Андрић је творац великог књижевног дела. Централни део његовог књижевног опуса бави се Босном у време османске владавине, тако да историја чини подлогу његових књижевних творевина, а та историја је неодвојива од државно-правног и политичког поретка који је у Босни владао од 1463 године па све до 1878. Свој продужетак, ,тај правни систем, је у одређеној форми имао имао и све до формирања краљевине СХС 1918. године[2].

---

[1] Овај рад рађен је у оквиру пројекта бр 179008, који финансира Министарство науке Србије

[2] Enes Durmišević, Officials specialized in shari'ah law during the Austro-Hungarian period in Bosnia and Herzegovina (1878-1918),*Анали правног факултета у Београду(*у даљем тексту Анали*)*, бр.3/2010. Волуме 58

У овом кратком раду ће се с тачке гледишта политикологије религије[3] показати како је Андрић представио исламски државно-правни поредак и колико је његова слика тога поретка била реална. Тачније речено, колико је он познавао исламску политичку и правну теорију и праксу. Овакав приступ је посебно важан због тога. што су критичари Иве Андрића из редова босанских муслимана настојали да докажу како он није познавао ислам и да је своје ставове о тој великој и поштовања достојној религији заснивао на предрасудама па чак и на мржњи. Посебно карактеристичан јесте сарајевски лист "Љиљан". О томе „Љиљан“ вели: „Мржња као суштинска и интегрална супстанца Андрићева доживљаја Босне и бошњачког свијета под турском владавином заправо је параноидна представа и израз његова властитог, мрзовољног, друштвеног бића“.[4] Због свега тога ми ћемо у овом раду покушати да покажемо колико је Андић стварно познаво исламску државно-правну и политичку теорију. Да би смо то остварили користићемо следећу методологију. Узећемо најважније институте исламске политичке теорије и државног права и и представити их онако како их представљају исламски теоретичари. а затим ћемо користећи описе из Андрићевог дела показати колико се слика коју Нобелобац даје поклапа са представом коју сами муслимани дају о тим институтима исламског права. Тако ће се на најбољи могући начин показати колики и какав је познавалац исламске политичке теорије и теорије државе био велики писац. А самим тим и колико је његово дело, поред огромне књижевне вредности, употребљиво као штиво корисно за упознавање са исламском политичком теоријом и теоријом државе.

Имајући у виду како смо насловили текст јасно је да треба поћи од појма државе како је дефинише ислам,па показати како то сагледава Андрић.Модерна европска концепција државе посматра државу као апарат који заједнице људи стварају да би омогућили успешно функционисање друштва. У том смислу модерно право је продукт државе и у њеној је функцији. Држава ствара право.У модерним демократијима то је законодавни орган-скупштина где се доносе закони[5]. За разлику од тога ислам је објављена религија која је не одваја државу од вере. Муслиманима дакле није дозвољено да граде

---

[3] Мирољуб Јевтић, Political Science and Religion,*Политикологијаа религије*,бр.1/2007, Година 1, Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume1_no1/Political_science_and_religion.pdf" (24.7.2011.)

[4] *Љиљан,* 13-20. IX 1999. стр. 43. Сарајево

[5] О појму модерне државе погледати Слободан Јовановић, *Држава*,књига 1 и 2, Београд, 1936.

секуларну државу[6]. Ислам је у принципу *дин ва давла* и вера и држава[7]. Поред верских догми, правне норме о организовању заједнице верника као државе су неодвојиве у светој књизи ислама од основног теолошког учења. Да би се заједница организовала у Курану су дати правни прописи које верници морају применити да би имала карактер исламске, коју признаје Бог. Како држава није постојала у моменту објаве која је трајала од 610-632. јасно је да у исламу право претходи држави. Муслимани су приморани да стварајући заједницу, стварају истовремено и државу да би применили правне прописе Курана.Санкције за непоступање по диспозицији су прописане светом књигом. Тако да, како смо рекли, право претходи држави. Фикрет Карчић професор Факултета исламских наука у Сарајеву о томе каже"норме снабдјевене државном санкцијом постале су право у модерном смислу ријечи"[8]. Или још прецизније"„У исламском учењу остала је неоспорена теза да вјера треба регулисати подручје права... По исламском учењу шеријат се у основи сазнаје путем откровења. Главни извор садржаја шеријатских норми је оно што је ауторитативно дано. То је Кур'ан као свети текст ислама и Sunnet као нормативна пракса Мухамеда-посланика ислама. Ове двије категорије које се по квалитету међусобно разликују, чине оно што се у историји означава као ius divinum… Важно је споменути да су једино учењаци надлежни да тумаче основне исламске текстове. Државна власт није имала никакве ингеренције на том подручју. Њена искључива функција била је да осигура примјену прописа".[9] Због тога према исламском учењу нема ислама ако нема исламске државе. У томе смислу цитирамо следећи став из органа Исламске заједнице Рашке области из које је проистекла садашња Исламска заједница у Србији , којом руководи муфтија Муамер Зукорлић[10]' 'У „Таквиму" службеном гласнику Исламске заједнице Рашке области стоји: „Тако изгледа муслиманско друштво. То је, дакле друштво у којем се апсолутна потчињеност једино Аллаху... подједнако манифестира како у убјеђењу његових субјеката... тако и њиховом богослужју и у ритуалима, *те у друштвеном уређењу и*

---

[6] О савременом односу религије и секуларизма погледати у **J**ohn Rex, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume1_no1/Secular%20substitutes%20for%20religion%20in%20the%20modern%20world.pdf" \t "_blank" , *Политикологија религ*ије бр.1/2007. Година 1. Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume1_no1/Secular%20substitutes%20for%20religion%20in%20the%20modern%20world.pdf" (3.9.2011.)

[7] Више о томе у Фикрет Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918-1941*, Сарајево 1986.

[8] Исто, стр.12.

[9] Исто, стр. 12 и 13.

[10] Мирољуб Јевтић, *Политикологија религије*,Центар за проучавање религије и верску толеранцију,2009, стр.493.Београд

законодавству. У случају да изостане било који од ових аспеката то дословно значи да изостаје ислам сам..."[11]

Како је циљ ислама да спаси душу сваког човека на земљиној кугли, а спасење се постиже стварањем исламског начина живота који омогућава људима да постану муслимани и тако оду у рај, јасно је да се исламски начин живота који је неодвојив од државе може остварити само ако се свуда на планети успостави исламска држава. А успостављање исламске државе подразумева уклањање постојећег правног поретка- то значи укидање свих других држава и претварање целог света у земљу ислама *дар ал ислам.* Како су се постојеће државе од почетка супротставиле таквом начину спасења јасно је као једини начин стварања исламског правног поредка остало оружано освајање. Тако је настао институт џихада.[12] Џихад је био једино средство којим се исламска заједница која је у ствари држава,или рудимент државе, могао остварити. И једини начин на који су немуслимани могли бити спашени од греха у коме су до тада живели и добити могућност да после судњег дана стекну рајско блаженство.Према томе џихад и исламска држава су неодвојиви. Јер да није било џихада не би било ни исламске државе.Сам појам џихад се најчеше преводи сложеницом "свети рат". Али џихад је много више од рата. То *је "Систем свих акција и поступака на индивидуалном и колективном плану, који муслимани чине у циљу јачања исламске религије и ширење заједнице верника*"[13].Дакле очигледно је да сваки џихад није рат, али је зато сваки рат џихад . Проливање људске крви према исламу дозвољено је само у верске сврхе[14].

Дакле исламска владавина је последица божје воље. И то је природно стање ствари. Да муслимани владају а да они који то неће да буду имају статус грађана са ограниченим грађанским и политичким

---

[11] Сејјид Кутб, Ла илахе иллаллах начин живота, *Таквим* 1994, Мешихат (старешинство прим М.Ј.) исламске заједнице Нови Пазар, стр. 11.

[12] О исламској визији џихада погледати Aneela Sultana, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume2_no1/02_aneela_sultana.pdf" , *Политикологија религије*, бр.1/2008, Година 2. Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume2_no1/02_aneela_sultana.pdf" (2.9.2011.)

[13] Мирољуб Јевтић, *Савремени џихад као рат*, Никола Пашић, Београд, 3 издање,2001, стр.22.

[14] Како на то гледају Талибани погледати у: Aneela Sultana, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/aneela%20sultana.pdf" \t "_blank" ,*Политикологија религије* бр.1/2009. Година 3. Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/aneela%20sultana.pdf" (3.9.2011.)

правима и да буду дискриминисани. Јер не желе спас који им се нуди у оквиру праве вере. И сви муслимани, било они који су дошли као освајачи било они који су им се придружили из домаћег становништва исламизацијом, такво стање ствари доживљавају као нормално[15]. Посебно је важно да новоисламизовани себе уопште не виде као превере, већ се доживљавају као вечити муслимани. Као да су то одувек били и да никада нису мењали веру. А себе доживљавају као господаре, а хришћане или друге немуслимане као некога ко им мора бити покоран[16].

Када смо објаснили исламски појам државе и када се сетимо да је та концепција почела да се остварује на територији БИХ још од 15 века када је БИХ почела да пада под османску власт, морамо се вратити Андрићу. Андрић је веома детаљно описивао живот народа у Босни у том периоду. Судбине које је он третирао не могу се одвојити од друштвеног контекста у који их је смештао. А како је контекст био исламска држава, јасно је да Андрић без познавања полиитчке и правне суштине исламске државе не би могао да верно одслика судбине људи које је представио у својим делима. Зато ћемо се сада обратити Андрићу да покажемо да ли је он, ово о чему су говорили горе цитирани исламски теоретичари, знао и разумевао или није? Ако погледамо његово дело просто не знамо одакле да кренемо. Да ли од приповедака или романа? Тога има свуда. За овај случај узећемо опис Сулејман паше Скопљака, познате личности из српске историје. Човека који је натерао побуњене Морачане и Дробњаке на плаћање данка, поражен у Боју на Мишару, где је командовао војском босанских муслимана који су под заставом османског џихада нападали Карђорђеве устанике, у крви гушио Први српски и као београдски везир својим злочинима изазвао Други српски устанак[17] . Описујући га Андрић вели:" Тај везиров заменик, Босанац, био је из једне од првих беговских породица. Имао је велика имања у Босанском Скопљу на Купресу, и на десетине кућа и дућана у Бугојну“.[18]

---

[15] Мирољуб Јевтић,Ханефијски фикх и модерна српска правна историја, *Анали правног факултета у Београду*(и даљем тексту Анали...)бр.2/2007, Година 55.

[16] Како се то третира чак и у савременој исламској мисли погледати у Драган Новаковић, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/srpski/godina2_broj1/07_dragan_novakovic.pdf" \t "_blank", *Политикологија религије* бр.1/2008. Година 2- Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/srpski/godina2_broj1/07_dragan_novakovic.pdf" (3.9.2011.)

[17] *Војна енциклопедија*, том 9.Београд,1975.стр.240

[18] Иво Андрић,*Травничка хроника*, Београд, 1967. стр. 56.

Сулејман паша вели: „Нама је Бог, слава му и част, дао двије ствари: да имамо земљу и да дијелимо правду. Е, сад, ти подви ноге на шиљтету а пусти неке потурице и голаће да суде, па се не брини како ће ти се кмет побунити. Кметово је да ради, а агино да га пази“.[19] Тако нам Сулејман-паше говори да он свој положај носиоца државе власти гледа као резултат божје воље. Паша је господар јер верује у Мухамеда, а кметови-хришћани му служе и то је ред ствари који треба вечито да траје јер је то божја воља. Сличних слика код Андрића има свуда .

На основу њих се види да се без његових дела историја, Босне, Србије или Хрватске не може видети у својој пуноћи. И то чини тако да се од њега много више може научити о свему томе него из уџбеника историје. Тако се схвата оно што се до скоро у уџбеницима није могло наћи да „босански Турци“ нису никакви етнички Турци како се то у главама деце у српским школама преметало кад су о тим Турцима слушали. Ту се види да су они били носиоци и представници османских власти из Цариграда, да су својим понашањем изазивали буне хришћанских кметова. Посебно је важно да су владавину странаца прихватили као своју. Зато што су странци били браћа по вери, а после ширења суверенитета на простор Босне више нису ни били странци, бранили су интегритет царевине и били увек и до последњег даха против независне босанске државе, а за очување интегритета исламског царства.

То показује колико је идеја да је држава верска и да припада свим муслиманима о чему нам говоре Карчић и текст из „Таквима“, добила овако јасан опис у делу нашег Нобеловца. Да би се ово схватило ваља потцртати да исламско право није територијално, већ персонално. Оно се мора примењивати на сваког муслимана ма где живео. Зато у исламском праву појам странца никако не може да се примени на било ког муслимана. И то је била правна пракса кроз читаву историју. Ако би сте починили било какав злочин на територији неисламске државе и утекли на подручје исламске били сте спашени. Исламска држава није изручивала муслимане немуслиманима. Тако је и чувени велики војсковођа османске царевине из 19 века Омер паша Латас, само да би избегао кривичну одговорност побегао у османску царевину из Аустрије и прихватио ислам. И не само да није изручен него је постао један од најмоћнијих људи империје[20]. Тек 1869. године османски закон

[19] Исто, стр. 299.

[20] *Војна енциклопедија*, том 5. исто, стр.19.

о националности је дефинисао да је муслиман који није држављанин странац[21] .Али то није једнодушно прухваћено.

Исламска држава се ствара после победе људи који се руководе исламском идеологијом. Али како смо рекли право претходи држави. Један други предавач Исламског теолошког факултета у Сарајеву, Ибрахим Џанановић, о томе вели: „Шеријатско право, односно фикх, јесте вјерско право утемељено на главним вјерским изворима и има универзални карактер, што ће рећи да се примјењује на муслимане без просторних и временских ограничења“.[22] Значи да би муслиман свуда морао да живи по верским правилима шеријата, али ако нема исламске државе, он то не може да оствари. Зато му та држава треба и он је грчевито брани. Најбољи пример како се за ту идеју бори и шта њен губитак значи за муслимана, јесте случај Алихоџе из романа „На Дрини ћуприја“, док чита проглас аустро-угарских власти о окупацији БиХ: „Хоџа је читао испрекидано, реченицу по реченицу, није разумео сваку реч, али му је свака задавала бол, и то неки нарочити бол, посве одвојен од оних болова које је осећао у рањеном уху, у глави и у крстима. Тек сада, од ових речи «царских ријечи » одједном му је било јасно да је свршено са њим, са свима његовим, и свиме што је њихово, свршено једном заувек, али на неки чудан начин: очи гледају, уста говоре, човек траје, али живота, правог живота више нема**.** Туђи цар је положио руку на њих и туђа вера завладала**.** То излази јасно из ових крупних речи и нејасних порука, и још јасније из овог оловног бола у грудима који је љући и тежи него икакав људски бол који се може замислити и ни хиљаде онаквих будала као што је Осман Караманлија не могу ту ништа променити“.[23] Овај пример најбоље показује како је један муслиман, који зна шта су прописи шеријата, доживео да се на исламској земљи успостави неисламска власт и да мора да слуша и гледа, све оно што му шеријат брани. Тако се из примера Алихоџиног доживљаја окупације БиХ од стране Беча најбоље види степен везаности муслимана за исламски политички поредак и схвата цео тај проблем много боље него после читања навода из пера Џанановића. Слободно би се могло рећи да би сваки студент много пре тај феномен схватио читајући Андрића него сувопарну исламску литературу. Чим је

---

[21] Жорж Корм,*Мултиконфесионалоне заједнице*,Свјетлост, Сарајево,1977. стр.176.

[22] Ибрахим Џанановић, *Иџтихад у прва четири стољећа ислама*, издање Исламског теолошког факултета у Сарајеву, књига 2, 1986.стр. 11. О нијансама у сунитском и шиитском схватању државе погледати Pupak Mohebali, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/pupak.pdf" \t "_blank" ,*Политикологија религије* бр1/2009. Година 3.Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/pupak.pdf" (2.9.2011.)

[23] Иво Андрић, *На Дрини ћуприја*, Београд , 1967, стр. 131.

дошла Аустро-Угарска, нема више султановог суверенитета, нема доминације ислама над римокатолицизмом, ако не рачунамо очуване земљишне односе. А највеће понижење које је Алихоџа доживео, можда је оно кад га од понижавајућег положаја са ухом прикованим за дирек ослобађа војник са црвеним крстом на руци. Андрић то описује овако: „Тек када је стигао један болничар, нађоше клешта, пажљиво извукоше ексер, један од оних којим се коњи поткивају, и ослободише Алихоџу. Толико је био укрућен и преморен да је клонуо на басамаке, једнако стењући и јечећи. Онај болничар му је мазао рањено ухо неком течношћу која је пекла. Кроз сузе Хоџа је као у необичном сну, гледао на војниковој левој мишици белу, широку траку и на њој велики правилан крст од црвеног платна. Само у грозници могу да се виде таква гадна и страшна сновиђења. Тај крст му је пливао и поигравао у сузама и, као огромно привиђење, заклањао му цео видик“.[24] Да је било исламске државе то му се никада не би десило. Овако Алихоџа мора да гледа у крст и не сме ништа да каже.

Колико је држава била неодвојиви део вере и како муслимани нису могли да замисле да је њихова заједница ишта друго него ли државна најбоље се види кроз став недавно умрлог босанског политичара Адила Зулфикарпашића(1921-2008.). Зулфикарпашић је себе представљао као модерног либералног интелектуалца и таквим су га прихватали многи савременици. А погледајмо како се он ,који се здушно борио за стварање бошњачке нације, односи према османској држави која би морала да буде страна ако је етнички турска. Он каже „Познато је да је на овим просторима до Балканских ратова била Турска држава... ***То је била наша држава.*** Држава која је испуњавала наше интересе... Дакле, ми смо своју еманципацију, свој просперитет, своју будућност везивали за ту турску државу и настојали да је ојачамо... Кад се Турска империја повукла... Срби су у дубини душе остали наши противници, рушитељи наше земље... “[25]. Дакле он у име муслимана и обраћајући се муслиманима, којима је матерњи језик српски без икакве дилеме државу коју сви данас виде као Турску представља као државу муслимана српског језика. Како је то могуће питао би се свако? Одговор је у исламској вери и њеном интегралном делу теорији државе.

Колико је Андрић тога био свестан и колико је пластично приказао својим читаоцима, којих је небројено више него читалаца сувопарне државно-правне теорије, најбоље показује следећи цитат из романа " На Дрини ћуприја" кад говори о реаговању босанских

[24] Исто, стр. 129.

[25] *Став,* Нови Сад, 21.II 1992, стр. 21.

муслимана на Први српски устанак. Описујући како устаници пале окупаторске објекте, Андрић вели: „Ови трептави и неједнаки огњеви растурени на мрачној позадини летње ноћи у којој се изједначује небо са планином, изгледали су Србима као неко ново сазвежђе из кога су пожудно читали смеле наговести и стрепећи гатали судбину и догађаје који долазе. За Турке су то били први таласи неког ватреног мора, које се шири тамо по Србији и које, ево, запљускује и планине и косе изнад касабе. У тим летњим ноћима жеље и молитве и једних и других кретале су се око тих ватара, само у опречним правцима. Срби су молили бога да тај спасоносни пламен, који је истоветан са оним који они одувек носе и брижљиво скривају у души, прошири и овамо на наша брда, а Турци су молили бога да га заустави, сузбије и погаси како би се осујетиле превратничке намере неверника и завладао опет стари ред и добри мир праве вере“.[26].Андрићеве речи јасно показују да за муслимане тај рат и пошасти које он носи јесу повреда вере. Дакле руши се суверенитет државе, нешто што је њен основни атрибут. Али за вернике муслимане тај атрибут је сама вера, ислам. И поновна успостава правног поретка чији је центар у рукама султана у Цариграду за вернике није никакав државно-правни акт, него сама вера ислам.

Или рецимо кад у роману „Омерпаша Латас“ описује како босански муслимани доживљавају његову војску и зашто јој се супротстављају: „Табори анадолског низама и одреди арбанашких плаћеника које је водио Омерпаша на Босну уносили су у земљу и народ клице немира који се неће моћи зауставити тамо где би хтели они који ту војску шаљу. То је војска којој се нико не може радовати и коју нико у Босни не сматра својом. Све живо осећа само њене штетне и опаке последице. Беговат види у њој не само непријатеља својих интереса него слепо и подмукло оруђе **против турске вере и државе. Такво је виђење и расположење и осталих муслимана, јер у томе нема много разлике између непосредно угрожених феудалаца и обичних грађана и градске сиротиње...** Међу страхотама које су се причале о сераскеру Омерпаши и његовој војсци била је и вест о читавом једном одреду странаца хришћана или Јевреја који носе низамске униформе и имају муслиманска имена, али су неверници и подмукли непријатељи свега што је муслиманско.“[27]

То што мисле о војсци мисле и о њеном команданту. „А што је главно и најтеже, на челу целокупне војске која је дошла да Босну кажњава и умирује, стајао је командант који је и сам пребег и потурица, главни и највећи муртатин (вероодступник прим. М. Ј.). И да чудо буде

---

[26] *На Дрини ћуприја*, Београд, 1967, стр. 87.

[27] Иво Андрић, *Омерпаша Латас*, сабрана дјела, Сарајево, 1981. стр. 38

потпуно, он је имао назив сераскера и долазио је са султановим ферманом и неограниченим овлашћенима...Тако је тај муртад-табор (табор вероодступника), који није био нарочито велик ни јак бројем ни утицајем, растао у машти домаћег муслиманског света и добијао паклени изглед и фантастичне размере читаве непријатељске армије која се, преобучена, подмукло увлачи у ову злосрећну и упуштену *царску* земљу. И то, на жалост, о царском трошку, са царским знањем и пристанком, **а против највернијих поданика и најтврђих Турака у Царевини**“.[28] Али посебно је важно да, не само да су они најтврђи, него су једини прави „Турци“ и само они могу да одбране идеју „турске државе“. О томе Андрић каже, описујући скуп бегова: „После јела Тузла паша је затражио да се прочита порука делегата којег су прваци са Крајине били послали у Цариград да тамо на извору испита шта влада намерава стварно да предузме против Босне и побуњених муслимана. У препису писма, које је стигло Крајишницима мало пре Омерпашина доласка, и које сада умножено кружи по земљи, он шаље црне поруке. И завршава овако:" На ноге јунаци! Ја сам турског дина (вере прим. М.Ј.) тражио од Новог Пазара па до Стамбола, **и нигдје га нема до у Босни**. Био сам у Стамболу. Ни тамо га више нема. Ту ми рече један шех: (поглавар дервишког реда), Иди синко у Босну! Тамо је отишао Омерица и хоће да вас каури. (преведе на хришћанство прим. М.Ј.) Од њега треба да тражите дина, али не ријечима, већ овако: преко штуца нишанећи“.[29] На крају је о Омеру, бег Фидахић рекао „Ех бели (сигурно прим. М.Ј.), **нема на њему за драм Турчина**.“[30].

Има ли икакве разлике у смислу онога што каже Андрић и другога које изговара Зулфикарпашић? Нама изгледа да смо доказали да нема. Босански муслимани како видимо себе доживљавају као браниоце исламског правног поретка и на њему формиране државе. И то браниоце и од самог султана, који је по њиховом схватању и сам суштински напустио ислам, мада се формално представља као муслиман и бранилац исламске државе. Јер да није и сам постао муртатин(вероодступник) зар би на њих, најверније "Турке" тј. нагорљивије муслимане слао лажну исламску војску. Поготову што се њихова побуна против централне власти сводила на њихово дубоко уверење да су све реформе које они нису хтели да прихвате своде на неисламске, због којих би их на судњем дану чекао пакао.

Из случаја Алихоџе види се степен везаности за Османско царство које одлази, а цитат Зулфикарпашића показује да су они ту

[28] Исто, стр. 41.

[29] Исто, стр. 34.

[30] Исто, стр. 35.

државу доживљавали као своју. Зулфикарпашић користи израз турска држава. За њега тај термин има јасно и прецизно значење, али за нашег слабо информисаног читаоца то може да значи нешто друго. Па стога овде цитирамо муслиманског аутора Хасана Кафију Прушћака (1544-1616.). Овај аутор је важан из два разлога. Први је тај што је он, сам за себе, изнео да је његов прадеда Јаков прешао на ислам у време освајања Босне, а други зато што важи за једног од важнијих личности у културној историји БиХ муслимана.[31] Из његовог дела види се колико је припадност исламу, убила било какву везу са њему познатом чињеницом да му је прадеда био хришћанин и да је Босна освојена и уништена као независна држава од људи које он прихвата као своју браћу и бори се са њима за очување власти из Цариграда, што подразумева да се Босна никада више не уздигне као независна држава и све то само у име исламске државно-правне и политичке теорије. Сам Прушћак вели да је његов прадеда Јаков живео као хришћанин у месту Прусац и „тада га је узвишени Алах, који је опростив, упутио на прави пут, па је примио ислам у вријеме доласка Абу ал Фатха да заузме Прусац.“[32] Значи акт пристајања уз непријатеља своје земље! Јер, ваљда није спорно да је османски султан Мехмед ел Фатих, о коме се ради, силом дошао и покорио Босну, а за њега, тј. Прушћака, то је само прелазак на прави пут тј. на праву веру. Зато није чудо што он, пишући о Османском царству ту државу назива „домовином спаса“,[33] затим *dar al islamom*- земљом ислама,[34] затим dar as salam- земљом мира.[35] Прушћак јасно говори како су Прушћани муслимани ратовали у редовима османске војске.[36] То јасно показује степен идентификације са том државом и разлоге за то. Он и сви муслимани се идентификују са османским царством јер је то форма у којој они себе остварују као муслимане. Зато није чудо што Алихоџа тугује када види окупаторски проглас. Сличан је случај када Андрић приказује реаговање муслимана на промену граница после Балканских ратова и италијанских операција у Либији: „На капију долазе варошке аге и ефендије, озбиљни и наоко равнодушни, да чују новинске вести о турско-италијанском рату у Триполису. Лакомо слушају шта се пише по новинама о младом и јуначком мајору Енвербегу, који бије Италијане и **брани султанову земљу као да је потомак Соколовића**“.[37] После тога мењају се

[31] Омер Накићевић, *Хасан Кафија Прушћак, пионир арапско-исламских знаности у БиХ*, Сарајево, 1977, стр. 13.

[32] Исто, стр. 13.

[33] Исто, стр. 68.

[34] Исто, стр. 71.

[35] Исто, стр. 70.

[36] Исто, стр. 24.

[37] Иво Андрић, *На дрини ћуприја*, исто, стр, 250.

границе јер је османско царство изгубило Први балкански рат. Андрић то описује на следећи начин „Ни у сновима се не помичу границе тако брзо и тако лако... Све што је дремало у људима... сад је одједном оживело... На капији седе дању потиштени варошки муслимани, старији људи, по десетак њих око једног младића који им чита новине, тумачи стране изразе и необична имена и објашњава географију

- Коме би допао Ушћуп?- пита један старац, привидно равнодушно, младића који чита.

–Србији.

- Ух!

- А чији је Селаник?

- Грчки.

- Ух! Ух!

- А Једрене?- пита други тихо.

- Бугарско, белћим.

- Ух! Ух! Ух!

Нису то гласна ни жаловита отхукивања, као код жена и слабића, него мукли дубоки уздаси, који се губе заједно са дувански димом... Многи од тих стараца је прешао седамдесету. У њиховом детињству турска власт се пружала од Лике и Кордуна па до Стамбола, а од Стамбола све до неодређених пустињских граница далеког и непроходног Арабистана **(А Турска власт то је велика, недељива и неуништива заједница Мухамедове вере, сав онај део земног шара где езан учи)**. Они то добро памте, али памте и то како се после, у току њиховог живота, турска власт повлачила из Србије, па из Босне у Санџак. И сада, ево су доживели да је та власт као нека фантастична морска осека одједном отпласнула и повукла се негде у недоглед, а они су остали овде, као водно биље на копну, преварени и угрожени, препуштени сами себи и својој злој судбини. **Све је божје давање и све је то, несумњиво, обухваћено одредбама божјег промисла,** али је тешко човеку да схвати све ово, дах му стаје и свест се мути, а једнако осећа и како границе које би требало да су трајне и чврсте постају течне и променљиве, померају се, удаљују, и губе као ћудљиви пролетњи потоци“.[38]

Овај опис Иве Андрића хируршки тачно описује како и шта за муслимана верника из Босне, а то иначе важи за све муслимане било

[38] Исто, стр. 254.

које националности, значи појам исламска држава. Турска власт, то се јасно види, није никаква власт етничких Турака, то је простор где се езан учи тј. где се позива на муслиманску молитву. А то се односи на вернике а не на етничке Турке. Према томе то се односи на верску заједницу, а власт на државу. Андрић сасвим прецизно описује да су те две ствари неодвојиве тј. власт и вера. То се сасвим јасно види из чињенице да са одласком турске власти у Босни није престао да се учи езан. Напротив! Резултате тога видимо данас. Али учење езана без власти, која би томе дала и политички легитимитет, чини да ни муслимани који уче такав езан нису муслимани у правом смислу те речи и опомиње их да се за такав поредак боре, јер ће иначе бити кажњени, јер се нису борили онако како муслиман треба да се бори. О томе Кур'ан вели: „О вјерници, када се с невјерницима сукобите, а њих наступа много, леђа им не окрећите, онај ко им тада окрене леђа- осим оног који се повуче са намјером да се поново бори, или другој чети приступи вратиће се натоварен Аллаховом срџбом, пребивалиште његово биће џехенем, а ужасно је он боравиште".[39]. Посебно је важно да остваривање ислама као религије подразумева да тамо где су муслимани мањина у неисламској држави они морају да се боре да се поред обреда које врше, примењује и исламски правни поредак. Иначе , како нам вели цитат из „Таквима" нема ислама, а они нису муслимани. Али је још важније да тамо где је некад ислам владао , па се стицајем околности повукао, муслимани се морају борити да се исламски правни поредак врати. Тачније да се успостави поново исламска држава. Значи ако муслимани постану поданици неке друге државе морају учинити све да њен правни поредак укину. О томе нам сасвим јасно говори службени представник ислама у социјалистичкој републици БИХ, мешихат односно старешинство Исламске заједнице. Као доказ у том смислу наводимо интервју који је службеном листу ИЗ „Препород" дао генерални секретар „Светске исламске лиге" познатије под именом „Рабита". Он каже: „ Ислам у бити представља јединство вјере и државе. Сви досадашњи друштвено-повјесни системи које је ислам развијао... су попадали када је пао хилафет, када је пала јединствена исламска држава. Прва дужност и задатак данашње улеме, јесте да поврати и обнови ове исламске друштвене институције".[40] Према томе ако „Препород", орган врховног старешинства ИЗ у БиХ, вели да је први задатак свештенства, не да се моли Богу, већ да се бори за обнову јединствене светске исламске државе, не видим зашто им не бисмо поверовали? То исто каже и политички вођа БиХ муслимана Алија Изетбеговић, у својој књизи: „У једној од теза за исламски поредак данашњице навели смо да је природна функција исламског поретка

[39] *Кур'ан*, VIII, 15, 16.

[40] *Препород*, 15. VIII 1991, стр. 12-13.

тежња за окупљањем свих муслимана и муслиманских заједница у свијету. У данашњим приликама ова тежња значи борбу за стварање велике исламске федерације од Марока до Индонезије, од тропске Африке до централне Азије“.[41].

Због тих ставова Алија Изетбеговић је завршио у затвору. Па је сасвим јасно да је ИЗ избегавала да у својој делатности под комунистичким режимом говори о томе и своје активности сводила на класичне верске активности.Свакодневна богослужења, сахране итд. Али чим је централна власт ослабила и у Босни на власт дошле националне и верске странке, није оклевала ни моменат, да потврди то што је Изетбеговић писао. Секуларна држава која је у БИХ изграђивана од краја Другог светског рата је за муслимане била неприхватљива.[42]

Колико је то требало знати видимо сада када је због тога избио рат који је однео велике жртве и још се није сасвим завршио. Требало је упозоравати на то. Али о томе, скоро нико од политичара нити од научника, није много говорио. Али је говорио Андрић. Онај ко је читао његова дела могао је видети да је он давно пре тога опомињао шта ће се десити у Босни . Посебно је карактеристична у том смислу приповетка "Труп". У тој приповеци Андрић описује занимљиву историју Челеби-Хафиза, који је доживео да га његова робиња осакати и да живи без руку и ногу, без очију, усница и носа, као труп и да *опет буде господар*, бар својим слугама, које облеђу око њега. Описујући тај "Труп" Андрић кроз речи либанског хришћанина вели: „Јесте, каже, такав ти је Турчин. Исјеци га на комаде, сваки комадић тијела му опет живи за себе. И последњи грам меса миче се исто онако и гамиже у истом смјеру у коме би се жив и читав Турчин кретао. А крштен човјек је као срча: куцнеш га на једно мјесто, а он прсне у комаде, и нема му лијека ни поправка“.[43] Ова Андрићева оцена која се односи на муслимане, односно на делове који су отпали од заједнице, показала се као апсолутна тачна на босанском примеру.

Остављени од султана и халифа, суочени са колонизовањем исламског света и пропашћу османског царства после Првог светског рата, никако нису заборавили да исламска вера захтева од њих да се на

---

[41] Алија Изетбеговић**,** *Исламска декларација*, Сарајево, 1990. Стр. 46.

[42] О односу секуларизма и религије погледати Katie Anders, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/katie%20anders.pdf" \t "_blank" ,*Политикологија религије*, бр.1/2009, Година 3, Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/katie%20anders.pdf" (3.9.2011.)

[43] Иво Андрић,*Жеђ*, Београд, 1967, стр. 147.

све могуће начине боре за стварање исламске државе.[44].Већина босанских муслимани је зато прихватила идеју да је исламска држава фундамент ислама и да демократију треба заменити таквом политичкоим зајединицом. [45] Као доказ наводимо да је огромна већина муслимана на првим вишестраначким и већини избора после рата гласала за политички пројекат Алије Изетбеговића. Тај пројекат је описан у његовом животном делу "Исламској декларацији" коју смо горе цитирали. И резултат тога је рат 1992-1995, и садашњи политички систем у БИХ.

За сам крај текста ваља истаћи да је Андрић својом сликом Босне за време османске владавине дао изванредан пример изградње, одржавања и пропадања исламске државе. При томе је показао, без многог коришћења политиколошких и државно-правних термина да изванредно познаје исламско државно-правно и политичко учење. Тако је својим делом дао невероватан број важних информација које могу помоћи правницима, политиколозима и свима који се теоријом држааве баве да схвате праву природу исламске државе. А без ње није могуће разумети савремену државно-правну теорију и праксу нити савремени свет.

Библиографија:

-Алија Изетбеговић, *Исламска декларација*, Сарајево, 1990.

- Aneela Sultana, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume2_no1/02_aneela_sultana.pdf" \t "_blank", *Политикологија религије*, бр.1/2008, Година 2.

-Aneela Sultana, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volum

[44] Погледати о томе студију Мирољуб Јевтић, *Од исламске декларације до верског рата у БиХ*, I издање Београд, 1993, II издање Прњавор, 1995.

[45] О односу фундаментализма и демократије погледати у Luca Ozzano, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/luca%20ozzano.pdf" \t "_blank", Политикологија религије, бр.1/2009. Година 3. Доступно и на "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/luca%20ozzano.pdf" (4.09.2011.)

e3_no1/aneela%20sultana.pdf" \t "_blank" ,*Политикологија религије* бр.1/2009, Година 3.

-*Војна енциклопедија*, том 9,Београд,1975.

-Драган Новаковић, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/srpski/godina2_broj1/07_dragan_novakovic.pdf" \t "_blank", *Политикологија религије* бр.1/2008, Година 2.

-Enes Durmišević, Officials specialized in shari'ah law during the Austro-Hungarian period in Bosnia and Herzegovina (1878-1918),*Анали правног факултета у Београду(*у даљем тексту Анали*)*, бр.3/2010. Волуме 58.

--Жорж Корм, *Мултиконфесионалоне зајендице*, Свјетлост, Сарајево,1977.

-Ибрахим Џанановић, *Иџтихад у прва четири стољећа ислама*, издање Исламског теолошког факултета у Сарајеву, књига 2, 1986.

--Иво Андрић ,*Жеђ*, Београд, 1967.

-Иво Андрић, *На Дрини ћуприја*, Београд , 1967.

-Иво Андрић, *Омерпаша Латас*, сабрана дјела, Сарајево, 1981.

-Иво Андрић,*Травничка хроника*, Београд, 1967.

-John Rex, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume1_no1/Secular%20substitutes%20for%20religion%20in%20the%20modern%20world.pdf" \t "_blank", *Политикологија религи*је бр.1/2007. Година 1.

-Katie Anders, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/katie%20anders.pdf" \t "_blank" ,*Политикологија религије*, бр.1/2009, Година 3.

-*Кур'ан,*Превод Бесима Коркута, издање ИЗ БИХ, 1984.

-Luca Ozzano, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/luca%20ozzano.pdf" \t "_blank" , *Политикологија религије*, бр.1/2009. Година 3.

-*Љиљан,* , Сарајево

-Мирољуб, Јевтић *Од исламске декларације до верског рата у БиХ*, I издање Београд, 1993, II здање

Прњавор, 1995.

-Мирољуб Јевтић, Political Science and Religion, *Политикологијаа религије*,бр.1/2007, Година 1.

-Мирољуб Јевтић, *Политикологија религије*,Центар за проучавање религије и верску толеранцију, 2009.

--Мирољуб Јевтић, *Савремени џихад као рат*, Никола Пашић, Београд, 3 издање, 2001.

-Мирољуб Јевтић,Ханефијски фикх и модерна српска правна историја, *Анали правног факултета у Београду* бр.2/2007, Година 55.

-Омер Накићевић, *Хасан Кафија Прушћак, пионир арапско-исламских знаности у БиХ*, Сарајево, 1977.

-Pupak Mohebali, "http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/pupak.pdf" \t "_blank" *Политикологија религије* бр1/2009. Год. 3.

-*Препород*, орган ИЗ БИХ, Сарајево

-Сејјид Кутб, Ла илахе иллаллах начин живота, *Таквим* 1994, Мешихат (старешинство прим М.Ј.) исламске заједнице Нови Пазар

-Слободан Јовановић, *Држава*,књига 1 и 2, Београд, 1936.

- *Став,* Нови Сад

-Фикрет Карчић, Шеријатски судови у Југославији 1918-1941, Сарајево 1986.

Prof. Dr Miroljub Jevtić,
Faculty of Political Science,
Belgrade

ISLAMIC CONCEPT OF LAW AND STATE IN WRITING OF IVO ANDRIC

Understanding of modern countries and their legal systems would be incomplete without acquaintance of Islamic public law and political theory. First of all, because Muslims make up more than one billion inhabitants of our planet, and because almost all the Muslim countries enforce, at least partially, traditional Islamic legal norms in the modern legal system. In this text the Islamic theory of state and law is presented through the works of Serbian Nobel laureate Ivo Andric. Andric, by representing the human destinies and the circumstances in which they lived in Bosnia during the Ottoman period, was in very accurate and understandable way represented an Islamic theory of state and law.

Key words: *Ivo Andrić, Islam, Islamic state, Sharia, Political theory, Bosnia and Herzegovina,politology of religion*

др Наташа Даниловић Христић, архитекта
ЈУП Урбанистички завод Београда

УДК: 351.78
614.8.01
Прегледни научни рад

УРБАНА БЕЗБЕДНОСТ КАО ЈАВНО ДОБРО

Безбедност заједнице подразумева заштиту људи и добара, од сваке врсте претње и штете, а позитивни резултати превенције криминала су важан аспект квалитета урбаног живота. Јавни (градски, урбани) простор је есенција која чини урбану средину, даје јој идентитет и имиц, а обично се односи на отворен и свим грађанима доступан простор, без обзира на њихов пол, расу, етничко порекло, године или социо-економски статус и без новчане надокнаде за његово коришћење. Нажалост, управо у оваквом окружењу могућа је појава тз. свакодневног насиља, што за резултат има штетне последице као што је неадекватно или умањено коришћење јавних простора због страха за личну безбедност, што даље води ка општем паду економске вредности локације, социјалној сегрегацији и сл. негативним и тешко исправљивим резултатима. Планска и законска урбанистичка регулатива као скуп свих законских и подзаконских аката, стандарда и норматива струке, као и просторних и урбанистичких планова различитог нивоа разраде, обухвата и тематике, израђених у складу са прописаним обавезама и процедурама, има за циљ уређење односа у простору, те може значајно да допринесе и повећању степена урбане безбедности.

***Кључне речи**: безбедност, јавно добро, јавни простор, урбанистичко планирање, превенција*

1. Урбанистичко интересовање за тему безбедности

Све веће интересовање урбанистичке струке за теме безбедности и криминала, а такође и понашања везаних за њих, које су традиционално проучаване у сфери друштвених наука као што су криминологија, права, социологија и психологија, није случајно.[1]

[1] Н. Даниловић Христић, *Урбанистичко-архитектонски елементи за обезбеђење вишег степена безбедности на јавним градским просторима,* необјављена докторска

Градови су несумљиво највеће дело човечанства, један веома комплексан систем састављен од природног, изграђеног, социјалног, економског, политичког, културног и технолошког окружења, који има своја правила развоја и функционисања. На глобалном нивоу, више од пола светске популације живи у градовима, а у Европи овај проценат је око 75%, те се савремено доба сматра ером урбане доминације. Урбанистичка пракса је посвећена обезбеђењу и заштити јавних добара, њиховој уједначеној и правичној дистрибуцији, а посебна пажња се поклања планирању, начину коришћења, уређењу и одржавању јавних градских простора. Оног тренутка када су студије о градовима констатовале чињеницу различитости и идентитета, створила се могућност за нови аспект истраживања: како различите групе доживљавају и употребљавају градски простор. Тако се дошло до сазнања да исти градски амбијент у исто време може различито да се користи, те да то зависи од променљивог личног, друштвеног или временског контекста у коме се актери налазе. Утицај изграђене средине на понашање људи је велики, те се неки простори сматрају више или мање хуманим, пријатним, популарним или посећеним, док понашање људи значајно им одређује и даје карактер.

Јавно добро представља специјални случај екстерних ефеката, један вид несавршености тржишта због кога је неопходна државна интервенција као што је случај и са урбанистичким планирањем. Основне карактеристике јавног добра су непостојање ривалитета у потрошњи и неексклузивност. То значи да су трошкови коришћења или пружања услуге додатном потрошачу блиски нули и не постоји могућност његовог искључења из уживања јавног добра, тј. потрошња од стане једне особе не смањује количину добра за друге потрошаче. Такође, једном када је добро на располагању није могуће ограничити или зауставити његово коришћење, чак и кад није плаћено. Конкретно јавна добра могу бити јавне површине (улице, тргови, градско зеленило), комуналне инфраструктуре (јавна расвета, обалоутврде, атмосферска канализација, саобраћајна сигнализација), институције и услуге (социјална и здравствена заштита, образовање, градска чистоћа, полиција, ватрогасци).

Са друге стране, безбедност и сигурност урбане заједнице, од које зависи општи квалитет живота, такође се сматра јавним добром, с обзиром да се за њено обезбеђење одвајају буџетска средства. Претња јавном реду обухвата сва антисоцијална понашања, изазивање нереда, видове грађанске непослушности и сл. што се може сматрати мањим прекршајима закона, али и даље значајно утичу на перцепцију

дисертација, одбрањена на Архитектонском факултету Универзитета у Београду, 25.11.2010.

сигурности у јавним градским просторима. У ову категорију спадају на пример исписивање графита, намерно бацање смећа, уринирање на јавним местима, јавно испијање алкохола или конзумирање дроге, вербано малтретирање пролазника, чак и нелегална продаја производа на јавним просторима (крадена или шверцована роба, сива економија на "картонским кутијама"). Понекада је тешко санкционисати овакве преступе, а њихово постојање ствара лошу слику о простору и генерише друге, далеко теже, прекршаје. Однос према криминалу као било којој врсти прекршаја усмереног против закона једне државе, зависи од културе и традиције и разумљиво, као и закони, разликује се од државе до државе. Због велике разлике у препознавању, опису или оцењивању степена криминалног дела, за тему безбедности на јавним градским просторима, примењивији је термин насиље, који подразумева насилан вид криминала, директно усмерен против појединца или групе људи.

Осећај личне безбедности може се дефинисати као постојање сигурности и извесности свакодневног живота. Овакво поимање безбедности, које се у стручној литератури још назива и онтолошком безбедношћу, показује да су људи у највећој мери заинтересовани за оно што Ентони Гиденс[2] назива могућношћу да се живот настави уобичајеним током ("*ability to go on"*). У себи сажима не само физичку безбедност већ и социјалну, односно материјалну безбедност али и сазнајну сигурност (могућност да се разуме свет око себе, промене које се у њему догађају и да им се да смисао), затим заштиту људских права и грађанских слобода, као и заштиту од социјално девијантних појава и насиља.

У скорије време сачињен је један општи приступ смањивању криминала, који настоји да пружи чврст модел и језик за дијагностицирање узрока криминала и планирање одговарајућих врста интервенција. Овакав приступ, назван стицај криминалних околности, тежи да помогне практичарима да препознају и лоцирају проблеме и размишљају о њима на један систематски начин који настоји да их разреши, фокусирајући се на непосредне узроке криминала. Тиме се остварује још један утицај на формулацију атрибута безбедних и одрживих средина. Теорија прилике обухвата теорију рутинских активности и стицај криминалних околности. Заснована је на три основна фактора који се дешавају на истом месту у исто време: присутности одговарајуће мете, одсуству мера које би спречиле криминалну активност и присутношћу мотивисаног потенцијалног извршитеља криминалне радње. Превенција криминала и насиља је покушај да се смањи виктимизација грађана, тј. да се одређеним мерама

[2] A. Giddens, *Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity Press 1990; Такође у чланку: A. Giddens, “Risk and Responsibility” *Modern Law Review* 62(1)/199. 1-10.

унапред реагује на појаву криминала у градским просторима, или да се већ установљена стопа смањи и/или елиминише. Свеобухватна акција која подразумева активно учешће државе, њених органа и законодавног система, (полиције, судства) и грађана тј. заједница. Подразумева брзе и адекватне механизме реакције, који треба да буду на располагању пре него што дође до насиља и свуда где долази до оваквих појава. Превенција насиља је кључни аспект васпитања за демократско грађанство (толеранција и међукултурни дијалог, равноправност полова, људска права, мирољубиво разрешавање конфликата, људско достојанство, ненасиље) и подизање свести међу свим укљученим странама.

2. Фактор безбедности у градским срединама

Међу људским нагонима, потреба за осећајем сигурности и безбедности заузима веома високо место, одмах иза основне потребе за преживљавањем. Проблеми као што су сиромаштво, незапосленост, велике социјалне разлике, злоупотреба дрога и опијата, проституција, насиље у кући, хулиганско понашање на утакмицама, најразличитија девијантна понашања, безбедност у саобраћају и насилничка вожња и сличне негативне друштвене појаве као и успешност откривања починиоца, функционисање правосудног система, ефикасна политика уклањања непожељних просторних елемената или особа, као и кажњавања изгредника[3], неће бити детаљно анализирани у овом раду, али су они свакако значајни генератори насилничког понашања које се преноси или директно одвија на градским улицама. Правосудни систем не може увек адекватно да одговори на акте насиља, па глобално гледано, само мали проценат преступа, мање од 10%, стиже пред суд. Истраживање спроведено у Француској 1999. открива податак да полиција успева да реши мање од 15% крађа и мање од 10% насиља, те да се око 80% случајева "архивира" јер починиоци никада нису откривени.[4] Град тако постаје сценографија за све врсте криминалних радњи, а последњих година страх од тероризма у неким срединама постаје један од доминантних, постављајући велики изазов пред друштво које тежи отворености и слободи. Постизање безбедности грађана у јавним граским просторима суштински балансира између два крајња концепта: идеје о равноправности сваке врсте и потребе

[3] О ефектима стратегије "нулте толеранције", посебно на примеру смањења криминалитета у Њујорку за време мандата градоначелника Ђулијанија, више у раду: J. Ћирић, "Поглед у туђе двориште кроз 'поломљени прозор' ", *Страни правни живот* 1/2011, 11-28.

[4] J. Curbet, La ciudad: el hábitat de la (in)seguridad; у књизи: I. Ortiz de Urbina Gimeno, J. Ponce Solé, *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo, Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Barcelona, 2008., 143.

контроле, надзора и осматрања. Имајући са једне стране либералне, помало идеалистичке, левичарски обојене захтеве, а са друге стране методе које асоцирају на десничарске и тоталитарне, задатак проналажења праве мере и начина обезбеђења безбедног окружења, није нимало лак. Из тог разлога предност се даје просторним решењима, тј. урбанистичким и архитектонским интервенцијама које су се показале као врло успешне, посебно у смислу превенције.

Сам град као творевина, са аспетка безбедности, данас представља контрадикторност. Велики парадокс лежи у историјској чињеници да је један од најјачих разлога настанка и експанзије градова потреба за сигурношћу. Међутим, савремене урбане средине, или неки њихови делови, често представљају оличење опасности. Основна улога града као социо-економског центра остаје, али се његова слика мења. Иако је увек присутна носталгија за друштвом и заједницом какви су некада били (препознатљиви, блиски, безбедни и сл.), град се мора прихватити као жив организам, који расте, еволуира, мења се, чини грешке, учи на њима. Градови не настају и не развијају се сами од себе, они су продукти људске воље, жеље и пре свега потребе. Како и колико се толерише несигурност и ризик у градском окружењу, питање је културе, идеологије и везе са политиком.[5] То суштински значи и да је реалан степен не/сигурности продукт људске заједнице, а не физичке структуре града. Он је директни резултат понашања његових сопствених становника, корисника, грађана, како год их називали, њихових устаљених радњи, кретања, начина живота у суштини. Њихове рутинске активности у градском окружењу су свакодневни извори, узроци или последице везане за безбедност других сукорисника простора. Град, ако га поједностављено посматрамо, представља "позорницу" на којој се све дешава, али не сме се занемарити да ова комплексна творевина својим карактером и амбијентом, може да пружи повод или погодност за инциденте.

Искуство државе Израел, је свакако корисно и добро поменути. У овој земљи, велики број особа је запослен у службама безбезбедности, било државним или приватним, имајући у виду висок степен ризика и због тога посебно организован и строг надзор свих јавних објеката (аеродрома, државних институција, школа, тржних центара и сл.). Улаз у било који од ових објеката подразумева детаљан претрес особа и личних ствари, пролаз кроз детекторе за метал и разговор са лицима из обезбеђења. Сазнање да су сви присутни прошли кроз исти поступак улива осећај сигурности и безбедности. Међутим, та иста безбедност не може бити гарантована увек и у сваком тренутку, а посебно не ван објеката, на улици, у градском превозу, башти кафеа. Треба напоменути

[5] H. Thomé, D. Torrente, *Cultura de la seguridad ciudadana en España,* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003.

да у овом случају ризик или страх од криминала је сведен на минимум, али је пажња грађана усмерена на све сумљиве активности у простору, које могу да укажу на опасност од терористичког акта.[6]

Оваква запаљива политичка ситуација је утицала и на урбанистичка решења. Сегрегација насеља према етничкој припадности је уобичајена, чак и лоцирање нових насеља је пажљиво осмишљено, нису ретке ограде и препреке, а развијене су и посебне технике проучавања урбане физичке структуре која може да послужи као препрека или скровиште. Наводећи овај пример, указује се на утицај теме безбедности на свакодневни живот грађана, њихове навике и спремност да се са проблемом нарастајуће опасности изборе на више или мање демократски начин. На питање зашто су неки градови безбеднији од других, или зашто поједини делови града уливају страх, није лако одговорити, јер то подразумева веома детаљан пресек социо-економске и политичке ситуације, али и поднебља и менталитета или утицаја специфичних намена (великих лука, индустријских комплекса, војних база и сл.). Сиромаштво, низак степен образовања, незапосленост, ратно или криминално окружење, генерално незадовољство својим положајем у друштву и отуђеност, сигурно брже и лакше стварају услове за небезбедну заједницу у којој прети опасност на улици. Са друге стране, мир, благостање, дисциплина, поштовање и уређеност система дају осећај комфора и опште сигурности.

У Великој Британији, на пример, безбедност заједнице дефинисана је као позитиван резултат превенције насиља, као аспект квалитета живота, у коме су људи, индивидуално или колективно, у најбољој могућој мери заштићени од могућих опасности или претњи, које су последица криминалног или анти-социјалног понашања других чланова друштва.[7] Безбедност је један од најчешће коришћених критеријума за рангирање квалитета живота у граду[8], са становишта тржишне конкуренције градова и међународних инвестиција, а већина студија је указала на пад тржишних вредности у зонама које су окарактерисане као опасне, а то се подједнако односи на пад цена некретнина као и на пад промета и затварање радњи и канцеларија.

---

[6]"http://www.google.com.au/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Stephen+Graham%22 ", *Cities, war, and terrorism: towards an urban geopolitics*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2004.; Такође у књизи: "http://www.google.com.au/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eyal+Weizman%22", *Hollow land: Israel's architecture of occupation*, Verso, Brooklyn, 2007.

[7] C. Whitzman, *The Handbook of Community Safety, Gender and Violence Prevention – Practical Planning Tools*, Earthscan, London, 2008.

[8] М. Петровић, *Трансформација градова, ка деполитизацији урбаног питања*, Институт за социолошка истраживања Филозофског факултета у Београду, 2009.

Свако доба носи своје страхове, а наше доба је додатно оптерећено медијима који преносе и увећавају ниво страха до масовне параноје. Само на бази податка колико пута су у новинским чланцима употребљене речи "страх", "ризик", "опасан/опасност", тј. да се у истраживаном периоду од 1996. до 2006. употреба ових речи увећала у просеку за око 50%, закључује се колико је јавност оптерећена. Осим медија који се баве опасностима свакодневнице, велику улогу има и политика, јер се страх показао као једно од најбољих средстава у политичком дискурсу.[9] Да се данашње друштво може назвати "културом страха и ризика" сигурно је допринело не само увећање самих ризика, већ и повећање сазнања и свести о свему што се око нас дешава или би се могло десити, о свим факторима који изазивају осећај несигурности, угрожености и небезбедности. Међутим, данас је питање осећаја недостатка безбедности постало одличан изговор за избегавање заједничког живота са свим оним особама које "не личе" на нас. Антиурбани покрет град везује уз појмове као што су ризик, опасност и несигурност, али прави одговор на насиље није куповина оружја или пресељење у хиперзаштићену средину. Гласине, митови и страхови се најбоље елиминишу суочавањем, вођењем јавних дебата, покретањем акција, укључивањем становника и наравно, активним и наменским коришћењем јавног простора. Ако насиље дужи период влада неким делом града, посебно ако је у питању заједница на маргини друштва, изложена сегрегацији, становници ће се повући у себе, тј. у безбедност својих кућа. Када се чланови једне заједнице не познају, они се врло лако међусобно оптужују, стигматизују или сматрају опасним. Ако додатно постоји идеолошка стимулација расизма и ксенофобије, град или његови поједини делови постају веома рањиви. Логично, нема ни нових становника или туриста, јер лош имиџ и страх брзо превазилазе границе.

Осећај несигурности у јавним градским просторима има две димензије, објективну и субјективну. Објективна је подржана реалним догађајима у простору, а субјективна је предмет личних осећања грађана, заснована подједнако на објективној димензији, колико и на појединачном степену прихватања и подношења стварности, слабости или храбрости, тј. спремности да се одупре и супростави насиљу у окружењу. Како ће особа реаговати, било да је жртва или сведок[10], зависи од развоја њених осећања, која су донекле предодређена друштвеним положајем. Процес настанка осећаја несигурности се може приказати и шематизовано: појаве разних врста деликвенције у јавним градским просторима (крађе, пљачке, препади, изложеност

[9] Л. Фр. Х. Свенсен, *Филозофија страха*, Геопоетика, Београд, 2008.

[10] О трагичном случају, у коме су "посматрачи" злочина касно реаговали и тиме показали своју незаитересованост, колективну неодговорност и страх, више у раду: Ј. Ћирић, "Ђеновезе синдром", *Страни правни живот* 1/2010, 127-143.

малтретирању, сексуалном насиљу, криминалу усмереном против појединца, или целог друштва, као што је например организовани криминал или тероризам), уколико су занемарене од стране органа реда, тј. полиције и уколико друштво одликује култура тј. навика некажњавања починиоца, воде директно ка осетљивости друштвених заједница, повећању страха од насиља и коначно као резултат имамо приватизацију јавних простора и сектора службе обезбеђења. Када не постоји поверење у органе власти, ту празнину врло брзо заузимају приватни чувари и обезбеђења. Са око 43% агената запослених у приватном сектору за безбедност убедљиво воде САД, следи Јужна Африка са 37%, док у Европи ова цифра се креће око 6%[11]. На пример, само у периоду од 1972-1990 у САД је запослено око 300.000 радника обезбеђења, тако да се у том тренутку овај сектор налазио на двадесетом месту листе најбрже растућих делатности. У Шпанији, приватне компаније за обезбеђење запошљавају више од 88.000 особа, од којих око 25.000 ради на обезбеђењу јавних објеката и државних предузећа, а вредност само тог дела посла у 2004. години је износила око 3 милијарде евра. То је скоро упоредиво са бројем запослених у државним органима реда од око 88.900 особа (75.000 полицајаца - позорника, 7.900 ескорта - пратње, 1.500 специјалаца разних врста и 4.500 специјалаца за експлозив).[12]

Мањина која може да приушти овакву заштиту своје приватне имовине остаје изолована од већине грађана, који се штите онако како могу и знају. У оба случаја последице сноси јавни простор, он је или приватизован, тј. непостоји, или се не користи из страха за безбедност. Светско тржиште приватног обезбеђења расте, године 2002. је имало вредност од 86 милијарди долара, са пројектованом стопом раста на годишњем нивоу од 7-8%. Од ове укупне суме на светском нивоу, око 70 милијарди долара годишње се потроши у Северној Америци и Европи, на различите видове приватног обезбеђења, надзора, контроле и заштите.[13]

Успоставити јасан однос између реалних случајева насиља и личног осећаја безбедности није нимало лако. Ризик и страх могу бити оправдани или не, изазвани или умишљени, али без обзира на њихово порекло и основаност, чине да појединац или заједница промене своје навике и начине коришћења јавних градских простора. Чак ни спровођење анкета у циљу истраживања овог феномена неће увек дати реалне резултате, али може указати на неке генералне страхове грађана.

---

[11] S. Body-Gendrot, *Gandes evoluciones sociales en las áreas metropolitanas* , у књизи : I. Ortiz de Urbina Gimeno, J. Ponce Solé, 2008., 81.

[12] J. Curbet, 150.

[13] J. Curbet, 149.

Примећено је да испитаници мушког пола теже "признају" страх од насиља јер то сматрају сопственом слабошћу, док испитанице женског пола далеко више перципирају ризичне ситуације у простору, чак у неким случајевима и претерују. Студија спроведена у Единбургу (Шкотска, Велика Британија) је открила да 83,8% испитаних жена избегава одређене градске улице или зоне, да 70,1% жена избегава поједине видове транспортних средстава, да 35% жена понекада или увек избегава да излази из куће сама јер се плаши сексулног напада. Такође је утврђено да страх од сексуалног напада утиче на пословни-радни део живота 41,6% испитаница, тј. 53,6 мисли да им је овим страхом угрожен начин провођења слободног времена, а 76,9% сматра да страх утиче на њихов социјални живот. [14]

3. Предности стратегије превенције

Иако постоје разлике у развојним стратегијама градова, један принцип у обезбеђивању вишег степена безбедности намеће се као заједнички: превенција. Од деведесетих година прошлог века, већина европских земаља спроводи превентивне мере, а базу представљају уговорни споразуми између различитих нивоа управе (од националног до локалног), различитих сектора (владине и невладине организације, јавни и приватни сектор) и грађана. У многим земљама, као што су Велика Британија, Италија, Белгија, Француска, Холандија и Данска, донети су национални закони који подстичу и заступају локалне коалиције више институција и организација. Интегралан и холистички приступ има за циљ мобилизацију свих ресурса од људских до финансијских. Иако се наведене стратегије развијају већ известан број година, још увек има места за побољшања и усавршавање система. Један од запажених недостатака је недостатак јавних средстава и неефикасност јавног сектора, што у неким друштвима води ка приватизацији делова јавног сектора. Са друге стране намеће се све већа потреба за интеграцијом, умрежавањем и разменом искустава између градова, због све израженијих транснационалних појава. [15] У Европској Унији је донето неколико докумената и закључака скупова који указују на озбиљно посвећивање превенцији криминала, а посебно је наглашено да се при изградњи нових и реконструкцији постојећих урбаних зона обавезно мора водити рачуна о аспектима превенције насиља, кроз ширу сарадњу ауторитета одговорних за урбани развој и планирање, грађана и власника некретнина и ауторитета задужених за

[14] C. Whitzman , 2008.

[15] UN-HABITAT, *Градови у дијалогу, Циклус тематских конференција*, *Размена искустава о социо-економским и грађанским интеграцијама у Србији*, Београд, 2008.

безбедност заједнице, дакле у мултидисциплинарном приступу.[16] Превенција кроз урбани дизајн[17], која се сматра једном од основних мера којом урбанистичко планирање и пројектовање може да допринесе повећању степена безбедности грађана који бораве у јавним градским просторима, као доктрина се мења, те од почетне узрочно-последичне и пре свега просторно оријентисане идеје, све више постаје интегрисана са приступом који је оријентисан на друштво, цивилну иницијативу и њихов развој.

Једним од најбољих у смислу примењивости и свеобухватности се сматра приручник "Безбеднија места", издат 2004. у Великој Британији.[18] Што се тиче законског оквира, ова земља је проблематику односа урбанистичког планирања и превенције насиља обухватила Законом о криминалу и нередима из 1998. и Законом о планирању и одрживом развоју из 2005,. те обавезала планере на примену позитивних мера наведених у претходно поменутом приручнику и сличним упуствима издатим од стране надлежних институција. Ове мере се, између осталог, односе на анализу намена простора (на пример не фаворише се монофункционалност и сегрегација, већ се инсистира на мешавини функција и комбинацији различитих типологија становања, укључујући и социјално становање), приступа и кретања у простору, урбану структуру и њене елементе (на пример избегавање врста урбаног мобилијара који може да подстрекује асоцијално понашање и инциденте везане за безбедност грађана), ограђивање или јасно раздвајање јавног, полујавног/полуприватног и приватног простора, добро ноћно осветљење простора, а посебно на градски менаџмент, тј. редовно одржавање и уређивање простора (све потребне

[16] Ова тема третирана је у више докумената Савета Европе (резолуција, декларација, извештаја, рапорта, приручника, упустава и сл.), као на пример у: Final Declaration on Crime and Urban Insecurity, Erfurt, 1997; Resolution 99 on Crime and Urban Insecurity in Europe: The Role of Local Authorities, 2000.; Urban Crime Prevention: A guide for Local Authorities, Strasbourg, 2003. Веза између сигурности, превенције и урбанистичког планирања потврђена је тачком 1.8. документа "Opinion of the Committee of the Regions Housing and Regional Policy (2007/C 146/02)", објављеног у: Official Journal of the European Union "http://eur-lex.europa.eu/". Документа Европске Уније и Савета Европе, релевантна за ову тему, могу се пронаћи на интернету, на следећим адресама: European Union "http://europa.eu/" , Access to European Union law "http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do", Council of Europe "http://www.coe.int/", European Crime Prevention Network (EUCPN) "http://www.eucpn.org", European forum for urban security "http://www.efus.eu/", Database of European Law "http://eur-law.eu/" , Consilium - Council of the European Union "http://www.consilium.europa.eu/".

[17] У анголоксонској терминологији користи се: Crime prevention Through Environmental Design (CPTD), Designing Out Crime (DOC)

[18] Office of the Deputy Prime Minister & Home Office, *Safer Places –The Planning System and Crime Prevention & Secured by Design Principles – Concept*, London, 2004; превод Безбедније места – систем планирања и превенција криминала, ЈУП Урбанистички завод Београда и Инжењерска комора Србије, Београд, 2007.

поправке, редовно чишћење јавних простора, одношење смећа, уклањање графита и сл.). Једна од последица примене законских норматива је и формирање посебног профила стручњака, полицијских инспектора специјализованих за сузбијање ризика кроз урбанистичко планирање. Ови експерти поседују комбинована знања из криминологије и урбанистичког планирања, што их чини позванима да пружају консултативне услуге и дају своје стручно мишљење о успешности појединих урбанистичких планова, тј. о степену испуњености услова и мера безбедности у урбаним амбијентима.[19]

Концентрација на превенцију насиља је разумљива, имајући у виду податак да је насиље водећи узрок смртности мушкараца и жена у старосном добу од 15 до 44 године,[20] те да теоријски може директно или индиректно да утиче на свакога. Превенција је могућа, а њена цена је далеко мања од оне која се широм света троши на снаге полиције, приватно обезбеђење, судство и сл. Она зависи искључиво од воље појединаца и заједница, као и од ефективности и демократичности локалне управе. Превенција насиља[21] није једноставан задатак, а посебно је тешко знати одакле да се крене. Програми за процену успешности превенције и у далеко развијенијим земљама, где се већ дужи временски период примењују овакве мере, су у почетним фазама и још увек се развијају. Али преовладава убеђење да превенција смањује трошкове друштва, а свакако даје и додатни квалитет животу заједнице. Један од бољих приступа је претходна анализа разлога настајања несигурности грађана и природе проблема. Постоји извесна колективна паника, везана за извесне појаве, на пример бескућнике или терорисање од стане малолетних банди. Са друге стране, заједница понекада, из истих културолошких и моралних разлога, одбија реалност постојања опасности злоупотребе деце или хомофобичног насиља. Често, медији[22] својим прилозима утичу на креирање мишљења јавности, како у позитивном смислу обавештавања и упозоравања, тако и у негативном контексту, изазивањем панике и хистерије.

---

[19] Пракса у Великој Британији је да у оквиру снага полиције раде експерти који поседују специјализацију из области урбанистичког планирања (тз. Architectural Liaison Officer - ALO), чији је задатак консултативна сарадња са планерима и пројектантима и обезбеђење спровођења стратешки дефинисаних превентивних мера кроз инспекцијски надзор. Secured by Design "http://www.securedbydesign.com/".

[20] C. Whitzman, 2008. Ауторка цитира податке објављење у извештају Светске здраствене организације: E.G. Krug, L.L. Dahlberg, J.A. Mercy, A.B. Zwi, R. Lozano (eds) *World Report on Violence and Health*, World Health Organization, Geneva, 2002.

[21] R. H. Schneider, T. Kitchen, *Crime Prevention and the Built Environment*, Routledge, London, 2007.

[22] M. Maguire, R. Morgan, R Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2007.

Евидентно је да страх код корисника не изазива директно физичка структура града, већ да је он мотивисан делима других људи, а да сама физичка структура игра улогу више или мање погодне сценографије за нежељене догађаје. То суштински значи да је друштвена "контрола" или боље рећи свест о овом проблему, пресудна у формирању безбедног града. У складу са контекстом, тј. факторима који утичу на безбедност у јавним градким просторима, потребно је спровести све расположиве мере превенције, укључујући и мере везане за планирање и пројектовање. Мапирање "опасних тачака" тј. градских зона и потеза и анализа образаца криминала, су свакако корисне праксе. Прикупљање и презентовање информација о изграђеном простору и степену ризика који носи у смислу безбедности грађана је неопходна додатна активност. Посебну вредност има сазнање о врстама насиља или израженим страховима код становника, везано за конкретне недостатке простора, што може да укаже на мере превенције при реконструкцији постојећих простора или планирању и пројектовању нових.

За постизање најбољих ефеката формирају се "коалиције" заинтересованих за ову проблематику које чине институционалне представнике, грађане, који могу бити удружени и у оквиру невладиних организација и професионални сектор, заинтересована подједнако за истраживачки ниво као и за практичну примену мера. Једна од препорука Савета Европе, која је дата у оквиру закључака Конгреса локалних и регионалних власти, одржаном 1997. односи се на промовисање сарадње између органа реда тј. полиције и планера и пројектаната, са циљем да се пружи адекватна помоћ и савет у фази планирања и пројектовања простора, имајући у виду сазнања о степену безбедности или опасности и њиховом односу са просторним окружењем.[23]

Постоји неколико категорија превенције, у зависности од окружења у коме се спроводи, тј. просторног нивоа и обухвата, фазе животног циклуса, врсте активности или фазе интервенције (пре било каквог наговештаја насиља или после инцидента). Може се препознати више модела, независног или хибридног, тј. комбинованог приступа: васпитавање деце у најранијем (предшколском) узрасту и укључивање њихових породица у процес, затим настављање са едукацијом све до нивоа универзитетског образовања, тј. кроз основну и средњу школу, што такође подразумева активно учешће породице, развој програма за економски подстицај заједнице и стварања шанси за запошљавање, подизање свести одређених група становништва (младих, стрих лица,

[23] Recommendation 36 (1997) on crime and urban insecurity in Europe. 4th Plenary Session of the Congress of Local and Regional Authorities, 3-5 June 1997. Council of Europe, Committee of Ministers, "https://wcd.coe.int/"

жена, културолошких или лингвистичких подгрупа друштва и сл.) са инсистирањем на универзалним људским правима и принципу једнакости, примена модела мобилисања заједнице чиме се подстиче спремност сваке индивидуе, породице и целе заједнице да реагује на насиље у свом окружењу а уједно се развија одређени степен лидерства, побољшање услуга директних сервиса за грађане од сарадње са локалном полицијом и успостављања међусобног поверења до оснивања траума и СОС центара за посттрауматски третман жртава насиља, спровођење стратегије у оквиру урбанистичког планирања кроз мере урбаног дизајна и мреже сигурних и одбрањивих простора, спровођење законских мера и стварање јасне слике у друштву да се насилништво неће толерисати, тј. да ће бити кажњено и на крају да би све ове стратегије и модели успели потребна је координација на више нивоа и дефинисање јасног акционог плана, од суседства, заједнице, града, државе, тј. националног нивоа, регије, све до међународних, тј. глобалних размера сарадње.

Научна евалуација превенције насиља је тешка. Озбиљнија научна истраживања захтевају време и одређена финансијска средства, што је обично тешко уклопљиво у планирани распоред или буџет. Обично се за "мерење" успешности користе подаци о смањењу почињених аката насиља, барем оних који су званично пријављени полицији. Податке треба прикупљати у дужем временском периоду, анализирати узрочнике и околности под којима је дошло до инцидента и упоређивати са стањем пре спровођења мера на терену. Наравно, живот заједнице није у потпуности изолован, тако да је тешко контролисати екстерне варијабле, например општи пад или пораст стандарда живота, појаву нових или јефтинијих илегалних супстанци на тржишту и сл. Идеално, евалуација успешности примене мера би требала да одговори на три питања:

- Сазнати да ли би интервенција имала независтан ефекат на идентификовани проблем.
- Упоређење ефеката и уложене инвестиције, тј. да ли су примењене мере, у смислу уложеног новца и времена, постигле довољно, или се новац и време могу и боље искористити.
- Шта су спољни или независни фактори, да ли су неке друге промене у заједници или њеном друштвеном окружењу допринеле укупном ефекту.

Ко могу бити потенцијални партнери у обезбеђивању безбедности заједнице? Можемо их поделити у три основне групе:

- јавни сектор (локална самоуправа, образовне и научно-истраживачке институције, социјалне и здравствене службе, полиција, јавни

информативни сервиси, службе за планирање и управљање простором, инспекцијске службе, правосудни органи),

- невладине организације и агенције (непрофитне организације цивилног друштва, локалног или међународног карактера, као што су групе грађана окупљене на бази територијалног принципа или око истог циља, религијске групе, спортска друштва, омладинске организације),
- приватни сектор (локалне фирме и компаније или међународне корпорације, синдикати, професионална удружења, донатори и спонзори, медији итд.).

Шта је предност удруживања различитих сектора? Пре свега могућност спровођења свеобухватних акција, покривање различитих сегмената, покретање свих неопходних механизама, као што је професионална експертиза, обезбеђење финансијске подршке, обавештавање, подједнако учешће институција и појединаца.

4. Закључак

Поједини градови света, сусрећући се са нарастајућим урбаним насиљем, били су приморани да изврше анализе настанка овог феномена, те да развију стратегије које би довеле до елиминације или барем ублажавања. Мерење стопе криминала, на националном или локалном нивоу, није увек прецизно, јер полицијска и судска статистика само делимично одражавају реалну стопу те се ови подаци морају допунити студијама и испитивањима виктимизације. На светском, чак и европском нивоу је још теже направити компаративни приступ, због институционалних и културних разлика. Али могу се запазити и неки општи трендови: док је број кривичних дела против имовине у паду (на пример у већини западноевропских земаља) у порасту је број кривичних дела против живота, такође, страх од криминала је свуда у порасту, што није увек у складу са званичним статистичким подацима.[24]

Једна од најизраженијих појава је спуштање старосне границе починиоца и жртава, тј. константан пораст малолетничке деликвенције и насиља.[25] Насиље над женама није нов проблем, а сада постаје и

[24] I. Ortiz de Urbina Gimeno *et al, Estudio preliminar: convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo,* у: I. Ortiz de Urbina Gimeno, J. Ponce Solé, 2008., 11.

[25] L. Steinberg, *Adolescence*, McGraw-Hill, New York, 2008_8. Последњих година просечна старост при првом хапшењу је значајно опала, тј. починиоци су све млађи. Сматра се да око 60-80% адолесцената и преадолесцената је починило неку врсту малолетничке деликвенције.

свеприсутан.[26] Градске управе и полиција су понекада немоћни пред налетима "безразложног" насиља, грађанским немирима и вандализмом. Емиграција, споро прилагођавање на све већу разноликост становништва и међусобна нетрпељивост су чињенице са којом се светске метрополе све више сусрећу. Глобализација и у овом сегменту друштва има велики утицај, криминал све мање познаје границе, а трговина краденом робом, дрогама, људима или тероризам[27] су нарастајући проблеми.

Студија која је обајвљена 2003. на основу резултата истраживања спроведеног 2002. дала је слику о степену безбедности у 215 градова света, упоређујући их са референтним Њу Јорком који је оцењен са 100 поена.[28] Највише личне безбедности осећају грађани Луксембурга, Сингапура, Хелсинкија, Цириха, Женеве и Берна (од 133,5 до 126,5 поена), а седмо место заузима девет нових јапанских градова (сви са по 122 поена). На дну табеле налазе се афрички градови Банги (главни град Централноафричке Републике, са 21,5 поена), Абиџан (Обала Слоноваче, 25,5 поена), Бразивил (Конго) и Луанда (Ангола) оба са по 26,5 поена. Европски градови су генерално високо котирани, а међу њима је неколико градова источне Европе. На пример, у укупном пласману Беч заузима 16. место са 120 поена, следи Стокхолм са 119,5 поена, а 18. место деле Копенхаген, Даблин и Осло (сви по 115 поена). Милано, Атина и Рим нашли су се на 83, 93 и 99 месту (постигли су од 93,5 до 86,5 поена), а Лондон са 100 поена (исто као и Њу Јорк) заузима 64. место на листи. У источној Европи, од испитаних, као најсигурнији, процењени су градови Братислава и Љубљана и са 104,5 поена налазе се на 56. месту. На 79. позицији су два града, Праг и Виљнус (главни град Литваније), оба са 98 поена. Москва је заузела 184. место са укупно 48,5 поена. Канадски градови се сматрају најбезбеднијима у Северној Америци. Калгари, Монтреал, Отава, Торонто и Ванкувер деле 25. место са 113,5 поена. У САД живот је најсигурнији на улицама Хонолулуа, Хјустона и Сан Франциска (40. место са 106,5 поена), а следе Чикаго, Њу Јорк и Сијетл (64. место, сви по 100 поена), а најнесигурнији је Вашингтон (85. место, 107 поена). Међу градовима Јужне Америке најбезбеднији су Сантијаго де Чиле (93,5 поена), Каракас (Венецуела, 40 поена), Сан Салвадор (Ел Салвадор, 39 поена), а најнесигурнији су Богота и Медељин (Колумбија, 31, тј. 30 поена).

У сваком случају, бројна истраживања упућују на закључак да постоји комплексна и зависна веза између насиља, изазваног страха, личног осећаја несигурности и промене понашања субјеката у простору. Са

[26] United Nations Statistics Devision "http://unstats.un.org/unsd/demographic/"
[27] Centre de cultura contemporánia de Barcelona, *Architectures of Fear, Terrorism and the Future of Urbanism in the West*, Barcelona, 2008.
[28] Mercer Human Resource Consulting "http://www.mercer.com"

становишта појединца или заједнице, јавља се страх за сопствену безбедност и сигурност чланова породице, умањује се мобилност, губи жеља за напуштањем простора који је перципиран као сигуран (обично кућа/стан, најближе суседство, део града). Коришћењем стратегије лимитирања сопственог кретања и боравка у одређеним јавним просторима умањују се шансе за боље образовање, запослење или коришћење слободног времена, губи се поверење у заједницу, суседе или институције, а све зајединo може да доведе до депресивних стања и константног незадовољства. Гледано са просторног аспекта, јавни градски простори постају напуштени, избегавани, препуштени сами себи и потпуно окупирани негативним и непожељним садржајима, дешавањима или корисницима и у том смислу потпуно неадекватни својој основној намени: да служе подједнако свима, на опште задовољство. Из тог разлога се и страх од насиља доводи у директну везу са феноменом јавних простора и јавног добра. Са друге, економске стране, ово отвара простор за интезиван развој приватних компанија за обезбеђење људи и имовине, а за оне који то себи могу да приуште, живот се "сели" на неке друге, пожељније локације, које имају посебан режим заштите и изолованости. Са социјалног аспекта, стварање "ограђених заједница" (*gated commuunities*) води сегрегацији друштва, још већој нетрпељивости према видљивим мањинама, странцима, бескућницима и сл. Глобално гледано долази до смањивања основног људског права на слободу и слободно кретање. Појам "права на град" не подразумева само осећај удобности и добродошлице у јавном градском простору, већ има значајан утицај на физичку структуру и социјалне односе које се стварају у градском окружењу. Губитак овог права води ка недостатку могућности слободног кретања, некој врсти "кућног притвора", што је грубо кршење људских права и потпуно је једнако насиљу на улицама.

Једна од важних чињеница која се не сме занемарити је да страх од појединих градских зона и простора, није страх од саме физичке структуре, већ од људи и њиховог понашања. Уочено је да простори који изазивају страх, нису обавезно простори у којима се дешавају инциденти, али шансе да то постану су заиста велике. Град само даје или не даје погодно тло за развој нежењених догађаја и креирање личног осећаја небезбедности. Указивање на овакве зоне и проналажење мера превенције или побољшања стања је свакако пожељно, али може да доведе и до дискурса. Нису ретки примери где су за мањак безбедности у појединим градским зонама били прозвани одговорни органи локалне власти, а ревносни политичари су применили оне мере које су им се учиниле као најпогодније и најделотворније: видео надзор, непрестано патролирање органа реда, уклањање клупа да би се избегло окупљање "непожељних" корисника простора и сл. Ефекти су подједнако лоши, овакви простори се и даље

доживљавају као несигурни, њихов имиџ се није ни на који начин променио, чак је њихова небезбедност истакнута у први план, дошло је до социјалног искључења појединих друштвених група, а простори су и даље напуштени и отуђени. У овим случајевима губи се и концепт социјалног простора (коришћења јавних простора на различите начине, провођење слободног времена, дружење, забава и мешање са осталим корисницима), а смисао колективне одговорности за безбедност заједнице полако нестаје.

Компликована тема односа између градског живота, јавне безбедности и урбанизма, подразумева важне елементе као што су сазнање о постојању проблема, суочавање са њима, прво са теоријске тачке гледишта, а затим и из перспективе добрих практичних примера и решења. Урбанистичко планирање је, према опису британског теоретичара планирања Петси Хилеја, скуп мера колективног управљања низом заједничких потреба, везаних за просторне квалитете, изражен кроз експлицитне политике којима се наглашава стратешка оријентисаност ка координацији различитих акција.[29] Другим речима, урбанистичко планирање превазилази традиционалне моделе намене површина, зонирања и урбаног дизајна, већ интегрише социјалне, економске, еколошке и културолошке компоненте, у циљу постизања одређених друштвених циљева, а све у оквиру важећих законских норматива и процедура. Добрим управљањем урбаним срединама се сматра оно које је ефектно и ефикасно у одговарању на проблеме заједнице, а врши га демократски изабрана власт, која одговара друштву за свој рад и интезивно сарађује са цивилним друштвом.[30]

[29] P. Healey, *Collaborative Planning–Shaping Places in Fragmented Societies*, Palgrave, 2007.

[30] Council of Europe, *Confronting Everyday Violence in Europe-An Integrated Approach*, Strasbourg, 2004.

Библиографија

- A. Giddens, *Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990.
- A. Giddens, "Risk and Responsibility" *Modern Law Review* 62(1)/199. 1-10.
- Access to European Union law "http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do" 26.03.2012.
- C. Whitzman*, The Handbook of Community Safety, Gender and Violence Prevention – Practical Planning Tools*, Earthscan, London, 2008.
- Centre de cultura contemporánia de Barcelona, *Architectures of Fear, Terrorism and the Future of Urbanism in the West*, Barcelona, 2008.
- Consilium - Council of the European Union "http://www.consilium.europa.eu/" 26.03.2012.
- Council of Europe "http://www.coe.int/" 26.03.2012.
- Council of Europe, Committee of Ministers, "https://wcd.coe.int/" 27.03.2012. Recommendation 36 (1997) on crime and urban insecurity in Europe. 4th Plenary Session of the Congress of Local and Regional Authorities, 3-5 June 1997.
- Council of Europe, *Confronting Everyday Violence in Europe-An Integrated Approach*, Strasbourg, 2004.
- Database of European Law "http://eur-law.eu/" 26.03.2012.
- "http://www.google.com.au/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eyal+Weizman%22", *Hollow land: Israel's architecture of occupation*. Verso, Brooklyn, 2007.
- European Crime Prevention Network (EUCPN) "http://www.eucpn.org" 26.03.2012.
- European forum for urban security "http://www.efus.eu/" 26.03.2012.
- European forum for urban security, "http://www.efus.eu/"
- European Union http://europa.eu/ 26.03.2012.
- H. Thomé, D. Torrente, *Cultura de la seguridad ciudadana en España,* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003.
- I. Ortiz de Urbina Gimeno, J. Ponce Solé, *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo, Diez textos fundamentales del panorama internacional*, Barcelona, 2008.
- Ј. Ћирић, "Ђеновезе синдром", *Страни правни живот* 1/2010, 127-143.
- Ј. Ћирић, "Поглед у туђе двориште кроз 'поломљени прозор' ", *Страни правни живот* 1/2011, 11-28.
- Л. Фр. Х. Свенсен, *Филозофија страха*, Геопоетика, Београд, 2008.
- L. Steinberg, *Adolescence*, McGraw-Hill, New York, 2008$_8$.
- M. Maguire, R. Morgan, R Reiner, *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2007.

- М. Петровић, *Трансформација градова, ка деполитизацији урбаног питања*, Институт за социолошка истраживања Филозофског факултета у Београду, 2009.
- Mercer Human Resource Consulting, "http://www.mercer.com" 16.01.2012.
- Н. Даниловић Христић, *Урбанистичко-архитектонски елементи за обезбеђење вишег степена безбедности на јавним градским просторима,* необјављена докторска дисертација, одбрањена на Архитектонском факултету Универзитета у Београду, 25.11.2010.
- Office of the Deputy Prime Minister & Home Office, *Safer Places –The Planning System and Crime Prevention & Secured by Design Principles – Concept*, London, 2004; превод *Безбедније места – систем планирања и превенција криминала*, ЈУП Урбанистички завод Београда и Инжењерска комора Србије, Београд, 2007.
- Official Journal of the European Union "http://eur-lex.europa.eu/" 26.03.2012.
- P. Healey, *Collaborative Planning–Shaping Places in Fragmented Societies*, Palgrave, 2007.
- R. H. Schneider, T. Kitchen, *Crime Prevention and the Built Environment*, Routledge, London, 2007.
- "http://www.google.com.au/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Stephen+Graham%22", *Cities, war, and terrorism: towards an urban geopolitics*. Wiley-Blackwell, Oxford, 2004.
- Secured by Design "http://www.securedbydesign.com/" 26.03.2012.
- UN-HABITAT, *Градови у дијалогу, Циклус тематских конференција*, *Размена искустава о социо-економским и грађанским интеграцијама у Србији*, Београд, 2008.
- United Nations Statistics Devision "http://unstats.un.org/unsd/" 28.03.2012.

Nataša Danilović Hristić, PhD in Architecture and Urban Planning
Urban Planning Institute of Belgrade

THE URBAN SAFETY AS PUBLIC GOOD

The safety of the community means protection of the people and goods of every kind of the threats and damages, as positive results of the crime prevention are very important aspect of the quality of the urban life. The public (city, urban) space is essential for the urban environment; it provides identity and image, usually referring to the open and to all citizens available ambiance, regardless of their gender, race, ethnic origin, age or socio-economical status and without financial compensation for its use. Unfortunately, exactly in such kind of the environment it is possible the phenomenon of the everyday violence, which results with harmful consequences as inadequately or reduced use of the public spaces, because of the fear for the personal safety, which leads to the overall decrease of the economical value of the location, the social segregation and similar negative and hardly corrigible results. The urban planning and legal regulations as a assemblage of all legal and sublegal documents, standards and normative of the profession, as spatial and urban plans of the different levels of detailing, coverage and theme, compiled according to orderly obligations and procedures, have a goal to regulate the relationships in the space and could significantly contribute to increasing of the level of urban safety.

Key words: *safety, public good, public space, urban planning, prevention*

Marko Andrejević,
Apsolvent Biološkog fakulteta, Beograd

UDK: 343.148
Pregledni naučni rad

ZNAČAJ FORENZIČKE DNK ANALIZE U PRAVOSUDNOM SISTEMU

U drugoj polovini 20-og veka dolazi do revolucionarnih otkrića na polju genetike i molekularne biologije. Opisana je struktura molekula DNK, objašnjena njegova uloga u nasleđivanju i napravljena korelacija sa mnogim oboljenjima. Kao nasledni faktori označene su sekvence DNK koje su nazvane genima. To su sekvence DNK koje direktno kodiraju za određeni protein koji ima neku od vrlo važnih funkcija u našem organizmu i važan je normalan rast i razvoj. Pokazano je takođe da postoje i delovi DNK molekula koji nemaju kodirajuću funkciju, i da se upravo u tim delovima(sekvencama) krije velika varijabilnost koja se razlikuje od jedne do druge individue. Identifikacijom tih sekvenci određenim naučnim metodama dobija se DNK-otisak. Prihvatanje i uvođenje teorije DNK-otiska u pravosudni sistem je proces koji je bio praćen brojnim kontroverzama. Ovaj rad će ukazati na neke od bitnih karakteristika molekula DNK koje su od značaja u forenzičkim analizama, metode identifikacije DNK sekvenci i izradu DNK otiska, i kroz nekoliko poznatih sudskih procesa biće ukazano na ogroman značaj ove metode u pravosudnom sistemu.

Ključne reči: *forenzika, DNK, pravo, sudski postupak,elektroforeza, RFLP, PCR*

Forenzička nauka (forenzika) u najširem smislu reči podrazumeva primenu znanja i tehnologija iz različitih nauka u rešavanju pravnih pitanja. Koristi znanja i dostignuća iz hemije, fizike, biologije, medicine, psihologije, tehnologije, informatike itd, u cilju identifikacije i analize različitih tragova koji mogu biti iskorišćeni u sudskim postupcima protiv određenih lica. Naziv potiče od grčke reči ***forensis,*** što u bukvalnom prevodu znači „pred forumom" ili „javno iznositi". Implementacija forenzike u sistem prava i zakonodavstva predstavlja samo još jedan vrlo lep primer interakcije nauke i prava. Između nauke i prava postoji neraskidiva veza koja je uspostavljena davno.

Šta je DNK ?

Dezoksiribonukleinska kiselina(DNK) je jedna od dve nukleinske kiseline u našem organizmu. Nukleinske kiseline je prvi izolvao Fridrih Mišer (Friedrich Miescher) iz ostataka ćelija na hirurškim zavojima. Dobile su naziv prema ćelijskom jedru(**nucleus**), jer je ustanovljeno da ih najviše ima u tim delovima ćelije. Prvi eksperimentalni dokaz da je DNK nosilac naslednih informacija objavljen je 1944 godine od strane američkog naučnika Osvalda Ejverija (Oswald Avery). Alfred Herši (Alfred Hershey) i Marta Čejs (Martha Chase) su 1952 godine pokazali da je dovoljno inficirati bakterijsku ćeliju viralnom DNK kako bi u njoj došlo do razvoja ogromnog broja virusa koji nakon liziranja bakterijske ćelije nastavljaju da se šire. Ovi ogledi su pokazali da je informacija koju nosi DNK dovoljna za kompletni životni ciklus virusa. Najzad, 1953 godine, dr.Džejms Votson (James Watson), biohemičar, i diplomirani student sa Kembridža Frensis Krik (Francis Krick) su predstavili model sekundarne strukture DNK, a Rozalin Frenklin (Rosalin Franklin) je metodom X-zraka dobila difrakcione slike koje su ukazivale na spiralnu strukturu DNK. Votson i Krik su svoj model sekundarne strukture DNK objavili u časopisu *Nature*, i to samo na jednoj strani. A baš na toj, jednoj starni, nalazilo se revolucionarno otkriće koje je omogućilo strmoglavi razvoj molekularne biologije i genetike, za koje su inače pomenuti naučnici nagrađeni Nobelovom nagradom jednu deceniju kasnije.[1]

Deo molekula DNK koji je interesantan za forenzičku analizu čine ponovljene sekvence. To su hipervarijabilni regioni koji ne kodiraju za neki visokospecijalizovani funkcionalni protein, a koji su tokom dugog perioda evolucije pogodjeni brojnim mutacijama, i zbog toga su kod različitih osoba različite građe. Struktura kodirajućih regiona je tokom evolucije u mnogo većem stepenu konzervirana u odnosu na nekodirajuće regione. Osnovni razlog je taj što su mutacije u ovim regionima često letalne, ili sa teškim posledicama na normalan rast i razvoj. Ove sekvence su kod ogromnog broja ljudi identične građe, tako da je genetičke identifikacione markere u njima besmisleno tražiti. Markeri se nalaze u ponovljenim sekvencema, koje se kod različitih osoba nalaze u različitom broju ponovaka. Markeri koji se koriste u forenzici su :

- **tandemski ponovci** - dužine od 5-10 nukleotida koji mogu biti ponovljeni od nekoliko stotina do nekoliko miliona puta

---

[1] Nikola Tucić, Gordana Matić; O genima i ljudima; Beograd, 2005; pp (str 131-139)

Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006;pp (str 419-420)

- **mikrosateliti** - nizovi dužine 1-6 nukleotida koji se ponavljaju 10-100 puta
- **minisateliti** – nizovi dužine 8-100 nukleotida koji se ponavljaju 5-1000 puta

Verovatnoća da dve osobe koje nisu u krvnom srodstvu imaju identične minisatelite iznosi 1 : 4 000 000[2], što samo svedoči kolika je varijabilnost ovih sekvenci. Genetički polimorfizam prisutan u ljudskoj populaciji je osnova forenzičko-genetičke identifikacije osoba.

DNK profiliranje je prvi put u forenzičku nauku uvedeno 1985 godine, i to od strane čuvenog engleskog naučnika **Aleka Džefrisa** (Alec Jeffris). Koristeći postojeća saznanja o varijabilnosti DNK i primenom nove DNK tehnologije, otkrio je da se izvesne sekvence DNK ponavljaju više puta i da je broj ponovaka različit kod različitih osoba. Prvi je započeo izradu DNK-otisaka i sa pravom se smatra ocem forenzičke genetike. Bio je glavni veštak u sudskom procesu u kojem je prvi put u istoriji pravosuđa korišćen DNK-otisak kao forenzički dokaz. To je bio, sada već čuveni slučaj, **Kolina Pičforka (Colin Pitchfork).** [3]

Slučaj Kolina Pičforka

22. novembra 1983 godine, u malom selu Narborou (Narborough) u blizini Leičesteršira (Leicestershire), pronađeno je telo petnaestogodišnjakinje Linde Men (Lynda Mann). Bila je silovana a potom zadavljena. Tri godine kasnije, 2.avgusta 1986 godine, nešto manje od jednog kilometra od mesta na kom je nađena Linda, pronađeno je telo Daun Ešvort (Dawn Ashworth), takođe petnaestogodišnjakinje, čiji je nestanak prijavljen samo dva dana ranije. I ovde se radilo o silovanju i brutalnom ubistvu. Policija je privela osumnjičenog. Radilo se o sedamnaestogodišnjem Ričardu Baklendu (Richard Buckland) koji je prilikom saslušanja u policiji priznao ubistvo Daun Ešvort, ali je negirao savaku povezanost sa ubistvom Linde Men.

U međuvremenu je ser Alek Džefris otkrio i uveo u forenzičku nauku DNK-profiliranje. Uzorci semene tečnosti, pronađeni na telu Linde i Daun, su zajedno sa uzorkom krvi osumnjičenog poslati u laboratoriju ser Aleka na veštačenje. Primenom RFLP metode, dobijeni su DNK profili iz semene tečnosti i uzorka krvi osumnjičenog. Poređenjem profila je ustanovljeno da DNK izolovana iz uzoraka semene tečnosti pronađene na telu devojaka

---

[2] Radojica Maksimović, Uglješa Todorović; Kriminalistika-Tehnika; Policijska Akademija u Beogradu,1995;str 454

[3] Colin Evans; The Casebook of Forensic Detection; New York,1996; pp (str 60-63)

pripada istoj osobi, što je značilo da je ista osoba silovala i ubila obe devojke, ali nije ustanovljeno podudaranje sa DNK profilom dobijenim iz uzorka krvi osumnjičenog. Zaključak ser Aleka je bio da semena tečnost ne pripada Ričardu Baklendu. Na osnovu izveštaja ser Aleka, 21. Novembra 1986 godine Ričard Baklend je oslobođen optužbi. To je bio prvi slučaj u istoriji prava i forenzike da optuženi za teško krivično delo bude oslobođen na osnovu forenzičkog DNK-profiliranja.

Nakon oslobađanja, policija je pokrenula akciju sakupljanja DNK uzoraka, i za samo nekoliko dana sakupljeno je nekoliko hiljada uzoraka od gotovo svih muškaraca iz okoline.

1.Avgusta 1987 godine, u jednom lokalnu pabu u Leičesterširu, zaposleni iz lokalne pekare su sedeli, i ispijajući piće komentarisali ponašanje kolege Kolina Pičforka. Jan Keli (Ian Kelly) se tom priliklm požalio kako mu je Kolin tražio da umesto njega da svoj uzorak krvi.

Međutim, nije bio jedini. Ispostavilo se da je Kolin još jednom kolegi tražio istu uslugu, ponudivši mu pri tom 2000 funti. Kolin je rekao kako se plaši da da svoj uzorak krvi, jer već ima policijski dosije. Keli se sažalio i pristao na prevaru. Jedina žena koja je bila u tom društvu je slušala priču kolega, i postajala sve više sumnjičava. Poznavala je Kolina, i kao i svi zaposleni u pekari znala da je stalno spopadao žene, ali nije ni mislila da može biti ubica. Posle šest nedelja dvoumljenja rešila je da slučaj prijavi policiji.

19. Septembra 1987 godine, policija je najpre uhapsila Jana Kelija, a nešto kasnije u toku dana i Kolina Pičforka. Kolinu je uzet uzorak krvi i poslat na veštačenje Aleku Džefrisu. Ovog puta je potvrđeno poklapanje DNK profila. 22. Januara 1988 godine, Kolin Pičfork je osuđen na doživotnu robiju, a Jan Keli, zbog ometanja pravde na 18 meseci zatvora. Kolin Pičfork je, pored monstruoznih zločina koje je počinio, ostao upamćen i kao prva osoba koja je osuđena na osnovu DNK-otiska. Kompletan slučaj je opisan u knjizi „**Blooding**'' Džozepa Vamboga (Joseph Wambough).[4]

Uspešnost celokupnog procesa DNK analize datog biološkog traga u potpunosti zavisi od poštovanja propisane procedure prikupljanja. Pošto biološki tragovi mogu biti od presudne važnosti kao dokazna sredstva u sudskim postupcima, prilikom prikupljanja bitno je primeniti odgovarajće mere za otkrivanje, dokumentovanje, prikupljanje i čuvanje bioloških

[4] Joseph Wambaugh; The Blooding; New York, 1989

Detaljnije o knjizi pogledati na "http://www.epinions.com/review/Book_The_Blooding_Joseph_Wambaugh/content_127184965252?sb=1"

tragova. Biološki tragovi se mogu naći na samom mestu zločina, na predmetima koji se dovode u vezu sa izvršenim krivičnim delom, kao i na osobama koje su učesnici događaja. Neke statističke analize pokazuju da se tragovi krvi mogu pronaći u oko 60% krivičnih dela sa smrtnim ishodom, i sličnom procentu krivičnih dela u kojima je došlo do fizičkog obračuna. Dlake se mogu pronaći u oko 6% provala i 10% pljački. [5]Najčešći biološki uzorci sa kojima se sreće forenzička DNK laboratorija su: uzorci krvi, semene tečnosti, pljuvačka, dlake, koža, zubi, kosti, mišićno tkivo, i različita druga tkiva i telesne tečnosti.

Glavni problemi pri prikupljanju, čuvanju i transportu bioloških tragova su moguća degradacija i kontaminacija. Do degradacije može doći usled delovanja hemijskih, fizičkih i bioloških faktora. Usled delovanja bilo kog od navedenih faktora većina bioloških tragova može promeniti svoj oblik, agregatno stanje, boju i niz drugih osobina čime postaju nepodobni za analizu. Pod kontaminiranim uzorkom se podrazumeva biološki materijal lica koje nije učestvovalo u izvršenju krivičnog dela, deponovan preko biološkog traga u toku prikupljanja, čuvanja ili analiziranja tog traga. DNK molekul je veoma stabilan, ali kada su u pitanju forenzički uzorci, potrebno je mogućnost degradacije svesti na minimum, čuvanjem pod odgovarajućim uslovima. Prilikom čuvanja se vodi računa da uzorak bude u suvom stanju, upakovan adekvatno kako ne bi došlo do buđanja i međusobnog kontakta. U biološkim tragovima molekuli DNK se mogu čuvati na sobnoj temperaturi, u hladnim sobama na +4 stepena, kao i na temperaturama od -20 stepeni do +80 stepeni.

Postoje dva tipa DNK profila:

- **Referentni DNK profili**
    - DNK profil osumnjičenog
    - DNK profil okrivljenog
    - DNK profil oštećenog
- **DNK profil tragova**
    - DNK profil dobijen iz biološkog traga (krv, pljuvačka, sperma, kosti, meko tkivo)

Metode koje se koriste za u forenzičkoj DNK analizi su sledeće:

[5] Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006; pp (str 422)

Elektroforeza

DNK gel elektroforeza je tehnika koja omogućava razdvajanje molekula DNK iz smeše na osnovu veličine. Pod dejstvom električnog polja molekuli DNK koji su nanešeni u gelu putuju i razdvajaju se na osnovu veličine (manji molekuli se manje "zapliću" u gel i putuju dalje, dok se veći fragmenti kreću sporije). Kako su molekuli DNK negativno naelektrisani, u gelu se kreću ka anodi. Nakon bojenja (najčešće se koristi bromofenol plava) gela moguće je identifikovati fragmente i doći do brojnih zaključaka. Uzorak izolovane DNK se stavlja u PCR uredjaj i nakon reakcije amplifikacije, dobijeni proizvodi se analiziraju nekom od sledećih metoda.[6]

RFLP (Restriction Fragment Length Polymorphism)

1978 godine naučnici Kan i Docy su prvi upotrebili **restrikcione enzime** kako bi pokazali da je DNK polimorfna. Restrikcioni enzimi prepoznavaju specifična mesta na molekulu DNK (restrikciona mesta), i na tim mestima seku lanac DNK molekula. Tako se dobijaju DNK fragmenti-**restrikcioni fragmenti**, koji su različite dužine kod različitih osoba. Na ovoj različitosti u dužini restrikcionih fragmenata se bazira RFLP analiza.

RFLP (polimorfizam dužine restrikcionih fragmenata) [7]analizom se seče lanac DNK-a pomoću restrikcionih enzima u kraće fragmente koji se lakše razdvajaju pri elektroforezi u želatinu od agaroze. Razdvojeni fragmenti se na želatinu vide kao kratke horizontalne crtice koje se pomoću tehnike Southern Blot prebace sa želatina na najlon membranu. Ovaj DNK uzorak se zatim tretira sa DNK uzorkom koji je obeležen radioaktivnim materijalom i koji se veže na unapred utvrđenu DNK sekvencu. Suvišan radioaktivno obeležen DNK molekul se spere. Rentgenski film se stavi ispod najlon membrane i na taj način se snimi celokupni uzorak i ono što je najbitnije jasno je vidljiv onaj deo DNK-a molekula koji je bio obeležen radioaktivnim DNK molekulom. Krajnji produkt je film sa jasno vidljivim horizontalnim crticama koje nazivamo DNK profilom.

---

[6] S.Trenkovski, R.Cmiljanić, T.Smiljaković, G.Marinkov, Lj.Stojanović; Osnovi teorije elektroforeze i mogućnosti primene; Institut za stočarstvo, Beograd-Zemun, 2006.

[7] Stuart H.James, Jon J.Nordby; Forensic Science-An Introduction to Scientific and Investigative Techniques; Boca Ration,2006; pp (str 236)

Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006; pp (str 423)

PCR (Polymerase Chain Reaction)

1983 godine Kary Mullis je izumeo PCR metodu[8], i za ovo otkriće dobio Nobelovu nagradu iz oblasti hemije 1995 godine. Metoda se zasniva na umnožavanju sekvence DNK, koja može biti jedan gen ili deo gena, u veliki broj identičnih kopija.

DNK se zagreva do temperature na kojoj dolazi do rasplitanja heliksa (denaturacije), nakon čega se pri hladjenju na molekule vezuju prajmeri, kratki fragmenti DNK koji su dizajnirani tako da ograniče deo molekula koji želimo da amplifikujemo. Dejstvom enzima Taq polimeraze na povišenoj temperaturi dolazi do ugradnje slobodnih nukleotida u komplementarni lanac između prajmera i efikasno, stvaranja novog lanca DNK. Nakon obavljene reakcije ciklus se ponavlja. Nakon 25-30 ciklusa količina DNK je dovoljna za analize. Primena PCR omogućava analizu genetskog materijala iz samo jedne ćelije, pa čak i iz degradiranih uzoraka sakupljenih na mestu zločina.

Kombinovanje metode PCR-a i RFLP analize je bilo od velikog značaja u mnogim slučajevima.

People vs Buss, Illinois 1999g.[9]

15. Avgusta pronađeno je telo dečaka u plitkom grobu prekrivenom iverom. Forenzičari su utvrdii da se radi o Kristoferu Mejeru (Cristopher Meyer), i da je dečak preminuo samo dan ranije od višestrukih uboda nanetih hladnim oružijem.

Osumnjičeni je brzo uhvaćen. Pretresom njegovog automobila, u prtljažniku je pronađena proteza sa tragovima krvi, na podu prtljažnika je takođe bilo krvi, a u kontejneru pored hotela u kome je odseo su pronađene čizme kojih se otarasio,a na kojima je takođe bila krv. Tragovi krvi su takođe pronađeni i na mestu zločina.

DNK ekspert u ovom slučaju je bio Vilijam Frenk (William Frank), iz forenzičke državne policije Ilinoisa. RFLP i PCR metodom Frenk je testirao uzorke krvi iz prtljaznika, tragove krvi pronađene na grobu, potom iz dečakovog femura i dečakovog inhalatora. Kako je svaka od metoda

---

[8] Stuart H.James, Jon J.Nordby; Forensic Science-An Introduction to Scientific and Investigative Techniques; Boca Ration,2006; pp (str 231-237)

Terrence F.Kiely; Forensic Evidence: Science and the Criminal Law-second edition; Boca Ration,2005; pp (str 436-438)

[9] Terrence F.Kiely; Forensic Evidence: Science and the Criminal Law-second edition; Boca Ration,2005; pp (str 437-438).

specifična na svoj način, dobijena su dva DNK profila, po jedan u svakoj metodi.

PCR metodom Frenk je testirao uzorak krvi iz prtljažnika, sa groba i dečakovog inhalatora. Poređenjem DNK profila utvrđeno je da se poklapaju, na taj način je pokazano da je dečak bio u prtljažniku optuženog. Učestalost javljanja takvog profila je 1:19.000 Kavkazijanaca.[10]

Međutim, dobijeni uzorci nisu bili dovoljni za RFLP analizu, pa je Frenk koristio uzorke krvi dečakovih roditelja. Nakon analize, zaključio je da krv pronađena na grobu i u prtljažniku optuženog pripada detetu Mike i Džejmsa Mejera. Izračunao je da je verovatnoća da par Kavkazijanaca dobije dete sa identičnim DNK profilom iznosi 1: 38 miliona.

Uporednom analizom RFLP i PCR-DNK profila, Frenk je zaključio da je verovatnoća nalaženja Kavkazijanca sa identičnim profilima 1:419 miliona. Optuženi je osuđen na smrtnu kaznu.

STR (Short Tandem Repeat)

STR[11] se nasleđuju kombinacijom ovih genetskih elemenata oba roditelja. Krvni srodnici imaju sličan, ali ne i isti profil. Jedini slučaj kada je DNK profil STR dve jedinke identičan je u slučaju jednojajčanih blizanaca. Poređenjem dovoljnog broja STR lokusa i brojanjem ponovaka unutar specifične sekvence moguće je stvoriti jedinstveni genetski profil individue. Trenutno je poznato oko 10.000 STR sekvenci u humanom genomu.

U Americi se STR profiliranje vrši na **13 STR lokusa** koji predstavljaju standard za profilranjne a koji su propisani od strane FBI-a. Svaki dobijeni STR profil se čuva u sistemu nazvanom **CODIS** . CODIS (kombinovani DNK indeks sistem) je softver za poređenje DNK profila na lokalnom, državnom i nacionalnom nivou. Značajno je ubrzao razmenu podataka između forenzičkih laboratorija koje su geografski udaljene. 1993 godine je FBI započeo razvoj CODIS DNK baze podataka a 1998 je definisan standard od 13 STR lokusa za profiliranje i skladištenje u CODIS sistem. Prva DNK baza podataka osnovana je u Virdžiniji 1988 godine. Do

---

[10] Kavkazijanci-pripadnici bele ljudske rase

[11] Terrence F.Kiely; Forensic Evidence: Science and the Criminal Law-second edition; Boca Ration,2005; pp (str 438-440).

Stuart H.James, Jon J.Nordby; Forensic Science-An Introduction to Scientific and Investigative Techniques; Boca Ration,2006; pp (str 238-240).

2004 godine, na nivou čitave Amerike sakupljeno je oko 1,6 miliona DNK profila, prosečno oko 30.000-40.000 novih DNK profila svakog meseca.[12]

U Velikoj Britaniji je predložen projekat stvaranja baze DNK profila cele populacije-**NDNAD** (UK National DNA Database). Britanski sistem koristi 10 STR lokusa za profiliranje. Današnja britanska baza je najveća na svetu i sadrži preko 4,5 miliona uzoraka, kako osudjenika, tako i nevinih ljudi koji su bili sumnjičeni. Britanski pravni sistem dozvoljava zadržavanje uzoraka DNK ljudi koji su optuženi i oslobođeni krivice za određeno krivično delo. Problem leži u pravu države da skladišti uzorke DNK nevinih ljudi, zbog povrede prava na privatnost.

Najozbijniji problem predstavlja korišćenje uzoraka u druge svrhe sem identifikacije. DNK sadrži informacije o mogućim zdravstvenim problemima, fizičkim i mentalnim predispozicijama itd, što su podaci koji se vrlo lako mogu zloupotrebiti (recimo od strane poslodavaca ili osiguravajućih društava). Osim ovih problema postavlja se i pitanje greške. Ako je diskriminativnost metoda DNK profilisanja oko 1 u milijardu, uz primenu baze podataka od stotinu miliona ljudi ovakva tačnost više ne izgleda toliko velika, jer za navedenu hipotetičku bazu podataka podrazumeva grešku u otprilike 1% slučajeva.

Još jedan zanimljiv problem u primeni baza podataka je primećen u Sjedninjenim Državama. Naime, u nekoliko slučajeva je utvrdjeno delimično preklapanje DNK profila kriminalaca koji su na služenju kazne sa uzorcima sa mesta novih zločina. U ovom slučaju ne može biti reč o istom počiniocu, ali je statistički vrlo verovatno da je u pitanju član porodice osudjenika. Etički problem je u sledećem – ako se, počinivši zločin, osuđjenik odrekao prava na svoju privatnost (pri čemu je i njegov uzorak DNK deponovan u bazi), da li država ima pravo da zahteva uzorke DNK članovima njegove uže ili šire porodice i time ugrožava njihova prava. Ovo pitanje još nije rešeno i predmet je intenzivnih debata.

Mitohondrijalna DNK (mDNK)

Najveća količina DNK se nalazi u jedru i čini jedarnu (nuklearnu) DNK-nDNK. Izvesna količina DNK molekula se nalazi u mitohondrijama-mDNK. Između ova dva molekula DNK postoje izvesne razlike: mDNK je značajno kraća, sastoji se samo od kodirajućih regiona, ima značajno manji broj gena (svega 37), i ima mnogo veću stopu mutacije. mDNK se nasleđuje

[12] James E.Girard; Criminalistics-Forensic Science and Crime; Sudbury,2008; pp (str 376-380)

samo od majke-**uniparentalno.** [13]Zbog toga će svi potomci po majčinoj liniji imati identičan mDNK profil.

Osnovne prednosti upotrebe mDNK u forenzičkoj analizi su:

- U ćeliji postoji na hiljade mitohondrija iz kojih se može izolovati mDNK, dok je jedro samo jedno
- mDNK može biti izolovana iz degradiranih bioloških tragova, kao što je recimo dlaka bez korena (poznato je da se nDNK nalazi samo u jedru).
- Može biti korišćena u slučajevima kada su kao donori uzorka za poređenje dostupni samo rođaci (po majčinoj liniji)

Metoda forenzičke mDNK analize je na sudu prvi put upotrebljena Septembra 1996 godine u slučaju Paula Veira.

State of Tennessee vs Paul Ware[14]

Forenzički dokaz u obliku mDNK je prvi put sudiji i poroti predočen u slučaju protiv dvadesetsedmogodišnjeg Paula Veira. Bez ovog dokaza, postojali su samo indirektni dokazi koji su optuženog sumnjičili za silovanje i ubistvo četvorogodišnje devojčice. To je bilo svedočenje bejbisiterke koja je pronašla Paula pijanog, kako spava pored ubijene devojčice. Tokom autopsije, na telu žrtve nije pronađena sperma, ali je u grlu pronađeno nekoliko crvenih dlaka. Uzorci crvenih dlaka su pronađeni i na devojčicinom krevetu, gde se silovanje i odigralo. Na odeći osumnjičenog su pronađeni tragovi krvi koji su pripadali žrtvi.

Optuženom je uzet uzorak krvi i pljuvačke, i zajedno sa uzorcima dlaka kompletan biološki materijal je poslat na veštačenje u forenzičku laboratoriju. Izolovana je mDNK iz svakog uzorka i urađeni su mDNK profili. Poređenjem je ustanovljeno da mDNK profil dobijen iz krvi i pljuvačke optuženog odgovara mDNK profilu dobijenom iz dlaka. Ovo je bio ključni dokaz koji je presudio ubici.

---

[13] U trenutku fertilizacije jajeta i spermatozoida, dolazi do spajanja membrana i razmene materijala. Iz spermatozoida u jaje ulazi „samo" njegov genetički materijal dok mitohondrije bivaju razorene enzimom ubikvitinom, koji potiče iz jajeta. Tako da jaje obezbeđuje sve ostalo što je potrebno za razvoj zigota.

[14] Pogledati na "http://www.promega.com/~/media/Files/Resources/Profiles%20In%20DNA/103/Mitochondrial%20DNA%20State%20of%20Tennessee%20v%20Paul%20Ware.ashx"

Implementacija u pravosudni sistem

Od prvog trenutka kada su forenzički DNK dokazi dospeli u sudnicu javio se niz problema. Prvi je bio kako objasniti sudiji i poroti šta je DNK, zašto je ovaj molekul bitan u procesu identifikacije osoba i kolika je pouzdanost primenjenih analitičkih metoda. Sudijama, porotnicima, i advokatima je dostavljena velika količina naučnih radova iz genetike, molekularne biologije, biohemije... U početku je vođena debata da li treba sudije i porotnike iscrpljivati brojnim biološkim procesima, matematičkim formulama, hemijskim jednačinama...Zaključak je bio da je tako nešto neophodno, tako da su svi prionuli na posao. Međutim, to je dovelo do novih debata. Sada su na udaru bili eksperti, njihova reputacija i iskustvo, kao i naučna osnova i pouzdanost primenjenih analitičkih metoda.

Pravni akt kojim je potvrđena validnost forenzičkih DNK analiza u cilju identifikacije osoba je izveštaj Komiteta za primenu DNK metode u kriminalistici Američke akademije nauka (National Research Council Committee) iz 1992 godine (**NRC 1992**). U uvodnom članku stoji:

,,Preporučujemo da se upotreba DNK analiza u forenzičke svrhe, uključujući civilne i kriminalne slučajeve, nastavi dok se radi na izvesnim promenama i poboljšanjima ovog izveštaja. Nema potrebe za moratorijumom o upotrebi rezultata DNK profiliranja u cilju istrage, niti u sudskim procesima''.[15]

Izveštaj je sastavljen na osnovu rezultata brojnih naučnih istraživanja molekula DNK, analitičkih metoda, kao i statističkih metoda izračunavanja frekvence javljanja određenog DNK profila u populaciji, i verovatnoće podudaranja uzoraka. U izveštaju se jasno ističe da su primenjene analitičke metode pouzdane i da je njihova upotreba opravdana. Izveštaj sadrži i brojne stavke o pravilnom rukovanju i sakupljanju uzoraka, strogih protokola izvođenja metoda, prezentovanja tokom sudskih procesa… Neke od stavki su:

- Da se jasno definišu okolnosti pod kojima metode DNK profiliranja mogu biti primenjene kako bi rezultati bili validni i pouzdani.
- Formulisanje i strogo pridržavanje rigoroznih protokola.
- Osnivanje Nacionalnog Komiteta koji će oceniti nove naučne i tehnološke metod u DNK profiliranja.
- Mehanizmi akreditacije laboratorija.
- Finansiranje istraživanja, edukacije i razvoj novih metoda.

[15] National Research Council – The Evaluation of Forensic DNA Evidence

- Finansijska podrška za veštake

Mnogi protokoli su usvojeni ali kontroverze nisu prestale. Izveštaj je žestoko kritikovan (Balazs 1993; Develin, Risch, Roeder 1993; Kaye 1993; Morton, Collins, Bazals 1993: Collins i Morton 1994). Najviše kritika je bilo upućeno na račun populacione genetike, statističkih računica i rukovanja biološkim tragovima. Advokati odbrane su poroti često servirali sledeći koncept: data je mogućnost da određeni uzorak, to jest sekvenca ima šansu 1 prema 5 miliona da se nađe kod neke druge osobe. Branilac bi onda naveo primer da u zemlji od recimo 60 miliona ljudi, bi se našlo 12 osoba koja bi imale istu sekvencu. To bi dalje značilo da je od 12 osoba jedna kriva. Ovakva manipulacija dokaza je lažna jer se polazi od toga da se osoba od DNK interesa nasumice bira iz populacije od 60 miliona. Međutim, porotnici moraju da shvate da pored genetskog profila, osumnjičeni ima i neke druge fizičke veze sa žrtvom (otisak prstiju, oružje kojim je ubistvo urađeno, nepostojanje alibija, itd.). Lažna ideja ili igranje dokaza da upostavljanje veze od 1 prema 5 miliona automatski znači nevinost od 1 prema 5 miliona je poznata kao advokatska laž (prosecutor's fallacy).

Zato je NRC 1994 godine izdao drugi izveštaj (NRC II), u kojem su ispravljeni svi nedostaci i razjašnjene sve nedoumice iz NRC I, pogotovu one koje su se ticale populacione genetike i statističkih proračuna. Jasno je istaknuto, da se statističke analize sprovode po formulama koje su akreditovane od vodećih svetskih populacionih genetičara, matematičara i statističara, da su široko prihvaćene u naučnoj sferi i da je njihova upotreba u potpunosti validna i opravdana.

Značaj za pravosudni sistem

Koliki je značaj forenzičkih dokaza u pravosudnom sistemu svedoči podatak da se od sredine 90-ih godina prošlog veka nijedan sudski proces ne može zamisliti bez njih. Krucijalni su u procesu rekonstrukcije događaja i utvrđivanja činjenične istine.

Tokom suđenja nastoji se da se utvrdi tačan sled događaja koji je doveo do krivičnog dela. Država ima jednu verziju onoga što se desilo dok optuženi ima svoju (drugačiju) verziju. Sudski postupak je pokušaj da se ubedi porota u ispravnost jedne ili druge verzije događaja.

Tokom svakog sudskog postupka prezentuje se veliki broj dokaza kako bi porotnici došli do svoje verzije istine koja bi trebalo da se poklapa sa jedinom i pravom. Sve veći broj dokaza dolazi u obliku forenzičkih. Interakcija između forenzike i prava pokazala se kao novo, moćno oružije u potrazi za istinom i pravdom. Istina je osnova naše slobode. To je „*liberum iudicium",* govorio je Sv. Tomas koji je istinu video kao osnivača slobode.

Rečima u Jevanđelju „*veritas liberabit vos", istina oslobađa,* izražena je, osim religiozne misterije, i duboka filosofska i politička realnost-istina i sloboda su intimno povezane vrednosti, ne mogu postojati odvojeno jedna od druge[16].

Forenzički dokazi, posebno DNK-otisak, obezbeđuju sigurniji put do pronalaženja istine. Primenom metode DNK-otiska, ispostavilo se da su u mnogim slučajevima osumnjičene pogrešne osobe. Kada je metoda primenjena u ponovljenim suđenjima, u kojima su presude već donešene, rezultati su bili šokantni-osuđene su nevine osobe, što je u kontradiktornosti sa svakim moralnim i pravnim načelom. Od primene metode DNK-otiska oslobođeno je 163 osuđenih, nedužnih muškaraca i žena. 1992 godine, na osnovu DNK-dokaza je prvi put poništena smrtna presuda. Tokom narednih godina još 15 osoba je oslobođeno od smrtne presude, a u 42 slučajeva je poništena presuda za (ne)počinjeno ubistvo, pri čemu se više od polovine osuđenih suočavalo sa smrtnom kaznom[17].

Slučaj Kirka Bludsvorta (Kirk Nobel Bloodsworth)

25.Jula 1984 godine, malu poluseosku zajednicu Fontana Vilidž (Fontana Village), lociranu svega par kilometara od Baltimora, pogodila je strašna vest. Policija je u šumi pronašla telo devetogodišnje Daun Hamilton (Dawn Hamilton). Devojčica je brutalno silovana i ubijena. To je bio dan kada je život Kirka Bludsvorta počeo da se pretvara u noćnu moru. Kirk Bludsvort je bio pošten čovek i radnik, nikada nije imao problema sa zakonom. Odrastao je u poznatoj porodici splavara iz Istern Šora (Eastern Shore), koja je više od 150 godina držala industriju riba. Bludsvortu su vera, porodica i posao bili sve u životu. [18]

Par nedelja pre ubistva Vanda Bludsvort (Wanda Bloodsworth) je napustila Kirka i otišla da živi sa svojom sestrom u Iseksu (Essex). Rešen da spasi brak i povrati ženu, Kirk je 3. Jula autostopom otišao kod svoje snaje i ostao sa njom i svojom ženom nekoliko nedelja. Međutim stvari nisu išle na bolje, svađe i rasprave su bile svakodnevna pojava.

25. jula, ujutru, desetogodišnji Kris Šipli (Chris Shipley) i njegov osmogodišnji drug Džeki Poling (Jackie Poling) su bili na pecanju. Džeki je slučajno ulovio kornjaču i toliko je bio srećan da je ponudio slučajnom prolazniku da mu pokaže svoj ulov. Dečaci su, kasnije tog dana, čoveka

---

[16] Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006; pp (str 36)

[17] Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006; pp (str 37)

[18] Ciryl H.Wecht, John T.Rago; Forensic Science and Law; Boca Ration, 2006; pp (str 39-44)
Colin Evans; The Casebook of Forensic Detection; New York,1996; pp (str 63-65)

opisali kao visokog, mršavog, sa brkovima i plavom, kovrdžavom kosom, nosio je šorc i sportsku,bodi majicu. Čovek je pristao da pogleda kornjaču i krenuo sa dečacima. Ubrzo se pojavila devetogodišnja Daun Hamilton, koju je tetka poslala da pronađe rođaku Lisu. Prišla je dečacima i pitala da nisu možda videdli Lisu. Dečaci su odgovorili da nisu vidli Lisu i nastavili da pecaju. Istog trenutka čovek je ponudio Daun da joj pomogne da pronađe Lisu. Devojčica se zahvalila i njih dvoje su krenuli ka šumi. Žena koja je bila udaljena svega par metara je čula kako je muškarac govori devojčici da se Lisa skriva u šumi jer su se njih dvoje igrali žmurke,i potom je čula kako Daun doziva Lisu. To je bio poslednji put da je bilo ko čuo Daunin glas.

Pet sati kasnije policija je pronašla devojčicino telo. Bilo je polugolo, licem okrenuto ka zemlji, lobanja je bila smrskana, otisak u obliku riblje kosti je bio po sredini vrata što je istražitelje navelo da zaključe da je ubica nosio patike za tenis. Fizički dokazi borbe i opiranja žrtve su bili evidentni. Pantalone i donji veš su visili na grani obližnjeg drveta, žrtva je bila napastvovana i štapom koji je pronađen u telu. Na mestu zločina su još pronađena i dva porozna kamena u blizini tela, omča muškog kaiša, omot žvakaće gume i otisak stopala.

Stanovništvo je bilo u šoku. Sve lokalne radio i tv-stanice su izveštavale o stravičnom događaju. Na osnovu iskaza dečaka policija je napravila skicu osumnjičenog, koja je objavljenja u svim novinama. Otvorene su specijalne telefonske linije za dojave, i do 3. Avgusta bilo je 286 poziva. Jedan poziv je bio posebno zanimljiv. Bio je to poziv anonimne ženske osobe koja je rekla da skica veoma liči na nekog ko se zove Kirk i koji radi u jednoj lokalnoj prodavnici nameštaja. Policija nije gubila vreme. Odgovarajući na pitanja detektiva, vlasnica radnje je bila poprilično iznenađena. Rekla je da nikada nije imala boljeg radnika od Kirka Bludsvorta. Analizom snimaka koje su zabeležile kamere u radnji zaključeno je da je

Kirk veče pre ubistva radio 12-to časovnu smenu i da je po rasporedu 25. Jula imao slobodan dan. Vlasnica je takođe rekla da je početkom Avgusta Kirk došao na posao i rekao da je bolestan i da se nikada više nije vratio. 8.Avgusta je policija privela Kirka na saslušanje. Pre samog saslušanja detektivi su konsultovali biheviorističku jedinicu FBI-a. Savetovano im je da se prostorija u kojoj će Kirk biti ispitivan isprazni, i da se na stolu pred osumnjičenim stavi nekoliko predmeta koji liče na ključne dokaze sa mesta zločina. Cilj je bio da se isprovocira Kirkova reakcija. Pred Bludsvortom su stavljene pantalone i donji veš, i kamen koji je imao na sebi crvene mrlje. Međutim, Kirk nije pokazao nikakvu posebnu reakciju. Rekao je da nije siguran šta je tačno radio 25. Jula, ali je čvrsto negirao svaku povezanost sa ubistvom i naglasio je da nikada nije bio u Fontana Vilidžu. Pre nego što je pušten iz stanice, Kirk je fotografisan. Sledećeg dana, u

pratnji roditelja, dčaci su dovedeni u stanicu i pokazana im je Kirkova slika. Džeki nije prepoznao Kirka, dok je Kris rekao da bi to mogao da bude čovek koji je otišao sa žrtvom u šumu, ali da mu je kosa isuviše crvena. Policiji je to bilo dovoljno, tako da je 9. Avgusta 1984 godine Kirk Bludsvort uhapšen i optužen za silovanje i ubistvo Daun Hamilton.

Dok je odvođen iz stanice, Kirk je dobio savet od jednog policajca da sakrije lice od novinara i kamera. Govoreći da ne želi da se krije jer ništa loše nije uradio, Kirk je samouvereno išetao iz stanice. Tek kasnije je shvatio koliko veliku grešku je načinio. Naime, policija je obavestila svedoke da je osumnjičeni uhapšen, ali da ne gledaju emisije na tv-u sve dok ne budu bili pozvani u policiju. Niko od svedoka nije poslušao uputstva iz policije.

13. avgusta Džeki i Kris su u pratnji roditelja dovedeni u stanicu na prepoznavanje. U sobi za prepoznavanje je bilo šest osoba na liniji, Kirk je bio broj 6. Džeki je prepoznao broj 3, dok je Kris bio veoma nervozan i nije ništa izgovorio. Na suđenju je detektiv Kejpl (Capel) svedočio da je, kada se oslobodio straha i nervoze, dečak rekao da jw sve vreme znao da je ubica broj 6 ali da se plašio da progovori jer bi mogao da mu prepozna glas. Mesec dana kasnije majka je dovela Džekija u stanicu i rekla da je dečak bio veoma uplašen na prepoznavanju, ali da je kod kuće rekao da je ubica broj 6. Na suđenju Džeki nije prepoznao Kirka Bludsvorta, Kris jeste, kao i žena koja je poslednja videla devojčicu živu. Još pet svedoka je na suđenju potvrdilo da su videli Kirka Bludsvorta kako 25. Jula odvodi devojčicu u šumu.

Forenzički testovi koji su urađeni na biološkim tragovima pronađenim na žrtvinom donjem vešu nisi bili dovoljno osetljivi i pouzdani za identifikaciju. Bez ikakvih dokaza koji bi ga fizički povezali sa mestom zločina, i nasuprot brojnih svedoka koji su potvrdili Kirkov alibi, porota je nakon dvočasovnog većanja proglasila Kirka Bludsvorta krivim za ubistvo Daun Hamilton. 8.Marta 1985 godine Baltimorski Okružni sudija J.William Hankel je izrekao smrtnu kaznu. Kirk je dobio i ponovljeno suđenje jer je pokazano na izvesne propuste u policijskoj istrazi. Postojalo je još nekoliko osumnjičenih čija umešanost u ubistvo nije bila dovoljno ispitana. Međutim, jedino što je dobio na ovom suđenju bilo je preimenovanje smrtne kazne u kaznu doživotne robije.

Za vreme izdržavanje kazne bilo je brojnih pokušaja silovanja i prebijanja. Nije imao ništa drugo sem vremena i mudro ga je koristio. Napisao je oko 3 000 pisama i poslao ih velikom broju ljudi u nadi da će ga neko saslušati. Bio je strastveni čitalac, i jednog dana je primio knjigu „Blooding" Džozepa Vamboga. Čitajući knjigu pronašao je dosta sličnosti sa svojim slučajem. Naoružan novim informacijama, i pre svega novim advokatom Robertom Morinom (Robert E. Morin), 1992 godine dobio je sudsku dozvolu da se ponovo uradi veštačenje bioloških tragova pronađenih na odeći i donjem vešu žrtve. Aprila 1992 godine, pantalone, donji veš i

uzorak krvi Kirka Bludsvorta je poslat na veštačenje dr.Edvardu Blejku (Edward Blake) koji je bio član Udruženja forenzičara. Primenjena analitička DNK metoda je bila RFLP analiza. Analizom DNK-profila dobijenog iz krvi osuđenog i DNK-profila iz semene tečnosti pronađene na žrtvi, zaključeno je da podudaranje ne postoji. Kada je analizirana DNK iz ostalih dokaza podudaranja takođe nije bilo. Pošto je uradio još jedno kontrolno testiranje, i dobio identične rezultate, dr.Edvard Blejk je zaključio da semena tečnost pronađena na donjem vešu žrtve ne pripada Kirku Bludsvortu. Nakon što je FBI usvojio izveštaj dr.Edvarda Blejka, državni tužilac Baltimorskog okruga Sandra O'Connor je povukla optužbe protiv Kirka Bludsvorta. Javno izvinjenje nije ponudila, i još je izjavila:

„Ne postoji dovoljno dokaza za njegovu osudu. Da je u periodu od 1984-1987 postojala DNK analiza nikada ne bi bio osuđen."[19]

28. Juna 1993 godine Okružni sud u Baltimoru je oslobodio Kirka Bludsvorta svih optužbi i pušten je na slobodu. 22. Decembra 1993 godine primio je javno izvinjenje od guvernera Merilenda. Ne prođe ni dan a da se Kirk ne zapita kako su dve različite porote mogle da osude nevinog čoveka. Borio se, ali ne i izborio sa bolom, gledajući oca kako stari i troši životnu ušteđevinu na advokate i sudske troškove. Još gore, nije imao priliku da kao slobodan čovek razgovara sa svojom majkom koja je umrla tri meseca pre njegovog oslobađanja.

Slučaj Kirka Bludsvorta je samo jedan od mnogih slučajeva u kojima je pogrešna sudska presuda bitno promenila tok života ljudi. Osnovni razlog pogrešnih sudskih presuda je svakako bio nedostatak adekvatnih i pouzdanih (forenzičkih) dokaza koji bi optuženog nedvosmisleno, fizički povezali sa mestom zločina ili samom žrtvom. Danas su informacije o DNK molekulu i metodama forenzičke DNK analize su dostupne širokoj javnosti, na žalost i pripadnicima kriminogene sredine, tako da sve češće dolazi do podmetanja DNK tragova.

Lažni DNK dokazi

Vrednost DNK dokaza je uzdrmana kad su uzeti za primer slučajevi kriminalaca koji bi doturili na mesto zločina lažan genetski materijal. U jednom od gorih slučajeva krivci su stavljali tuđi genetski materijal čak i u svoje telo. Doktor Šniberger iz Kanade je silovao jednu od svojih pacijentkinja 1992 godine koja je prethodno bila pod jakim sedativima te se nije ničega sećala, ali je u njenom donjem vešu nađena njegova sperma. Doktor je dobrovoljno testiran tri različita puta i nikad nije uspostavljena

[19] Colin Evans; The Casebook of Forensic Detection; New York,1996; pp (str 64)

veza između DNK sekvenci njegove sperme pronađene u donjem vešu i DNK sekvence dobijene analizom uzorka krvi koji je od njega uzet. Na kraju se ispostavilo da je u svojoj ruci, hirurškim putem ugradio gumeni jastučić napunjen tuđom krvlju i antikoagulantima. U mnogim sudskim postupcima DNK-otisak jeste dovoljan dokaz, međutim u situacijama, kao što je opisana, ipak treba sagledati mnogo širu sliku. Treba utvrditi motiv, uraditi psihološki profil, proveriti alibi, saslušati svedoke, potražiti otiske (stopala, prstiju), tragove borbe i opiranja (eventualne povrede i ogrebotine na telu osumnjičenog). Sve su to fragmenti jednog kompleksnog mozaika, koji može biti sastavljen samo efikasnom kooperacijom forenzičara, istražitelja i sudstva.

Marko Andrejević,
Final year student of the Faculty of Biology, Belgrade

SIGNIFICANCE OF FORENSIC DNA ANALYSIS IN THE CRIMIAL JUSTICE SYSTEM

Revolutionary discoveries in genetics and molecular biology were made in the second half of the 20-th century. During that period, secondary structure of dna was described, it's role in inheritance was explaned and the correlation with many diseases was made. Genes were identified as DNA sequences that are carriers of hereditary traits. Those sequences encode directly for a specific protein that has some of the important functions in our body, and is important for normal growth and development. It was also shown that there are regions of DNA which have no-coding function, and which have great variability that varies between individuals. DNA fingerprint is generated by identifying those sequences with certain scientific methods. Process of introducing and accepting the theory of DNA fingerprintig in the criminal justice system was followed by a number of controversis. This text will lead to some important features of DNA molecul that are important in forensic analysis. It will also point out to some methodes of DNA sequence identification and development of DNA fingerprint. Several famouse court cases will be mentioned to emphasize the immense importance of this method for the justice system.

Key words: *forensic, DNA, law, trial,electrophoresis, RFLP, PCR*

Dr Jovan Ćirić,
Institut za uporedno pravo,
Beograd

UDK: 343.57 (469)
Pregledni naučni rad

BORBA PROTIV DROGE PUTEM DEKRIMINALIZACIJE – SLUČAJ PORTUGALIJE

Portugalija je devedesetih godina imala velikih problema sa drogom. Broj zavisnika bio je vrlo visok, kao i broj smrtnih slučajeva,uzrokovanih prekomernim uzimanjem droge. Ista je situacija bila i kada je reč o broju zaraženih HIV-om. Imajući sve to u vidu portugalska vlada je odlučila da izgradi novu strategiju borbe protiv droge i novi zakon o drogi. Zakon je stupio na snagu 2001. godine. Taj novi zakon je baziran na nekoj vrsti dekriminalizacije i depenalizacije. Najvažnija novina sastojala se u tom smislu da osoba kod koje je pronađena količina od deset dnevnih doza droga, bez obzira o kojoj drogi se radi, nije bila tretirana kao delinkvent. Ta droga je bila tretirana kao droga za njenu ličnu upotrebu i ona nije bila krivično optuživana i osuđivana klasičnim krivičnim sankcijama, već je bila izvođena, odnosno, izvodi se (i danas) pred specijalni panel (tribunal) sastavljen od tri stručnjaka: socijalnog radnika, pravnika, lekara (uglavnom psihijatra). Ta komisija – panel – tribunal, odlučuje o tome kakvu meru će izreći dotičnoj osobi, a najčešće to je medicinsko lečenje, uz eventualni dodatak i drugih mera, kao što je društveno korisni rad, itd. Ljudi više nisu bili uplašeni da će biti poslati u zatvor, odnosno da će biti stigmatizovani kao kriminalci, te su bili spremniji da potraže pomoć i da preduzmu lečenje. U tom smislu mnogi podaci koji su nedavno prikupljani, pokazali su da su se neke statistike promenile. Opao je broj zavisnika u Portugaliji, kao i broj smrti usled predoziranja, odnosno broj zaraženih HIV-om, AIDS-om, a i sto je i kada se radi o opštim statistikama kriminala učinjenog u vezi i povodom droge. Generalno uzev, portugalska nova strategija i zakon postigli su vrlo dobre rezultate na planu birbe protiv droge, iako ima onih pojedinaca i institucija koji tvrde suprotno. Takva je i organizacija WFAD – Svetska Federacija za borbu protiv droga – oni prezentuju podatke koji govore nešto sasvim drugo. Ipak, većina drugih institucija, kao što su Fond za otvoreno društvo, CATO institut, a i mnogi pojedinačni naučnici, koji objavljuju naučne članke u uglednim časiopisima, prezentuju drugačije statističke podatke. Borba protiv droga, uvek je bila u dobroj meri ideološko pitanje Liberali su tvrdili jedno, a konzetvativci nešto sasvim drugo. Međutim, veoma je važno da i naša javnost bude upoznata sa ovim „portugalskim slučajem". On za nas može biti od izuzetne koristi u izgradnji naše domaće strategije borbe protiv droga.

***Ključne reči**: droga; Portugalija; medicinski tretman; dekriminalizacija; lična upotreba; statistički podaci.*

Godine 1971. tadašnji francuski predsednik Žorž Pompidu pokrenuo je inicijativu za formiranje jedne posebne grupe koja je imala za cilj da sprovodi operativno-analitičko istraživanje fenomena droge, tačnije zloupotreba droga, trgovine drogom i uopšte fenomena narkomanije. Grupu „Pompidu“ sačinjavali su predstavnici 7 evropskih zemalja: Francuska, Holandija, Belgija, Luksemburg, Italija, Nemačka i Velika Britanija. Vlade tih zemalja i eksperti iz tih zemalja su u stvari želeli da rade na razmeni iskustava i saznanja u borbi protiv zloupotreba droga, iskustava i saznanja koja su obuhvatala i medicinske i socijalne i pravne i razne druge aspekte. Delatnosti i aktivnosti ove grupe, doveli su, između ostalog, i do toga da je posebnom Regulativom Evropskog Saveta iz 1993 (Council Regulation No 302/93[1]) od 8. febtuara 1993, osnovana i počela sa radom posebna organizacija EMCDDA (European Monitoring Center for Drugs and Drug Adiction), organizacija sa sedištem u Lisabonu.[2] Na eventualno pitanje zbog čega je sedište ove evropske organizacije smešteno baš u Lisabonu, odgovor se može naći i u činjenici da je Portugalija tih devedesetih godina bila zemlja sa vrlo visokim stopama narkomanije i svih drugih negativnih pratećih pojava, kao što je broj obolelih od AIDS-a, broj umrlih od predoziranja, broj kriminalnih akata učinjenih povodom želje da se dođe do droge, i sl..[3] No, danas je, kada je reč o Portugaliji, situacija izgleda ipak drugačija.[4] To je svakako vrlo zanimljivo, odnosno veoma je korisno uzimati u obzir, tj. analizirati one zemlje koje su postigle uspeh u borbi protiv kriminaliteta ili nekih drugih socijalno neprihvatljivih pojava.[5] O tome je reč u ovom članku, preciznije rečeno o tome kako su u Portugaliji uspeli da probleme u vezi sa drogom, odnosno narkomanijom, u poslednjih nekoliko godina dovedu u koliko-toliko podnošljive okvire.

Kao neposredan šlagvort za čitavu raspravu koja ovde dalje sledi, poslužila su nam i dva novinska članka koja su se u našoj štampi pojavila u rasponu od svega dva dana. Najpre je u dnevnom listu „Press“ od 08. marta 2012. osvanuo članak pod naslovom „Narkomanima umesto zatvora uput za bolnicu“, gde se, između ostalog, kaže i sledeće: „Osobe kod kojih policija pronađe drogu za ličnu upotrebu, do količine od jednog grama, ubuduće neće biti krivično gonjene nego će ih tužilaštvo upućivati na obavezno lečenje u

---

[1] U pitanju je jedna od agencija EU a ne Saveta Evrope, radi preciziranja. Primedba J.Ć.

[2] O svemu tome u članku Jovana Ćirića; - Borba protiv droge u Evropskoj uniji; - u zborniku radova „50 godina Evropske unije“, priredio Jovan Ćirić; izdanje Instituta za uporedno pravo i Kancelarije za pridruživanje EU; - Beograd, 2007, str. 421-422

[3] "http://stats06emcdda.europa.eu/en/elements/inftab.html"

[4] Kažemo „izgleda“, jer, kako ćemo u daljem tekstu još pokazati, različiti ljudi/organizacije, povodom iste zemlje, Portugalije, operišu bitno različitim podacima.

[5] Đorđe Ignjatović; - Države sa niskom stopom kriminaliteta - primer Malte; -„ Strani pravni život“ 3/2009

Specijalnu bolnicu za bolesti zavisnosti.“[6] Samo dan kasnije, 09. marta 2012. u „Politici“ se pojavio članak pod naslovom „Šverc droge američkim avionima“.[7] Dotični članak u stvari sugeriše da je čitava priča o borbi protiv droge u međunarodnim okvirima u velikoj meri opterećena različitim oblicima licemerja. Sa jedne strane i najmoćnije države sveta i njihove vojno-policijske strukture uzimaju vrlo aktivnog učešća u organizovanju šverca droge i od toga svi imaju značajne ekonomske i geo-politočke koristi,[8] a sa druge strane, na ulicama gradova u tim zemljama organizuju se hajke i racije ili na sitne dilere droge, ili na krajnje potrošače, a što je sve i nepravedno i licemerno u isti mah. U tom kontekstu ovde treba pomenuti i jednu domaću zanimljivost kada je reč o drogi. Dramska spisateljica Biljana Srbljanović (41) nagodila se sa tužilaštvom i protiv nje će biti obustavljen krivični postupak zbog posedovanja kokaina, ekskluzivno saznaje list „Alo!“! Nagodba je pala pre nekoliko dana, kaže se u tom članku, i Srbljanovićeva će ubuduće biti svedok na suđenju Beograđaninu Milošu Stanojčiću (27) zvanom Šone, koji se tereti da joj je u nekoliko navrata prodavao drogu.[9] Na ovakvom primeru se nedvosmisleno pokazuje koliko licemerja ima u čitavoj priči o borbi protiv narkomanije. Neko ko je poznata ličnost, a uz to i ličnost sa odgovarajući političkim „background-om“ izvući će se od krivičnog progona, ali ne i običan, sitni, ulični diler droge. To je u stvari slika i prilika čitave priče o borbi protiv droge.

Međutim, neposredan povod za ovaj članak, ipak je jedan drugi članak koji se pre izvesnog vremena pojavio u časopisu „British Journal of Criminology“, a koji analizira rezultate portugalske strategije i politike borbe protiv droge i narkomanije, strategije, politike i novih zakonskih rešenja koja su u Portugaliji počela da se primenjuju od 2001. godine i koja su dala vrlo pozitivne rezultate.[10]

Priča o toj portugalskoj specifičnoj strategiji u borbi protiv droge, podsetila nas je na razmišljanja o toj temi, koja je potpisnik ovih redova

---

6 "http://www.pressonline.rs/sr/vesti/vesti_dana/story/207756/Narkomanima+umesto+zatvora+uput+za+bolnicu.html"

7 „Politika“ od 09. marta strana 03.

8 Kada ovo govorimo, mislimo i na organizovani šverc narkotika, od strane CIA, koji se odigravao za vreme rata u Vijetnamu, ali mislimo i na tzv. Opijumske ratove u Kini u XIX veku. Uostalom bez manje ili veće, otvorenije ili prikrivenije pomoći države, ne bi ni bilo šverca droge, niti bilo koje druge vrste organizovanog kriminala.. (Jovan Ćirić; - Država i organizovani kriminal; - „Sociološki pregled“ 3/2005 str. 265-289

9 "http://www.alo.rs/vesti/47539/Biljana_se_izvukla_za_kokain"

10 Catilin Elizabeth Hughes; Alex Stevens; - „What Can We Learn From The Portuguese Decrininalization of Illicit Drugs?“ – „British Journal of Criminology“, July 2010, 6/2010

iznosio još pre više od jedne decenije,[11] pozivajući se pri tome i na razmišljanja i stavove i nekih drugih autora, koji su takođe smatrali, a verujemo da i danas smatraju da je jedan vid legalizacije droga u stvari dobar način za prevenciju.[12] Pri tome, suština portugalske strategije borbe protiv droge, sastoji se u nekoj vrsti dekriminalizacije, ali ne i same legalizacije – potpune liberalizacije.

No, pre svega, ovde treba pomenuti i Miltona Fridmana, američkog ekonomistu, dobitnika Nobelove nagrade i njegove stavove i ideje o dekriminalizaciji / legalizaciji droge. Njegovo zalaganje za legalizaciju droge, datira još od 1972. kada je u „Newsweek-u“ on objavio svoj prvi članak na tu temu,[13] u kojem je rekao, između ostalog i sledeće: „Nije sporno da je droga zlo i da drogu treba zabraniti kada je reč o maloletnicima, ali, za odrasle, stvar se već može i mora razmatrati na jedan drugačiji način.

Kao argumenti u prilog tom drugačijem gledanju na probleme (de)kriminalizacije droge, često se ističe i sledeće: droga nije ništa opasnija od alkohola ili duvana; ograničavajući upotrebu droge, mi zalazimo u domen ličnih sloboda i prava; legalizacija bi značila niže cene, što bi smanjilo zainteresovanost organizovanog kriminala za narko-biznis; smanjio bi se ulični kriminal u vezi sa dilovanjem droge; legalizacija bi mogla značiti da bi država mogla da dođe do novih poreskih izvora, kao što je to slučaj i sa alkoholom i duvanom; policija i sudovi bi bili oslobođeni i u mogućnosti da se bave drugim vrstama kriminala; dileri droge, teroristi izgubili bi najveći deo svog biznisa i prihoda; bolje bi se mogla kontrolisati zdravstvena ispravnost droge, jer danas, ilegalni dileri je mešaju sa mnogim štetnim sastojcima. Prodavci droge, često uvlače mlade konzumente u začarani krug nasilja i kriminala, koji ovi preduzimaju da bi došli do droge. Da bi im dali drogu, dileri od korisnika često zahtevaju i očekuju da ovi učine neko krivično delo. U svim tim razmatranjima o eventualnoj, mogućoj legalizaciji droge, uvek se ističu i poražavajući rezultati koje je prohibicija alkohola imala u SAD dvadesetih godina, kada se broj konzumenata alkohola nije

---

[11] Jovan Ćirić; - Legalizacija droge kao vid prevencije kriminaliteta; u zborniku radova „Prevencija kriminaliteta“, izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja i Defektološkog fakulteta, Beograd, 1998, str. 275-287

[12] Naum Šurbanovski; - Anti-prohibicijom droga protiv narko-kartela; - „Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo“ br. 1/1998. str. 84

[13] Milton Friedman; - Prohibition and Drugs; - „Newsweek“ 01.May 1972. dostupno na internet adresi: "http://www.druglibrary.org/special/friedman/prohibition_anddrugs.htm"

smanjio, ali je to vrlo podsticajno delovalo na uspešno etabliranje prvih formi onoga što danas nazivamo „organizovani kriminalitet“.[14]

Postoje naravno i neki drugi argumenti koji bi se mogli upotrebiti za legalizaciju droga. Može se govoriti o faktoru „zabranjenog voća“. Naime, sve dok je zabranjena i sve dok se kažnjava za samo posedovanje i konzumiranje, to na neki način provocira mlade ljude i njihovu večitu potrebu za buntom. Kada bi se i u pravnom i u svakom drugom smislu droga tretirala kao bolest, bolest kojoj je potreban pre svega medicinski tretman, stvar bi možda bila na drugačiji način sagledavana od strane mladih ljudi, potencijalnih konzumenata. Više ne bi bilo „in“ biti korisnik, biti zavisnik od droge, a već sama ta činjenica imala bi svoj odgovarajući kriminalno-preventicni značaj.[15]

U svakom slučaju, jedno je jasno: problemi droge i zloupotreba droga danas su veoma izraženi u čitavom svetu, te postoje različita razmišljanja stručnjaka iz oblasti prava, medicine, ekonomije, filozofije, politologije, itd, koji pokušavaju da pronađu neki odgovarajući recept, odgovarajuću strategiju za smanjenje narkomanije i svih njenih negativnih posledica.

U priči o portugalskom uspehu u borbi protiv droge i narkomanije, svakako je dobro imati u vidu i ono što je u svoje vreme izjavio Nuno Capaz portugalski sociolog iz Instituta za drogu i bolesti zavisnosti, inače jedan od kreatora specifične portugalske strategije u borbi protiv droge: On je izjavio sledeće: „Pokušaj da se napravi društvo koje će biti potpuno ’oslobođeno’ droge i narkomanije je iluzija, isto kao što je iluzija i izgraditi društvo u kojem nijedan vozač nikada neće kršiti saobraćajne propisi i prekoračivati dozvoljenu brzinu.“[16]

Usvakom slučaju portugalske vlasti su započele sa analizom postojećeg stanja 1998. godine i sve je na kraju rezultiralo novim zakonskim rešenjima, koja su u Portugaliji stupila na snagu 2001. godine. Suština nije bila u stvarnoj i potpunoj legalizaciji, već u tome da oni građani kod kojih se pronađe do 10 dnevnih doza više ne bi bili izvođeni pred klasičan sud i tamo krivično osuđivani. Portugalski zakonodavac je smatrao da je količina do 10 dnevnih doza, količina za ličnu upotrebu i da za to ne treba primenjivati klasične krivičnopravne mere, jer se ne radi o kriminalcima, već se radi o

---

[14] O argumentima za i protiv legalizacije u članku Joe Messerli-ja, - „Should Marijuana be Legalized under any Circumstances?“, objavljenom na internet adresi: "http://www.balancedpolitics.org/marijuana_legalization.htm"- a

[15] Jovan Ćirić; - Legalizacija droge kao vid prevencije kriminaliteta; u zborniku radova „Prevencija kriminaliteta“, izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja i Defektološkog fakulteta, Beograd, 1998, str. 275-287

[16] "http://www.justicepolicy.org/news/2177"

bolesnim osobama koje zaslužuju medicinski, a ne krivičnopravni tretman. Smatra se naime da se relativni neuspeh u borbi protiv droge, nalazi i u tome što krajnji korisnici, kupci, zavisnici nisu spremni da sarađuju sa policijom iz straha da će i oni sami biti izvedeni pred klasični krivični sud. Zbog toga je koncepcija portugalskog zakona iz 2001. godina, krenula u tom pravcu da oni kod kojih se pronađe do 10 dnevnih doza, ne bivaju krivično suđeni, već bivaju izvedeni pred posebni administrativni tribunal (neku vrstu suda za prekršaje) gde im biva izrečena posebna nekrivična mera. Taj sud - tribunal je sastavljen od tri osobe – jednog pravnika, jednog socijalnog radnika i jednog medicinara (najčešće neuro-psihijatra). Razmatrajući jedan konkretan slučaj u svoj svojoj celosti, taj tribunal, ili kako se još naziva „panel“ donosi odgovarajuću odluku, koja se najčešće sastoji u upućivanju u ustanovu za lečenje zavisnosti, uz propisivanje mera dobrovoljnog rada u javnom interesu. U kombinaciji te dve mere, uz eventualan dodatak administrativnih novčanih kazni, dotični (administrativni) tribunal pronalazi najefikasnija moguća rešenja koja se prvenstveno nalaze na tragu lečenja, a ne kažnjavanja.[17]

Postoji izvestan nesporazum u razumavanju portuglske koncepcije, objašnjava Brendan Hughes iz već pominjane organizacije EMCDDA. Svako kome bude pronađena droga, biće zaustavljen od strane policije i droga će mu biti konfiskovana, jedino što on lično, ukoliko se radi o količini do 10 dnevnih doza neće biti izveden pred redovni krivični sud, već pred ovaj pominjani tribunal – tročlanu komisiju. [18]

Tako je Portugalija započela sa suštinski novim, drugačijim tretmanom problema narkomanije i zloupotrebe droga. Potez portugalskih vlasti, mogao se okarakterisati kao vrlo hrabar, jer su se, između ostalog, mnogi zabrinuli da će doći do bujanja narkomanije, odnosno do seobe narkomana iz ostalih susednih zemalja u Portugaliju. To se međutim nije dogodilo, već se, generalno uzev desilo sve sasvim suprotno, te se na desetogodišnjicu tog portugalskog zakona, počelo govoriti o izuzetno pozitivnim rezultatima i efektima u borbi protiv droge u Portugaliji.

Ovo nova portugalska politika ohrabrila je zavisnike da se sami prijave, jer je nesatalo straha od policije, hapšenja, klasičnig suđenja, upućivanja u zatvor i stigmatizacije s tim u vezi. Podaci u tom smislu govore da je 1999. godine 6.000 osoba u Portugaliji prolazilo kroz tretmane lečenja

---

[17] O svemu tome u publikaciji Artura Domoslowskog; - Drug Policy in Portugal – The Benefits of Decriminalizing Drg Use; - Open Society Foundation; - dostupno na internet adresi "http://www.soros.org/initatives/drugpolicy/articles_publications/publications/drug-policy-in-portugal-20110829/drug-policy-in-portugal-20110829.pdf"

[18] Portugal’s drug policy - Treating, not punishing, dostupno na "http://www.economist.com/node/14309861"

od droge, a da je taj broj u 2008. narasato na 24.000, što se smatra uspehom čitave nove portugalske strategije u borbi protiv droge, jer se znatno veći broj ljudi ohrabrio da zatraži medicinsku pomoć, a ne da se skriva od organa gonjenja.[19]

Predsednik Instituta za drogu i zavisnike od droge, Žoao Goulao, smatra da su novi zakon i strategija u Portugaliji pokazali rezultate, te da je u odnosu na rane devedesete, broj zavisnika u 2009. prepolovljen, a da su i sve druge statistike u vezi sa zloupotrebama droge u odnosu na prvog suseda Španiju, znatno niže.[20]

Kada je počela primena novog zakona, Portugalija je 2001. godine imala najveću stopu zaraženih od HIV-a među konzumentima droge koji se koriste iglom - neverojatnih 2000 novih slučajeva godišnje u zemlji s tek deset miliona stanovnika. Nakon dekriminalizacije Portugalija ima najmanju stopu korisnika marihuane starijih od 15 godina u EU - oko 10%. Poređenja radi, 40% Amerikanaca starijih od 12 godina redovno puši marihuanu. Korišćenje svih vrsta droga je opalo, a broj zaraženih od HIV-a među narkomanima je pao za čak 17%. Broj smrtnih slučajeva uzrokovanih drogom se prepolovio.[21]

Priča o Portugaliji i njenom uspehu u borbi protiv droge, nije međutim nešto o čemu pričaju (samo) senzacionalistički tabloidi, u pitanju su i ozbiljne naučne studije, kakva je jedna urađena i za potrebe CATO instituta iz Vašingtona, koji se bavi ozbiljnim proučavanjima iz različitih oblasti ekonomske, socijalne i svake druge vrste politike. U jednoj od takvih studija, govori se o drastičnom padu broja zavisnika, o padu broja zaraženih HIV-om, o smanjenju stope kriminaliteta izvršenog zbog droge, kao i o znatno manjem broju osoba koje su umrle zbog prekomerne upotrebe droge, odnosno upotrebe nekvalitetne droge.[22]

Pitanje za ili protiv dekriminalizacije droge, u Portugaliji je, kao i u svim drugim zemljama, dovodilo je do podele na liberalne i konzervativne političare, koji su po ovom pitanju bili značajno podeljeni i suprotstavljeni. Tako je Paulo Portas, lider Narodne Partije u Portugaliji, kada je eksperiment

---

[19] ibidem

[20] U tekstu pod naslovom „Portugal drug law shows results ten years on, experts say- AFP – 01. July 2011, dostupno na internet adresi http://www.google.com/hostednews/afp/article/aleqm5g96cx99EnFUdFuXw_b8puDRzlqcA

[21] "http://www.clanak.index.hr/vijesti/clanak/dekriminalizacija-svih-droga-u-portugalu-pokazala-fantastichne-rezultate/561420.aspx"

[22] U pitanju je publikacija, analiza izvesnog Glenn-a Greenwald-a za potrebe CATO instituta; - Drug Decriminalization in Portugal – Lessons for Creating Fair and Successfull Drug Policies; - dostupno na internet adresi "http://www.cato.org/pubs/wtpaper/greenwald_whitepapers.pdf".

započinjao, govorio kako će Algarve i druge turističke destinacije u Portugaliji, biti preplavljene studentima željnih da dođu do marihuane. To se međutim nije dogodilo.[23] Ali, ostala je podela na liberale koji zagovaraju drugačiji, liberalniji pristup naročito problemu posedovanja droge za sopstvene potrebe i konzervativaca, koji smatraju da se i ovo, kao i mnoga druga slična pitanja mogu i moraju rešavati samo krivičnim sankcijama.

Različito se svemu ovome pristupa u različitim zemljama sveta, pa tako na primer, u Australiji se smatra da posedovanje do 25 grama marihuane nije krivično delo, ali se tretira kao prekršaj za koji se može izreći novčana kazna do 100 australijskih dolara. U Belgiji posedovanje do 3 grama nije kažnjivo, ali je zato krivičnim inkriminacijama zabranjena upotreba droge u prisustvu maloletnika. Za Meksiko je karakteristično to da je u aprilu 2006. godine, Parlament bio doneo zakon o dekriminalizaciji posedovanja marihuane za ličnu upotrebu, ali je nekoliko meseci kasnije, meksički Predsednik Fox, svojim suspenzivnim vetom poništio ovu odluku Parlamenta, a pre svega pod uticajem zahteva iz SAD. U Irskoj je posedovanje marihuane zabranjeno, osim, ukoliko se ne radi o specijalnom lekarskom odobrenju. Španija je karakteristična po tome što je lična upotreba (posedovanje) ali i kućno uzgajanje marihuane dekriminalizovano, ali ne ni prodaja, ni kupovina marihuane. U Rusiji je rešenje takvo da se može govoriti o nečemu što bismo mogli nazvati „delimična dekriminalizacija“. Naime, tamo je posedovanje do 6 grama marihuane, kažnjivo ili novčanom kaznom, ili zatvorom do 15 dana, dok u slučajevima kada količina droge (marihuane) prelazi tih 6 grama, onda se primenjuju norme krivičnog prava. Interesantno je da je Švedska, za koju bismo obično mogli pomisliti da je i po ovim pitanjima vrlo liberalna, po pitanju posedovanja droge i konzumiranja marihuane, uopšte nije tako liberalna. Kao prvo, tamo se marihuana ne smatra „lakom drogom“, a kao drugo, policija ima ovlašćenja da sprovodi testove na upotrebu droge, ne samo kada je reč o saobraćaju.[24] Za posedovanje marihuane se kažnjava novčanom kaznom, ali u nekim izuzetnim slučajevima, policija ima ovlašćenja da onoga kod kojeg pronađe marihuanu uputi na obavezan medicinski tretman. Sama prodaja droge, kažnjiva je zatvorom od 6 meseci do 10 godina, a u izuzetnim slučajevima, čak i do 18 godina zatvora. Ono što je takođe zanimljivo jeste i to da u Švedskoj na svakih 1.400 zatvorenika, koji su osuđeni za sva krivična dela, dolazi samo jedan koji je osuđen za prodaju droge, dok je u SAD taj odnos 1:100.[25]

---

[23] Portugal’s drug policy - Treating, not punishing, dostupno na "http://www.economist.com/node/14309861"

[24] O svemu ovome, Jovan Ćirić; - Droga i pravo na život; - „Pravni život“ br.9/2008

[25] Svi ovi podaci, mogu se pronaći na internet adresi "http://en.wikipedia.org/wiki/Legality_of_cannabis"

Pažnju svakako zaslužuje i jedno rešenje iz Krivičnog zakonika Italije. Tamo naime u članu 729 stoji da lice koje na javnom mestu ili prostoru koji je izložen javnosti, bude uhvaćeno u ozbiljno promenjenom psihičkom stanju usled upotrebe opojnih sredstava, može biti kažnjeno zatvorom do 3 godine i novčanom kaznom.[26]

U svakom slučaju liberali su izgčeda, kada je reč o Portugaliji, dobili potvrdu svojih zalaganja i svojih ideja da dekriminalizacija, ili neki vid liberalizacije droga ne dovodi nužno do porasta narkomanije, kriminala i svih drugih problema u vezi sa tim. Konzervativci im nisu ostali dužni, te u tom smislu treba ipak reći da ima i drugačijih mišljenja i drugačijih nalaza, koji upravo tvrde da statistika kaže drugačije, te da je u Portugaliji došlo do eskalacije različitih problema vezanih za narkomaniju, od kada je uvedena nova strategija, novi zakon iz 2001. godine.

U tom smislu ima onih koji na primer kažu da u 2006. broj smrtnih slučajeva zbog tzv. „overdose-a“ nije značajno smanjen u odnosu na 2000. godinu, dok je broj zavisnika koji su zaraženi AIDS-om zaista smanjen, ali ne značajno sa 53 na 47%. [27] No, pitanje je koje mi tim povodom možemo postaviti kao kontra-argument: „a da li je uopšte i moglo više od toga?“

Isti izvori navode i to da se u Portugaliji u stvari povećao procenat onih koji su probali drogu (eksperimentisali sa drogom). Prema tim podacima, taj procenat je porastao sa 4,2% na 7,8%,[28] a u tim izvorima se navodi i to da je Portugalija u stvari zabeležila dramatičan porast broja ubistava koja su u vezi sa drogom. Takvih ubistava je, kažu ti izvori, u Portugaliji čak 40%, što je znatno više nego bilo gde u Evropi. [29]

Gotovo da bi se povodom svega mogla upotrebiti i neka od ciničnih, aforističnih primedaba o samoj statistici kao takvoj, tipa „statistika naša dika, što poželiš to naslika“. Jasno je takođe i to da Fond za otvoreno društvo, koji je, kao što smo videli publikovao izveštaje o stanju narkomanije u Portugaliji izveštaje u kojima se pozitivno govori o novoj politici i strategiji dekriminalizacije, mora stajati na drugačijim polazištima od jedne organizacije, kakva je organizacija WFAD, a radi se o organizaciji „World Federation Against Drugs“.[30] Teško se i može zamisliti da jedna takva organizacija može prihvatiti da o drogi razmišlja na jedan

---

[26] O tome videti na primer u članku Dragana Jovaševića; - „Krivična dela u vezi sa opojnim drogama u uporednom zakonodavstvu“; - „Strani pravni život“ 2-3/2004 str. 85-103

[27] "http://www.wfad.se/latest-news/1-articles/123-decriminalization-of-drugs-in-portugal-the-real-facts"

[28] ibidem

[29] ibidem

[30] "http://www.wfad.se/"

nešematizovani način, iako se, makar samo zdravorazumski, zaista može reći da nisu sasvim u krivu oni koji misle drugačije i koji polaze od toga da bi dekriminalizacija i liberalizacija droga u stvari bili snažan (tržišni) udarac onima koji trguju drogama. Tako na primer misli i izvesni Matijas Brekers u svojoj knjizi „Laži o drogama“, knjizi koju je prevela i objavila na srpskom „Laguna“. On kaže da je posao sa drogama postao privlačan upravo zato što je zabranjen, te tako nemačka vojska i NATO u Avganistanu danas nadziru i obezbeđuju najveću proizvodnju heroina svih vremena, a političari, mafija i lobisti tu zabranu koriste.[31] Dve su stvari u svakom slučaju jasne: proizvodnja heroina u Avganistanu nije opala, uprkos prisustvu NATO snaga u dotičnoj zemlji, ili možda baš zahvaljujući njima. I drugo: iskustvo Portugalije u svakom slučaju je više nego zanimljivo i ono zavređuje punu pažnju i svetske, ali i naše javnosti, zavređuje da bude ovde, makar i sasvim šturo prezentovano, praćeno i analizirano sa više strana.

Bilo bi besmisleno da se mi ovde stavljamo na jednu od strana, bilo onu koja je za, bilo onu koja je protiv. Ovim člankom, mi smo u stvari želeli da ukažemo na slučaj Portugalije, slučaj koji ni u našoj, a izgleda ni u svetskoj javnosti nije dovoljno poznat i dovoljno svestrano i nepristrasno analiziran. To je uostalom i bio glavni cilj čitavog ovog teksta: poziv da se o jednoj tako delikatnoj i ozbiljnoj temi kao što je droga i borba protiv droge i narkomanije razgovara na jedan otvoren način i bez bilo kakvih ideoloških ostraščenosti. Uostalom problem droge i narkomanije i u Srbiji je toliko veliki i toliko izražen, da zaslužuje ozbiljne rasprave i analize, analize i rasprave u kojima će i tuđa iskustva, pa i iskustvo kao što je ovo portugalsko, svakako biti uzeto u obzir. Oni koji se odmah „nakostreše“ kada se pomene dekriminalizacija i legalizacija droga, nisu ni trebali da čitaju ovaj članak, a ako su ga ipak pročitali, neka bar malo razmisle zbog čega ni nakon što su američke trupe ušle u Avganistan, problem droge nije čak ni smanjen, a kamoli rešen. Možda je i samo to za početak dovoljno, priča o Portugaliji je samo jedan dodatak na sve to.

[31] U tekstu pod naslovom „Film sa lošim glumcima“, objavljeno u „Politici“ od 25.marta 2012. na strani 14

Jovan Ćirić; PhD,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

FIGHT AGAINST DRUGS BY DECRIMINALIZATION – THE CASE OF PORTUGAL

Portugal in the nineties had big problems with drugs. The number of those who were adicted was very high, also, like the number of deaths by the reason of overdose, or the number of those infected by HIV. Having in mind all of that, the government of Portugal built a new strategy for the fight against drugs. The law on drugs was adopted in 2001. That new law is based on some kind of decriminalization / depenalization. The main inovation was that the person who was found in the possesion of 10 daily doses of drugs (never mind of what drugs) for his/her personal use was not prosecuted before clasical court and was not put in jail, but he/she was treated by one special pannel (tribunal) composed of three persons: one social worker, one lawyer and one physician (usually psychiatrist). That pannel has the right to decide what to do with a person who was found in the posseision of drugs, but usually that person was sent to some medical institution to be medically treated. So, people were not afraid that they would be sent to the jail and that they would be stigmatised as criminals. One of the main idea was to incourage adicted people to go to hospitals to be medically treated. Many data that was recently collected say that all numbers when the word is about drugs decreased significantly. The word is about the number of those who tried drugs, also like tne number of deaths caused by drugs. Nowadays, those numbers are not so high in Portugal like it was before. The situation is similar also when the word is about the number of those with the problem of HIV / AIDS and also when the word is about general statistics of crime commited in the relation with drugs. So, generally, it could be said that new law and strategy in Portugal gave good results in the fight against drugs, even though there are some institutions and organizations, like WFAD (World Federation Against Drugs) that say that the situation is not so good. But some other institutions, like Open Society Fund, CATO Institute, some scientific articles in journals of criminology, present diferent statistical results. The question of fight against drugs, depends very much on the ideology. Liberals usually say one thing, but conservatives say something completelly different. Anyway, it is very important to have in mind Portugal and the situation in Portugal, because from there, we could conclude many things that are important in the fight against drugs.

***Key words**: drugs; Portugal; medical treatment; decriminalization; personal use; statistical data*

Dr Monika Milošević
docent na Pravnom fakultetu
Univerziteta Union

UDK: 347.921.2 (73)
Pregledni naučni rad

ODLUKE PROTIV KOJIH SE MOŽE IZJAVITI ŽALBA U PRAVNOM SISTEMU SAD

U SAD žalba je pravni lek koji se podnosi protiv presuda i drugih odluka sudova i drugih državnih organa. Terminom revizija obuhvaćena je procedura po kojoj sud postupa povodom žalbe. Postoje odluke povodom kojih žalba nije dozvoljena. Federalno pravilo o "konačnoj presudi" ograničava pravo na podnošenje žalbe na konačne odluke. Isto pravilo, u većini slučajeva. Ipak, postoje brojni izuzeci od ovog pravila. Autor u članku analizira odluke odluke protiv kojih je dozvoljena žalba u federalnom sudskom sistemu SAD.

Ključne reči: *revizija; konačne odluke; žalba; SAD*

1. UVOD- ORGANIZACIJA I NADLEŽNOST SUDOVA

Da bi se razumeo pojam žalbe u pravnom sistemu SAD, potrebno je poći od organizacije sudova. Naime, u SAD postoje dva osnovna sudska sistema - federalni i državni sudski sistem.[1] Federalni sudove osnovao je Kongres SAD, a na osnovu Ustava SAD. Državni sudovi postoje u svakoj državi SAD, a osnovala ih je vlade te države. Ograničenja u pogledu predmeta o kojima državni sudovi donose odluku su postavljena zakonom konkretne države SAD.

Kada je reč o nadležnosti, treba znati da su federalni sudovi nadležni samo za određene vrste slučajeva koji su enumerativno nabrojani u Ustavu SAD. Za razliku od državnih, federalni sudovi se nalaze samo u većim

[1] engl. Federal and State Court system.

gradovima SAD.[2] Federalni sudski sistem ima piramidalnu strukturu. Na vrhu te piramide se nalazi Vrhovni sud SAD, kao najviši sud u zemlji. Na drugom nivou se nalazi 13 apelacionih sudova, a na trećem 94 okružna suda, kao i određeni specijalizovani osnovni sudovi (npr. Sud SAD nadležan za postupke po federalnim tužbama).[3]

Državni sudovi imaju sličnu piramidalnu strukturu sa nadležnošću osnovnog suda (nadležnost prve instance), Apelacionim sudom i Vrhovnim sudom. Treba, međutim, imati u vidu da države SAD često ne upotrebljavaju istu terminologiju prilikom imenovanja sudova.[4]

U SAD postoje 52 sistema državnih sudova. Svaka država SAD, Okrug Kolumbija i Porto Riko ima nezavistan, državni sudski sistem, a postoji i odvojeni federalni sudski sistem.[5] Federalni sudovi nisu iznad državnih sudova-oni su nezavisni, ovlašćeni Ustavom (član III, paragraf 2) da rešavaju pitanja od federalnog značaja. Vrhovni sud SAD ima ulogu da nadzire rad svih sudova.

2. ORGANIZACIJA SUDOVA NA FEDERALNOM NIVOU

Sud opšte nadležnosti u federalnom sistemu jeste Okružni sud SAD.

SAD, uključujući i Okrug Kolumbiju i Porto Riko, su podeljene na 94 okruga i u svakom od njih je osnovan Okružni sud. Drugi sudovi sličnog naziva su osnovani u Zoni panamskog kanala[6], na ostrvu Gvam[7], na Devičanskim ostrvima[8] i Severnim Marijanskim Ostrvima[9].

---

[2] Vid.: Monika Ninković, Zaštita životne sredine i ekološke parnice u SAD, Beograd, 2004, str. 92.

[3] engl. US Court of federal Claims.

[4] Vid.: Monika Ninković, op. cit., str. 93.

[5] Vid.: Kane, Civil procedure in a nutshell, Thomson West, 2003, str. 3 i 4.

[6] engl. Panama Canal Zone je bila neorganizovana teritorija SAD u okviru Republike Paname, a Okružni sud SAD za Zonu panamskog kanala je ukinut 1982. godine, zbog vraćanja ove zone Panami. Predmeti iz tog suda su dodeljeni u rad Okružnom sudu SAD za istočni okrug Luizijane u Nju Orleansu.

[7] engl. Territory of Guam, je ostrvo u zapadnom Tihom okeanu i teritorija SAD.

[8] engl. United States Virgin Islands su arhipelag u Karipskom moru koja su podeljena u dva zone-britansku i američku. Američka Devičanska Ostrva na zapadu i jugu, su teritorija SAD.

[9] Severna Marijanska Ostrva (zvaničan naziv je the Commonwealth of the Northern Mariana Islands) je politička zajednica u političkoj uniji sa SAD, a deo su Marijanskih ostrva i američkih ostrvskih područja u Tihom okeanu.

Preispitivanje odluka Okružnih sudova po žalbi, povereno je Apelacionim sudovima. U njihovu nadležnost spada i preispitivanje rešenja[10] izdatih od strane administrativnih agencija i izdavanje izvornih naloga[11] u odgovarajućim slučajevima.[12] 94 sudska okruga su organizovana u 12 regionalnih apelacionih sudova.

Osnovan Ustavom SAD, Vrhovni sud SAD[13] postupa u važnim predmetima koji su propisani Federalnim ustavom, federalnim zakonima, ugovorima ili proizilaze iz federalnog "Common Law-a."[14] On ima ograničenu opštu nadležnost i nadležnost za postupanje po žalbi. Nadležnost za postupanje po žalbi je danas gotovo redovno zasnovana putem zahteva za izdavanje naloga nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja odluke[15], što dakle zavisi od diskrecine volje Vrhovnog suda. Direktno preispitivanje odluka Vrhovnog suda ne postoji. Odluke koje se odnose na zakonske odredbe mogu se menjati tako što će Kongres doneti zakon, a u pet instanci Ustav SAD je menjan i dopunjavan amandmanima kako bi se izmenila odluka Vrhovnog suda.[16]

3.OSNOVNA PRAVILA ZA POSTUPANJE PO ŽALBI

Osnovna pravila koja regulišu postupak po žalbi u federalnim apelacionim sudovima, su Federalna pravila o postupku po žalbi.[17] Ipak, svaki okrug ima svoja, tzv. lokalna pravila o postupku po žalbi, a ne treba zanemariti da neki okruzi imaju svoje interne operativne procedure, a nekada i nepisanu praksu za postupanje po žalbi.[18]

---

[10] engl. Order- izdavanje naređenja ili davanje smernica ili uputstva (Vid.: Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 505.).

[11] engl. Original writ.

[12] Vid.: Charles Alan Wright, Mary Kay Kane, Law of Federal Courts, West Group, 2002., str. 10-11.

[13] Vrhovni sud SAD se trenutno sastoji od jednog predsednika veća i osam članova veća. Ovaj sud zaseda u Vašingtonu, počev od prvog ponedeljka u oktobru, i povlači se poslednje sedmice juna ili prve sedmice jula.

[14] „Common Law"-pravni sitem koji vodi svoje poreklo iz Engleske, a kasnije je prihvaćen u SAD i koji je baziran na precedentu, a ne na pisanim zakonima ("http://www.lectlaw.com/def/c070.htm", pristup na dan 30.03.2012.).

[15] engl. Writ of certiorari (Vid.: Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 91.).

[16] Vid.: Charles Alan Wright, Mary Kay Kane, op. cit., str. 14-15.

[17] engl. Federal Rules of Appellate Procedure

[18] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, Federal Appellate Practice and Procedure, Thomson/West, 2008., str. 17.

3.1. Federalna pravila o postupku po žalbi

Federalna pravila o postupku po žalbi regulišu postupak u apelacionim sudovima SAD. Ipak, u slučajevima u kojima ova pravila predviđaju podnošenje predloga ili drugih dokumenata okružnom sudu, postupak mora da bude u skladu sa praksom okružnog suda.

Ova pravila ovlašćuju različite apelacione sudove da stvaraju, menjaju i dopunjuju pravila koja će regulisati praksu tih sudova.[19]

3.2. Lokalna pravila o postupku po žalbi

Kao što je napred rečeno, apelacioni sudovi mogu u skladu sa Federalnim pravilima o postupku po žalbi da samostalno stvaraju ili menjaju pravila propisana Federalnim pravilima o postupku po žalbi. Ipak, postoje izvesna ograničenja. Najpre, lokalno pravilo treba da bude u skladu sa Odlukama Kongresa[20] i pravilima usvojenim u skladu sa Pravilima o omogućavanju donošenja odluka. Dalje, ovo pravilo treba da se prilagodi svakom jednoobraznom brojčanom sistemu propisanom od strane Sudske konferencije SAD[21]. Najzad, lokalno pravilo koje zahteva ispunjenje određene forme, ne treba da bude primenjeno na način koji će prouzrokovati gubitak prava stranke zato što je ona propustila da ispuni zahtev o ispunjenju te forme, bez svoje krivice.

Mnogi okruzi uz svoja lokalna pravila o postupku po žalbi, imaju i tzv. “ beleške o praksi ”. Ove beleške pokazuju, na primer, kako će pravila tog okruga biti primenjena u određenim slučajevima. Mnogi od njih, takođe i štampaju Interne Operativne Procedure,[22] koje ukazuju na neke operativne standarde, kao npr. kada će podnesci biti distribuirani sudskom odeljenju, kako će sudije biti raspoređene po panelima za postupanje u određenom predmetu i sl.

Na kraju treba dodati, da mnogi apelacioni sudovi imaju i priručnike za praktičare koji su dostupni na veb-sajtovima ovih sudova.[23]

---

[19] Ibid.

[20] engl. Acts of Congress.

[21] engl. Judicial conference of the United States.

[22] engl. Internal Operating Procedures-I.O.P.s.

[23] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit.,, str. 18-19.

3.3. Federalna pravila o građanskom i krivičnom sudskom postupku

Pored Federalnih pravila o postupku po žalbi, i Federalna pravila o građanskom i krivičnom sudskom postupku[24] imaju značajnu ulogu u postupku po žalbi u federalnim sudovima.

4. OBUSTAVA PRIMENE FEDERALNIH PRAVILA O POSTUPKU PO ŽALBI

Prema Pravilu 2 Federalnih pravila o postupku po žalbi sud može da u cilju ubrzanja donošenja odluke ili u drugim slučajevima u kojima bi to bilo celishodno, obustavi primenu bilo koje odredbe Federalnih Pravila o postupku po žalbi u konkretnom slučaju i da naredi postupanje prema svom nahođenju.

Tako, Apelacioni sud može da potvrdi ili ukine odluku bez potpunog usmenog i pisanog izlaganja stranaka.[25] Ipak, sud ne može da izmeni rok za ulaganje žalbe na način koji bi bio u suprotnosti sa Pravilom 3 i 4 Federalnih pravila o postupku po žalbi.[26]

5. SLUČAJEVI U KOJIMA JE ŽALBA DOZVOLJENA

Žalba[27] je jedini pravi pravni lek u pravnom sistemu SAD.[28] O njoj mogu da odlučuju apelacioni sudovi, ili u manjem broju slučajeva Vrhovni sud SAD.[29] Termin "revizija"[30] podrazumeva proceduru po kojoj sud postupa povodom žalbe. Prema osnovnom pravilu, žalba je dozvoljena samo protiv konačnih odluka. Od ovog pravila, postoje brojni izuzeci. U ovom delu razmotrićemo slučajeve u kojima je žalba dopuštena.

---

[24] engl. Federal Rules of civil procedure and Federal Rules of criminal procedure.

[25] Ibid., str. 19.

[26] Pravilo 3 i 4 Federalnih pravila o postupku po žalbi propisuju šta žalba treba da sadrži u uslove za podnošenje žalbe.

[27] engl. Appeal.

[28] U vezi sa pojmom pravnih lekova u srpskom pravnom sistemu.

[29] Danas je nadležnost Vrhovnog suda SAD u najvećem broju slučajeva zasnovana putem writ of certiorari (nalog koji Vrhovni sud izdaje nižem sudu kako bi mu on dostavio zapisnik o predmetu u cilju ponovnog preispitivanja odluke)..

[30] engl. Review.

5.1. Pravilo o konačnoj presudi

Pravilo o konačnoj presudi[31] sadržano je u paragrafu 1291 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku.[32] Prema ovom Pravilu, žalba se može uložiti samo protiv konačne odluke (presude ili rešenja[33]): " Apelacioni sud je nadležan da odlučuje o žalbama protiv svih konačnih odluka okružnih sudova SAD."[34]

Generalno posmatrano, konačna odluka je ona kojom se meritorno okončava parnični postupak, tako da je podobna za izvršenje.[35]

Drugim rečima, da bi se Apelacioni sud mogao da odlučuje o žalbi, potrebno je da je sud koji je doneo odluku protiv koje je žalba podnesena rešio sva sporna pitanja, osim ukoliko je reč o odluci koja potpada pod kategoriju izuzetaka, o kojima će biti reči, a koja omogućava neposredno preispitivanje po žalbi.[36]

Postoji jedan mali broj konačnih presuda okružnih sudova protiv kojih se žalba može direktno uložiti Vrhovnom sudu SAD. [37] Prema paragrafu 2284 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, najčešće je reč o presudama koje donosi veće sastavljeno od troje sudija okružnog suda, kojima se usvajaju ili odbijaju privremeni ili stalni nalozi.[38] Budući da je nadležnost federalnih sudova za odlučivanje o žalbi određena od strane Kongresa SAD, on može da zakonom propiše da je presuda koju je doneo Okružni sud, pa čak i u slučajevima u kojima je odlučivao sudija pojedinac, podobna za direktno odlučivanje od strane Vrhovnog suda SAD.

Ipak, uobičajeno je da se žalba može uložiti protiv konačne presude federalnog Okružnog suda, i to federalnom Apelacionom sudu.[39] U tim slučajevima pravilo o konačnoj presudi, definisano paragrafom 1291

---

[31] engl. Final judgment rule.

[32] 28 U.S.C.A.(United States Code Annotated)-Judiciary and Judicial Procedure.

[33] engl. Judgment or order.

[34] Paragraf 1291 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku.

[35] Vid.: Charles Alan Wright, Mary Kay Kane, op. cit., str. 744.

[36] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 63.

[37] Ibid.

[38] engl. Interlocutory or permanent injunctions-sudski nalog kojim se nalaže ili sprečava neko činjenje (Vid.: Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 349.).

[39] Osim kada je reč o odlukama protiv kojih se žalba može direktno uložiti Vrhovnom sudu SAD.

Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, predstavlja standard podobnosti za ulaganje žalbe.[40]

5.2. Izuzeci od Pravila o konačnoj presudi

5.2.1. Žalba po odobrenju

Iako ne postoji konačna odluka, stranci može da bude odobreno privremeno preispitivanje rešenja koje inače nije podobno za ulaganje žalbe, u slučajevima u kojima se sa tim saglase i sud koji je rešenje doneo i Apelacioni sud (tzv. žalba po odobrenju).[41]

Slično tome, Pravilo 23(f) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku omogućava privremeno preispitivanje nekih odluka uz odobrenje Apelacionog suda.

Pravilo 5 Federalnih pravila o postupku po žalbi propisuje postupak po žalbi po odobrenju u svim tim slučajevima.

5.2.2 Žalba prema Pravilu 54(b) Federalnih pravila o građanskom sudskom postupku

U skladu sa Pravilom 54(b)[42] Federalnih Pravila Građanskog sudskog postupka, u parnicama u kojima ima više stranaka, ili više tužbenih zahteva, Okružni sud može da naloži presude u odnosu na pojedine stranke odnosno pojedine zahteve (ali ne u odnosu na sve stranke ili zahteve).

Pravilo 54(b) zapravo omogućava uvođenje delimične konačne odluke, tako da je žalba protiv takve odluke u skladu sa pravilom o konačnoj presudi predviđenim paragrafom 1291 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku.[43]

5.2.3. Privremene žalbe u skladu sa paragrafom 1292(b) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku

Prema paragrafu 1292(b) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku,

---

[40] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 64.

[41] engl. Appeal by Permission.

[42] Ovo Pravilo propisuje postupanje u izuzetno složenim parnicama.

[43] Ibid., str. 69.

u slučajevima u kojim okružni sudija postupajući u građanskim stvarima donese rešenje protiv koga nije dozvoljena žalba, a za koje on smatra da sadrži kontrolno pravno pitanje koje predstavlja suštinski osnov za razlike u shvatanju i da neposredna žalba protiv tog rešenja može da materijalno unapredi ultimativno okončanje parnice, on će to naznačiti u pomenutom rešenju.

Apelcioni sud može da odobri žalbu protiv takvog rešenja (tzv. privremena žalba) [44], ako je zahtev za ulaganje žalbe podnesen u roku od deset dana od dana njegovog donošenja.

Apelacioni sud je ovlašćen da u jednom ovakvom slučaju preispita celo rešenje, ili kako bi uzeo u razmatranje drugo pitanje, a ne ono koje je od strane Okružnog suda određeno kao kontrolno, ili kako bi odlučio o predmetu uprkos nedostatku bilo kojeg pitanja koje se može odrediti kao kontrolno.[45]

5.2.4. Žalba protiv kolateralnog (sporednog) rešenja

Postoji nekoliko doktrina koje je stvorila sudska praksa, a koje izvesne vrste rešenja tretiraju kao konačne odluke u smislu paragrafa 1291 Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku.[46]

Među njima je najznačajnija Koenova doktrina kolateralnog (sporednog) rešenja.[47] Prema ovoj doktrini dozvoljena je žalba protiv privremenog rešenja kojim se konačno rešava pitanje koje u potpunosti odvojeno od osnova tužbe, koje je zapravo nepodobno za preispitivanje po žalbi protiv konačne presude.[48]

Pitanje o kome je u potpunosti odlučeno ovim rešenjem mora da bude izuzetno značajno kako bi se dozvolila žalba pre nego što je u celini rešeno o predmetu spora.[49] Da bi jedno kolateralno (sporedno) rešenje moglo da bude predmet preispitivanja po žalbi, potrebno je:

- da se tim rešenjem konačno rešava sporno pitanje;

---

[44] engl. Interlocutory Appeal.

[45] Ibid., str. 81.

[46] Vid.: Clermont, Civil Procedure, Thomson West, 2004., str. 126-127.

[47] engl. Cohen „Collateral Order“ doctrine-ime je dobila prema predmetu Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp., 337 U.S. 541 (1949).

[48] Vid.: Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 109.

[49] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 82.

- da se rešava pitanje koje je značajno i u potpunosti odvojeno od osnova tužbe (da je reč o kolateralnom-sporednom pitanju);
- da ne može da bude predmet preispitivanja po žalbi protiv konačne odluke (samo pitanja koja zahtevaju hitno preispitivanje potpadaju pod kategoriju „kolateralnog-sporednog“ rešenja). [50]

5.2.5. Žalba protiv naloga

Postoje tri situacije u kojima apelacioni sudovi imaju zakonom propisanu nadležnost da preispitaju privremena rešenja[51] okružnih sudova.

U skladu sa tim, oni mogu da preispitaju:

a. Privremena rešenja kojima se usvajaju, produžavaju, menjaju, odbijaju ili poništavaju nalozi ili odbija poništenje ili izmena naloga, osim u slučajevima u kojima je moguće direktno preispitivanje od strane Vrhovnog suda;
b. Privremena rešenja kojima se imenuju izvršioci stečaja ili odbijaju rešenja o okončanju stečaja ili o preduzimanju mera radi ostvarenje svrhe stečaja, kao na primer upravljanje prodajom ili drugo raspolaganje imovinom;
c. Privremeni dekreti koje određuju prava i dužnosti strana u predmetima ministarstva ratne mornarice, u kojima je žalba protiv konačnih dekreta dozvoljena.[52]

U svim navedenim slučajevima, reč je o tzv. žalbi protiv naloga. [53]

5.2.6. Privremena žalba protiv odluke o dopuštenosti upotrebe poverljive informacije u sudskom postupku

Kao zakonski osnov za privremenu žalbu[54], treba pomenuti Zakon o postupku svrstavanja poverljivih informacija[55], prema kome ako optuženi u krivičnom postupku želi da se osloni na poverljivu informaciju tokom suđenja, on o tome pre samog suđenja mora da obavesti sud. Vlada može da traži saslušanje radi pribavljanja pravila o relevantnosti i prihvatljivosti određene poverljive informacija. Ako sud dozvoli javno iznošenje poverljive

---

[50] Ibid., str. 86-87.

[51] engl. Interlocutory orders.

[52] Vid: Charles Alan Wright, Mary Kay Kane, op. cit, str. 753.

[53] engl. Injunctions.

[54] engl. Interlocutory Appeal.

[55] engl. Classified Information Procedures Act-CIPA.

informacije u postupku, vlada je ovim Zakonom ovlašćena da zahteva ulaganje privremene žalbe.

Ako sud ne odluči definitvno o iznošenju ove informacije, već samo odbije neki od osnova za neprihvatljivost ovog dokaza, nije moguća privremena žalba.

5.2.7. Privremeno preispitivanje rešenja o nedopuštenosti arbitraže

Federalni zakon o arbitraži[56], dopušta privremeno preispitivanje rešenja kojim se odbija predlog da se strana prinudi na rešavanje spora od strane arbitraže, kao i usvajanje, produženje i izmenu naloga kojima se ne dozvoljava rešavanje spora od strane arbitraže.

Generalno je protiv rešenja o nedopuštenosti arbitraže žalba dopuštena, a protiv rešenja kojima se dozvoljava arbitraža nije. Razlog leži u samom Federalnom zakonu o arbitraži koji ima "proarbitražnu politiku" izvršavanja obavezujućih arbitražnih sporazuma.[57]

5.2.8. Preispitivanje na osnovu Vanrednog sudskog naloga

U skladu sa paragrafom 1651(a) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, Apelacioni sud može da izda tzv. mandamus nalog[58] u vanrednim ili drastičnim okolnostima koje uključuju uzurpaciju moći ili jasnu zloupotrebu diskrecionog prava nižeg suda.[59] Treba znati da mandamus nije zamena za žalbu. [60] Da bi se izdao ovaj mandamus nalog, potrebno je:

- da ne postoji drugi način za ostvarenje prava;

- da je to pravo jasno i nesporno i da njegovo ostvarenje odgovara datim okolnostima u skladu sa diskrecionim pravom suda.

Generalno, mandamus nalog će biti odbijen, ako postoji drugi način za traženje privremenog preispitivanja, u skladu sa paragrafom 1292(b) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku.[61]

---

[56] engl. Federal Arbitration Act.

[57] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 96-97.

[58] engl. Writ of mandamus- Mandamus je sudski nalog koji izdaje Viši sud kako bi naložio nižem sudu ili državnom činovniku da svoje dužnosti izvršava korektno (Vid. Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 435.)

[59] U pitanju je tzv. preispitivanje na osnovu vanrednog sudskog naloga- engl. Extraordinary Writ.

[60] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 97.

[61] Ibid., str. 98.

Pored toga, mandamus nalog se koristi i u sučajevima u kojima je neosnovano odbijen zahtev za dozvolu suđenja uz učešće porote.[62]

5.2.9. Privremeno preispitivanje odluka o dopuštenosti zajedničke tužbe

Zakonom iz 1992. godine, Vrhovni sud je ovlašćen da propisuje pravila za dozvoljenost žalbe protiv privremenih odluka.[63] To ovlašćenje dovelo je do amandmana na Federalna pravila o građanskom sudskom postupku, pa je, u skladu sa tim, ovim pravilima 1998. godine dodato pravilo 23(f), koje dodeljuje Apelacionom sudu diskreciono ovlaćenje da dozvoli žalbu protiv odluka kojima se usvajaju ili odbijaju predlozi za dopuštenost zajedničke tužbe. [64]

Uslov je da je molba za odobrenje za podnošenje žalbe podnesena u roku od deset dana od dana donošenja takve odluke[65]

5.2.10. Privremeno preispitivanje rešenja kojima se određuje vraćanje predmeta na ponovno suđenje

U skladu sa paragrafom 1447(d) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku (uz neke izuzetke koji su predviđeni zakonom, odnosno koje je stvorila sudska praksa), prema Zakonu o pravičnosti zajedničke tužbe,[66] paragrafa 1453(c) Komentara zakonika SAD o pravosuđu i sudskom postupku, i rešenja kojima se određuje vraćanje predmeta na ponovno suđenje koji nisu zasnovani na procesnim povredama ili nedostatku nadležnosti prema predmetu spora, rešenje kojim se predmet vraća na ponovno suđenje[67] državnom sudu iz koga je bio uklonjen, nije

---

[62] Vid.: Charles Alan Wright, Mary Kay Kane, op. cit., str.758.

[63] Ibid., str. 753.

[64] engl. Class action-tužba u kojoj jedna osoba ili manja rupa ljudi predstavlja interese veće grupe. Da bi mogla da bude podnesena u skladu sa Pravilom 23 Federalnih Pravila o građanskom sudskom postupku, potrebno je da zajednica ljudi u čije se ime podnosi tužba bude toliko velika, da bi bilo nepraktično podneti pojedinačne tužbe; da postoje pravna ili činjenična pitanja koja su za sve njih zajednička; napad ili odbrana predstavnika cele zajednice bude tipična za sve njih; i da predstavnici zajednice adekvatno štite interese zajednice (Vid. Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 103.)

[65] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str.99.

[66] engl. Class Action Fairness Act

[67]engl. Remand - akt kojim se predmet ili tužba vraća natrag sudu od koji je postupao u predmetu, odnosno kome je tužba podnesena sa zahtevom za dalje postupanje odnosno novo

podoban za preispitivanje po žalbi ili na drugi način (na osnovu mandamus naloga).[68]

5.2.11. Privremeno preispitivanje advokatskih troškova

Prema Pravilu 58 sud treba da odloži nastupanje konačnosti presude u smislu podobnosti za ulaganje žalbe dok se ne reši pitanje naknade advokatskih troškova, a zahtev za njihovu nadoknadu mora da da se podnese u roku od 14 dana, kako i predviđa Pravilo 54 (d).

Treba dodati i da odlaganje nastupanja konačnosti presude nije automatsko, već Okružni sud mora da donese rešenje kojim stranke obaveštava da blagovremeno podnesen zahtev za naknadu advokatskih troškova, odlaže nastupanje konačnosti presude u smislu podobnosti za ulaganje žalbe.[69]

5.2.12. Nerešeno preispitivanje odluke po žalbi

Sudska praksa je stvorila jednu doktrinu[70] koja se odnosi na slučaj kada stranka ima pravo da traži preispitivanje odluke po žalbi iz jednog razloga. U tom slučaju, ona može da traži preipitivanje iste odluke po osnovu drugog razloga zbog kojeg se inače ne može uložiti žalba, ističući tzv. nadležnost po osnovu nerešenog preispitivanja odluke po žalbi.[71]

U ograničenoj formi, Vrhovni sud i dalje primenjuje ovu doktrinu u odgovarajućim slučajevima.[72]

---

suđenje -kada apelacioni sud vrati predmet nižem sudu sa zahtevom za ponovnim suđenjem (Vid.: Black s Law Dictionary, Second Pocket Edition, West Group, 2001., str. 598.).

[68] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 108-109.

[69] Ibid., str. 111.

[70] Ova doktrina je proistekla iz predmeta Swint v. Chambers Cty. Comm'n, 514 U.S., 35 (1995).

[71] Vid.: Gregory A. Castanias, Robert H. Klonoff, op. cit., str. 111-112.

[72] Ibid., str. 113-114.

6. ZAKLJUČAK

Zanimljivo je da je žalba jedini pravi pravni lek u pravnom sistemu SAD, a termin revizija podrazumeva proceduru po kojoj sud postupa po žalbi.

Sudovi koji su nadležni za postupanje po žalbi u federalnom sudskom sistemu SAD jesu apelacioni sudovi. Vrhovni sud SAD ima ograničenu nadležnost za postupanje po žalbi. Osnovna pravila koja regulišu postupak po žalbi u federalnim apelcionim sudovima su Federalna pravila o postupku po žalbi. Ipak, ova pravila ovlašćuju različite apelacione sudove da stvaraju, menjaju i dopunjuju pravila koja će regulisati praksu tih sudova. Pored Federalnih pravila o postupku po žalbi, i Federalna pravila o građanskom i krivičnom sudskom postupku imaju značajnu ulogu u postupku po žalbi u federalnim sudovima. Osnovno pravilo jeste da je žalba dozvoljena samo protiv konačnih odluka. Može se zaključiti da su izuzeci od ovog pravila brojni.

Monika Milošević, Ph. D.
Assistant professor, Faculty of Law,
Union University

APPEALABLE DECISIONS IN TJE U.S. LEGAL SYSTEM

In the U.S. an appeal is a plea for relief from a judgement or decision. A review is the process by which the appeal is conducted. An appealable decision is one that can receive immediate appelate review. Appealable issues are commonly limited to final judgments. The federal "final judgment rule," gives jurisdiction of appeals of final decisions by district courts to the courts of appeals in most cases. There are exeptions to the final judgment rule. The author deals with the appealable issues in the US federal court system system.

Key words*: review; appealable issues; final judgements; USA*

Prof. dr Zorica Mršević[1]
Institut društvenih nauka Beograd
Fakultet za evropske pravnopolitičke studije, Novi Sad

UDK:342.7 (4)
Pregledni naučni rad

PRESUDE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U STRAZBURU U KORIST TRANSSEKSUALNIH OSOBA[2]

U ovom tekstu su prezentirane pet presuda Evropskog suda za ljudska prava koje se tiču ostvarivanja prava na rodni identitet kao deo prava na privatnost. Njima se nalaže državama da učestvuju u pokrivanju troškova medicinskih tretmana za transseksualne osobe i razviju zadovoljavajući zakonski okvir koji reguliše proces medicinskog tretmana prilagođavanja pola i prateće pravne promene statusa tih lica. Stav tog suda je da država ima dužnost a transseksualne osobe pravo da dobiju odgovarajući medicinski tretman transseksualnosti u vidu prilagođavanja pola, kao i da to mora da bude praćeno adekvatnom službenom promenom njihovog pravnog statusa. Nezadovoljavajuća i neprihvatljiva je pravna situacija da transseksualne osobe koje su putem operacije promenile pol, nastavljaju da žive u nekakvom pravnom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti ni jednom ni drugom polu. Tekst se završava navođenjem pet novih politika u oblasti transseksualnosti od kojih je najvažnija martovska odluka Ustavnog suda Republike Srbije o obaveznoj promeni imena nakon operativnog prilagođavanja pola.

***Ključne reči**: transseksualnost, prilagođavanje pola, presude Evropskog suda za ljudska prava, promena pravnog statusa, nove politike u oblasti transseksualnosti*

UVOD

Transseeksualnost je definisana od Svetske zdravstvene organizacije kao: ”želja da se živi i bude prihvaćen/a u drugom polu, najčešće praćenom osećajem nelagodnosti ili neprilagođenosti anatomskim odrednicama sopstvenog pola i željom za hirurškom intervencijom i hormonalnim

---

[1] Zmsevic@idn.org.rs

[2] Ovaj tekst je nastao u okviru projekta: Društvene transformacije u procesu evropskih integracija - multidisciplinarni pristup, koji je finansiran od strane Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj u periodu 2011-6.

tretmanom da bi svoje telo učinili što je više moguće usklađjenim sa željenim polom.“[3] Antropološka istraživanja i istorijski podaci dokazuju da su oduvek postojale osobe koje su odbijale rod u kome su rođeni, muškarci koji su želeli da žive kao žene, žene koje su želele da žive kao muškarci. Transseksualnost je ipak moderna pojava zato što je toj tendenciji da se bude „ono drugo“ omogućena intervencija na telu, koja je ušla u praksu savemenim razvojem endokrinoloških saznanja i hirurških tehnika.[4]

Neke transseksualne osobe biraju da žive i oblače se kao pripadnici željenog pola, ali ne podvrgavajući se nikakvim tretmanima. Drugi pak, uz to uzimaju hormone kako bi stekli neke sekundarne odlike odabranog pola. Prva i druga kategorija obuhvaćena je pojmom „transrodne osobe“[5]. Treći, najmanji broj će se podvrgnuti hirurškim zahvatima kako bi njihova tela bila što približnija telima pripadnika željenog pola, i oni se nazivaju pravim transseksualcima ili transseksualnim osobama u užem smislu. Obim tretmana može da bude stvar ličnog izbora ili da zavisi od drugih faktora, poput zdravstvenog stanja ili finansijskih sredstava. Ima i onih koji se ponovo vraćaju svom biološkom polu, nakon što su neko vreme živeli kao pripadnici suprotnog pola, a ima i onih koji celog života prelaze iz jednog pola u drugi. Postoji i razlikovanje primarne i sekundarne transseksualnosti, pa bi primarna transseksualnost bila pojava odbijanja biološkog pola još od detinjstva, bez kolebanja od najranije mladosti. Kod sekundarne transseksualnosti, uverenje da se pripada drugom polu i zahtev za hormonalnoperativnim zahvatom pojavljuje se posle jednog, često dugog perioda, gde je subjekt živeo kao transvestit ili kao homoseksualac. Zahtev transseksualaca je u svakom slučaju jednostavan i jasan: oni žele da se dovede u sklad pol njihove duše i pol njihovog tela, da im se „uspostavi“ njihovo „pravo telo“ drugog pola.[6]

Prilikom razmatranja položaja transseksualnih osoba, treba uzeti u obzir potrebe i prava tih ljudi u svim različitim formama promene, jer u svakoj od njih ne prestaju da imaju sva ljudska prava.

---

[3] "http://drdrantz-sciencesexuality.blogspot.com/2009/06/transsexuals-versus-world-health.html", June 19, 2009.

[4] Andrije B., Boeč Ž.,, Rečnik tela, Beograd, Službeni glasnik, 2010, str 451.

[5]Transrodna osoba je svaka osoba čiji je rodni identitet i/ili rodno izražavanje drukčije od tradicionalnih, društveno definiranih rodnih uloga i normi. Obično transrodne osobe žele da im se rodno izražavanje podudara s rodnim identitetom, radije nego njihovim polom.

[6] Andrije B., Boeč, op.cit.

Transseksualne osobe i nihova prava

Transseksualnost se zasniva na uverenju koje pojedinci imaju, da su rođeni i žive u „pogrešnom“ telu. Ljudi se rađaju slepi i nemi, pa se tako rađaju i s psihom jednog pola u telu drugog.[7] Transseksualci su ljudi koji od ranog detinjstva osećaju da su rođeni u pogrešnom telu, i bez obzira što mnogi od njih u životu mogu biti funkcionalni pripadnici toga „pogrešnog” pola i kao takvi integrisani u društvo, oni su duboko nesrećni i tako zarobljeni pate. Komparativnopravno iskustvo je da se transseksualnst široko priznaje kao stanje koje se na njihov zahtev leči medicinskim zahvatima prilagođavanja pola u cilju ublažavanja tegoba. U velikoj većini država nacionalne zdravstvene službe priznaju postojanje ovog stanja i obezbeđuju ili dozvoljavaju lečenje, uključujući i ireverzibilne hirurške zahvate.

Glavni izvor individualne, institucionalne i društvene diskriminacije transseksualnosti je pogrešno uverenje da je prilagođenje pola neka vrsta hira, nemoralne obesti ili kaprica, moda uvezena „sa strane“, umesto shvatanja da se tu radi o medicinskoj nužnosti i neophodnosti. Transseksualne osobe su zato izložene nerazumevanju, podsmehu, a često i osudi okoline, kao i odbacivanju od strane porodice, prijatelja i profesionalnog ambijenta.[8] Neki domaći mediji sa svoje strane doprinose širenju nerazumevanja osuđujući takve osobe ili kritikujući državu koja je „to dozvolila“.[9] Imajući u vidu mnogobrojne i bolne zahvate koje takva operacija podrazumeva, kao i stepen rešenosti i ubeđenja koji su neophodni da bi neko prilagodio svoj fizički izgled i svoju ulogu u društvu sa samopercepcijom svoga roda, ne može se smatrati da ima bilo čega samovoljnog ili hirovitog u odluci koju je donela osoba koja treba da se podvrgne prilagođavanju pola.

Narodna skupština Srbije usvojila je 28. jula 2011. izmene Zakona o zdravstvenoj zaštiti i o zdravstvenom osiguranju[10] kojima je proširen krug osoba koje ispunjavaju uslove da budu osiguranici, čime je po prvi put u Srbiji omogućeno pravo na prilagođavanje (promenu) pola o trošku fonda. Novim Zakonom je predviđeno između ostalog, proširenje prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja i na prilagođavanje pola iz medicinskih razloga, jer je toj kategoriji stanovništva, kako je navedeno u obrazloženju,

---

[7] Hribar S., U cipelama moga roda, Novi list, Rijeka, 04.02.2012

[8] Pavlović S, Transeksualni ─ neravnopravni, nejednaki, zaboravljeni, *Na margini margine – Promena pola u Srbiji*, Labris konferencija.

[9] Nekog treba da je sramota... Roditelji četvoro mališana obolelih od retke Batenove bolesti ogorčeni. Država plaća promenu pola a zakida na bolesnoj deci. Ne shvatam da će država nekom ko hoće da menja pol to da plati dok nekom ko se bori za život neće. Država nam je udarila šamar. Pres 4 avgust 2011, Rubrika: Vesti dana, Strana: 8, 9, Autor: LJ. R.

[10] Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Sl. glasnik RS,* br. 57/2011

potrebna adekvatna zdravstvena zaštita. Nadležni državni organi, pre svega Ministarstvo zdravlja, u svetlu najnovijih istraživanja uzroka transseksualnosti i nesumnjivo dokazanom tezom da je promena pola medicinska neophodnost kao vid lečenja, usvojili su mogućnost da deo troškova tog medicinskog tretmana budu deo obaveznog zdravstvenog osiguranja. Prva operacija prilagođavanja pola izvedena je u Srbiji još davne 1989. godine i obavio ju je prof. dr Sava Perović, začetnik ove grane medicine u Srbiji. Nasuprot pionirskom napredovanju srpske medicine u toj oblasti, pravno priznanje i prihvatanje izmenjnog pola u Srbiji dosta kasni. Prvi slučaj pravne službene promene polnog statusa u našoj zemlji zabeležen je tek 1992. godine u beogradskoj opštini Savski venac.[11] Mogućnost promene imena i jedinstvenog matičnog broja nakon obavljenih hirurških promena, kao i drugih statusnih pitanja, kao što su kontinuitet pre i posle operativnog zahvata postojanja braka, roditeljstva, imovinskih prava, ugovornih obaveza, stečenog obrazovanja i radnog staža, i sl, još uvek nije pravno regulisano. Zato je važno da se ovo pitanje pravno uredi na zadovoljavajući način kako transseksualne i transrodne osobe ne bi bile izložene različitim vidovima transfobije, neznanja, i na njima zasnovane diskriminacije.[12]

Presude Evropskog suda za ljudska prava

U praksi Evropskog suda za ljudska prava ima sve više slučajeva koji se tiču ostvarivanja prava na rodni identitet - od onih presuda koje nalažu državama članicama da učestvuju u pokrivanju troškova medicinskih tretmana za transseksualne osobe, preko onih koji regulišu pravo na penziju, heteroseksualni brak nakon tranzicije ili zakonodavni okvir koji bi regulisao čitav proces medicinskog tretmana prilagođavanja pola.

Stav tog suda je da država ima dužnost a transseksualne osobe pravo da dobiju odgovarajući medicinski tretman transseksualnosti u vidu prilagođavanja pola, kao i da to mora da bude praćeno adekvatnom službenom promenom njihovog pravnog statusa. Nije dokazano da postoji bilo kakva verovatnoća da će promena pravnog statusa transseksualaca prouzrokovati konkretne ili suštinske nevolje ili štetu javnom interesu, niti bilo kakav porast kriminaliteta ili teškoće u otkrivanju nezakonitih radnji. Što se tiče ostalih mogućih posledica Sud smatra da se od društva opravdano mora očekivati da toleriše određen eventualni stepen nelagode u suočavanju sa novom situacijom sa ciljem da se pojedincima omogući da vode

---

[11] Todorović Sonja, Lekari iz SAD i Austrije u Srbiji uče da menjaju pol, Blic, 26. 01. 2012

[12] Zaštitnik građana, LGBT populacija u Srbiji – stanje ljudskih prava i društveni položaj, Beograd, septembar 2011. godine, str. 14-19.

dostojanstven i častan život s polnim identitetom za koji su se, uz velike lične žrtve opredelili.

Ukratko, nezadovoljavajuća je pravna situacija da transseksualne osobe koje su putem operacije prilagodili pol, nastavljaju da žive u nekakvom pravnom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti ni jednom ni drugom polu, i ona kao takva nije održiva. Sud za ljudska prava ocenjuje da države treba da postupaju u skladu sa obavezama iz Evropske konvencije o ljudskim pravima koje se u ovom slučaju podvode pod obavezu da obezbede poštovanje prava na privatni život.[13] U dvadeset i prvom veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može se posmatrati kao nešto što je kontroverzno ili što iziskuje da prođe „neko vreme" da bi pitanja s tim u vezi mogla da se sagledaju u jasnijem svetlu. To su ukratko stavovi izraženi u odlukama Suda u korist transseksualnh osoba: Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog kraljevstva 2002[14], Van Kuk protiv Nemačke 2003[15], Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva 2006[16], L. protiv Litvanije 2007[17] i Šlumpf protiv Švajcarske 2009.[18]

Za svih pet navedenih presude je karakeristično da je Sud presudio u korist transseksualnih osoba obavezujući države da omoguće plaćeni medicinski tretman transseksualnosti kao i konitinuitet procesa promene pola omogućujući adekvatno rešenje pravnog statusa tih osoba. Ovih pet presuda navode se još i iz razloga njihove „običnosti" tj. zbog činjenice da se takve životne situacije svakodnevno dešavaju i u Srbiji, pa bi i transseksualne osobe u Srbiji morali da imaju ostvaren isti obim prava koji je priznat ovim presudama.

---

[13] Mršević Z., (2011), Promena pola iz medicinskih razloga, str 271 – 283. Ed. Stevan Lilić, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije.*

[14] Predmet Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog kraljvstva br. 38957/95, Presuda Strazbur 11 juli 2002, objavljeno u Evropski sud za ljudska prava odabrane presude. knj 4.Beograd 2009, Savet Evrope, kancelarija u Beogradu 231 – 254. To je presuda u kojoj se javno koristi pun naziv lica koje je podnelo predstavku Sudu.

[15]Podnesak br 35968/97 Presuda 12. 09. 2003. To je takođe presuda u kojoj se koristi puno ime lica koje je podnelo predstavku.

[16] Evropski sud za ljudska prava je maja 2006 doneo presudu u slučaju Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva.

"http://globalawandpolitics.blogspot.com/2006/05/grant-v-united-kingdom.html"

[17] Br. predstavke 27527/03. Ceo tekst je dostupan na:

"http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=823071&por"tal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

[18] European Court of Human Rights. "Affaire Schlumpf c. Suisse (Requête n° 29002/06)" Odluka je doneta 8. januara 2009.

1. Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog kraljevstva, 2002

Podnositeljka predstavke je državljanka Ujedinjenog kraljevstva, rođena 1937., i transseksualka koja je putem operacije prilagodila pol iz muškog u ženski. Ona je od ranog detinjstva imala običaj da sedi, kreće se i oblači se kao žena zbog čega se podvrgla terapiji averzije u periodu od 1963. do 1964, pokušavajući bezuspešno da se oslobodi potrebe za ženskim identitetom. Posle toga, sredinom šezdesetih, postavljena joj je dijagnoza transseksualnosti. Iako je tada kao muškarac, sklopila brak sa ženom, sa kojom ima četvoro dece, bila je ubeđena da „pol kojem mentalno pripada" ne odgovara njenom fizičkom polu. Od tog trenutka, pa sve do 1984, ona se za odlazak na posao oblačila kao muškarac, dok se u slobodno vreme oblačila kao žena. Januara 1985., podnositeljka predstavke započela je ozbiljno lečenje, odlazeći svaka tri meseca na Kliniku za polni identitet bolnice Čering Kros za tretmane koji su podrazumevali redovne konsultacije sa psihijatrom, a povremeno i sa psihologom. Prepisana joj je hormonska terapija i počela je da pohađa časove ulepšavanja i glasovne vežbe. Od tada je u potpunosti živela kao žena. Oktobra 1986. podvrgla se operaciji prilagođavanja pola. Njeno lečenje i operaciju obezbedila je i finansirala Nacionalna zdravstvena služba. Podnositeljka predstavke razvela se od bivše supruge, ali su deca nastaviula da joj pružaju ljubav i podršku.

Pošto je u pravnom smislu ostala lice muškog pola, Državna agencija je obavestila da državnu penziju ne može da dobije sa navršenih 60 godina što je starosna granica za sticanje tog prava za žene u Ujedinjenom kraljevstvu već da se doprinosi moraju uplaćivati sve do njene 65 godine, što je starosna granica za sticanje tog prava za muškarce. Takođe, podnositeljka predstavke i dalje ima obavezu da plaća skuplje premije za osiguranje vozila koja važe za muškarce. Ona takođe nije mogla da podnese zahtev za izdavanje povlastice za besplatan gradski prevoz gradskim autobusom u Londonu sa navršenih 60 godina, kao što to mogu druge žene, već mora da čeka 65 navršenih godina. Prilikom popunjavanja obrazaca za hipoteku, zahteva za životno osiguranje, privatnu penziju ili osiguranje vozila, morala je da navodi pol koji je imala pri rođenju ili da pokaže svoj izvod iz matične knjige rođenih, zbog kojeg maltretiranja i podsmeha koji izaziva osoba ženskog izleda sa dokumntima koja glase na muškarca, se opredelila da ne iskoristi ove pogodnosti.

Osnovno pitanje koje je Sud u Strazburu rešavao je da li je tužena Država postupila ili nije u skladu sa pozitivnim obavezama da obezbedi poštovanje prava na privatni život podnositeljke predstavke, transseksualne osobe koja je putem operacije prilagodila pol iz muškog u ženski, pogotovo s obzirom na to da njeno prilagođavanje pola nije priznato u pravnom smislu.

Podnositeljka predstavke koja je po rođenju upisana kao muškarac podvrgla se operaciji prilagođavanja pola i u društvu živi kao žena. Uprkos tome, podnositeljka predstavke se u pravne svrhe tretira i dalje kao muškarac. To je uticalo, a i dalje utiče, na život podnositeljke predstavke u situacijama kada je pol u pravnom smislu bitan i kada se pravi razlika između muškaraca i žena, pored ostalog, u oblasti penzija, npr. starosne granice za odlazak u penziju.

Sud je zauzeo stanovište da može da dođe do ozbiljnog ugrožavanja privatnog života onda kada stanje domaćeg prava dolazi u sukob s jednim važnim aspektom ličnog identiteta. Po mišljenju Suda, stres i otuđenje proistekli iz nesklada između položaja u društvu koji zauzima transseksualn osoba koji je putem operacije prilagodila pol i položaja koji joj nameće zakon koji odbija da prizna takav, prilagođeni pol ne može se smatrati malom neprijatnošću nestalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do sukoba imeđu fizičke/faktičke društvene realnosti i prava, što transseksualne osobe stavlja u pecifično neprirodan položaj koji kod može da izazove osećanje ranjivosti, poniženja i strepnje.

Podnositeljka predstavke je prilagođavanje pola izvršila o trošku nacionalne zdravstvene službe koja obezbeđuje prilagođavanje pola operativnim putem kako bi se, kao jedan od osnovih ciljeva, postigla što veća asimilacija s polom kome transseksualna osoba smatra da stvarno pripada. Sud iznenađuje činjenica da uprkos tome, prilagođavanje pola koja je zakonito obezbeđena, nije u potpunosti pravno priznata, jer bi pravno priznanje moralo da se smatra konačnim korakom koji predstavlja kulminaciju dugotrajnog i mukotrpnog procesa transformacije kroz koji je transseksualac prošao.

Sud je presudio jednoglasno da je došlo do povrede člana 8. Konvencije i takođe jednoglasno da je došlo do povrede člana 12. Konvencije. Odlučuje jednoglasno da samo konstatovanje povrede predstavlja dovoljno pravično zadovoljenje za nematerijalnu štetu koju je pondositeljka predstavke pretrpela. Odlučuje jednoglasno da je tužena država dužna da u roku od tri meseca podnositeljki predstavke isplati 39 hiljada evra na ime sudskih i ostalih troškova.

2. Van Kuk protiv Nemačke, 2003

Podnositeljka podneska je nemačka državljanka, rođena je 1948. i živi u Berlinu. Upisana je u matičnu knjigu rođenih kao muškarac sa ličnim imenom Bernard Fridrih. U domaćem dvoinstancijalnom sudskom postupku utvrđeno je da poremećaj polnog identiteta nije bio hromozomskog tipa, da je vodila život muškarca i da je čak 1972. godine sklopila/o brak sa ženom u skladu sa svojom muškom ulogom i identitetom, kao i da su supružnici sve

do 1981. godine nastojali da dobiju dete. Momenat preokreta nastupio je kada je tužilji dijagnostikovana neplodnost. Ona, tada muškarac, je zaključila da muškarac koji ne može da ima dece, nije pravi muškarac, i posledično tome, njena sledeća životna odluka je bila da promeni pol. Nikada ranije se nije osećala kao žena, niti da treba da živi kao žena, ali je od decembra 1986. bez konsultovanja sa lekarima, i bez stručne pomoći ili lekarskih uputstava, samoinicijativno počela da uzima ženske hormone. Nesumnjivo je da je saznanje da ne može da postane otac predstavljao jak udarac, usled čega je preduzet čin namerne samomedikacije kojim je želeo da počne da bude žena.

1990. je zatražila da se u njenim dokumentima promeni lično ime u Karola Brenda, što je 20. decembra 1991. usvojeno. Sud je tom prilikom utvrdio da su u njenom slučaju ispunjeni svi uslovi predviđeni u prvom Odeljku Zakona o transseksualnim osobama. Naime, Odeljak 1. do 7. Zakona o Transseksualnim osobama[19] iz 1980. omogućuje uslove, procedure i pravne posledice promene ličnog imena bez da je transseksualna osoba prilagodila pol operativni putem. Po tim odredbama osoba može da zahteva da njeno lično ime bude promenjeno na osnovu njene transseksualne orijentacije, činjenice da se više ne oseća da pripada polu pod kojim je upisana u matične knjige rođenih, da najmanje tri godine živi u skladu sa željenim polom, i da postoji jaka verovatnoća da neće promeniti svoju odluku u budućnosti. Ipak je ostalo zabeleženo da podnositeljka priloga nije tipična transseksualna osoba, ali nemački Zakon priznaje transseksualnost ma koji oblik imala.

Ona je 1992. tužila Berlinskom regionalnom sudu Nemačko zdravstveno osiguranje tražeći nadoknadu troškova za hormonalnu terapiju. Kao stanovnica berlinskog Okruga ona ima pravo na polovinu nadoknade troškova za promenu pola i hormonsku terapiju dok bi drugu polovinu trebalo da nadoknadi privatno zdravstveno osiguranje. Februara 1993. Sud je zatražio mišljenje veštaka koji je potvrdio da je stranka transseskaulna osoba tipa muškarac-žena, i da je njena transeksualnost dijagnostikovana kao bolest. U konkretnom slučaju, on preporučuje operaciju sa psihijatrijskog stanovišta kao način lečenja jer bi to popravilo socijalnu situaciju pacijentkinje, ali je naglasio i da operacija nije jedini medicinski verifikovan metod tretiranja transeksualnosti jer postoje i ozbiljne kritike njegovih efekata. Ipak, može se smatrati da transseksualne osobe posle operacije prihvataju sebe i svoja nova tela i da to doprinosi njihovioj stabilnosti. U tom smislu zaključeno je da bi operacija bila deo tretmana mentalnog oboljenja.

---

[19]Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen. "http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html"

Pristupljeno 3 avgusta 2011

3. avgusta 1993. Regionalni sud je odbacio tužiljin zahtev smatrajući da nema pravo na naknadu tih troškova, niti je bio uveren da je njenom slučaju, operativni zahvat neophodan iz isključivo medicinskih razloga.

U novembru 1994. tužilja se podvrgla operaciji prilagođavanja pola, i bila je nesposobna za rad od februara 1994. jer je u dogovoru sa svojim lekarom započela intenzivni hormonalni tretman pošto nije više mogla da podnosi patnje i neizvesnost čekanja na odluku suda. 27. januara 1995. Apelacioni sud je odbio njenu žalbu, pošto su veštaci naveli da je operacija samo poželjan vid lečenja ali ne i jedini. Sud je smatrao da tužilačka strana nije nedvosmisleno dokazala da je lečenje operativnim putem neophodno da bi troškovi operacije bili nadoknađeni. Apelacioni sud je usvojio gledište Regionalnog suda rezonujući da je ostala sumnja u nephodnost operacije. Mišljenje i nalaz veštaka sadržao je naime, dovoljno elemenata koji se tiču činjenica tužiljine tipično muške mladosti, služenja vojnog roka i braka, iz koga je izveden zaključak da je tužilja namerno sama prouzrokovala transseksualnosti, jer je započela samostalno hormonsku terapiju bez konsultacije sa lekarima. Potreba da se odredi da li je bolest namerno prouzrokovana, usled čega se gubi pravo na pokrivenost troškova lečenja iz zdravstvenog osiguranja, važi inače u Nemačkoj za sva osigurana lica.

Odlučujući u ovom slučaju, Sud u Strazburu je imao u vidu slučaj Gudvin. Takođe je imao u vidu i da brojne i bolne intervencije koje čine operativni zahvat prilagođavanja pola, zahtevaju takav nivo rešenosti da se postigne prilagođavanje pola, da ne može da bude uopšte sumnje da bi takva odluka mogla biti kapriciozna, arbitrarna ili da se osoba namah i hirovito odlučila na taj korak. Pojam "transseksualna osoba" se obično primenjuje na one osobe koje iako pripadaju jednom polu, osećaju se kao da pripadaju drugom polu, pa zbog toga nastoje da se što više integrišu u nesumnjivi identitet tog drugog pola, preduzimajući operativni zahvat da bi što više približili svoj fizički izgled svojoj psihološkoj prirodi. Za postojanje transseksualnosti, dovoljan dokaz je već i preduzet hormonalni tretman. Tužilja je sa svoje strane iscrpla manje drastične mere kao što je hormonalna terapija. Ne vidi se ni jedan arbitraran element u tužiljinoj konačnoj odluci da se posle dugotrajnog tretmana, podvrgne operaciji prilagođavanja pola, pošto joj je i njen lekar to preporučio.

Po stavu tog Suda, jedino relevantno pitanje je da li je podnositeljka podneska provela poslednje tri godine živeći u skladu sa tendenciji da prilagodi pol, i na to pitanje nemački sudovi su odgovorili potvrdno. Apelacioni sud je dakle, pogrešno ispitivao tužiljinu mušku prošlost na način da je stavljao akcenat na razne epizode koje je predstavljaju kao „pravog" muškarca a potpuno ignorišući njene višegodišnje napore da ostvari ženski identitet. Na taj način je ignorisana promena njenog identiteta, i napredak njene ličnosti ka identetu drugoga pola. Nemački sud je istakao samo neke

elemente u veštakovom mišljenju u nameri da dokaže da je ona namerno prouzrokovala svoju transseksualnost.

U svojoj presudi, Sud za ljudska prava u Strazburu je naglasio da je sama suština Konvencije poštovanje čovekovog dostojanstva i slobode, pa je data zaštita transseksualnim osobama na lični razvitak i fizičku i moralnu sigurnosti. Suštinski predmet regulisanja čl. 8. je zaštita pojedinca od arbitrarnog mešanja u privatnu sferu od strane javnih vlasti tako da države imaju obavezu da efektivno poštuju privatnost i porodični život. Taj Sud je odlučio da je tužilja nedvosmisleno pretprela štetu kao rezultat nefer sudskog postupka u Nemačkoj i nepoštovanju njenog privatnog života. Prekršeni su članovi 6. st 1, čl. 8 i 14. Dosuđena je nematerijalna šteta od 15 hiljada evra i 2500 evra sudskih troškova.

3. Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 2006

Gospođa Grant je šezdesetosmogodišnja britanska državljanka koja živi u Sent Olbeniju u Ujedinjenom Kraljevstvu. Ona je postoperativna žena, transseksualna osoba tipa "muškarac u ženu". Izvod iz matične knjige rođenih gospođe Grant ukazuje da se rodila kao muškarac i da je kao muškarac služila vojsku tri godine, od svoje sedamnaeste godine a posle je, takođe kao muškarac, radila u policiji. U svojoj dvadeset četvrtoj godini odustala je od pokušaja da živi kao muškarac i dve godine docnije podvrgla se operaciji pod nazivom genitalna rekonstrukcija.

Od tada se predstavlja kao žena i identifikovana je kao žena u kartici Nacionalnog osiguravajućeg programa i sve vreme je plaćala doprinose propisane za ženske osobe. 1972 postala je samozaposlena osoba i počela je da uplaćuje u privatni penzioni fond. Zatražila je od Državnog penzionog fonda da joj penzija započne 22. decembra 1997. na njen šezdeseti rođendan. 31 oktobra 1997 njen zahtev je odbijen na osnovu toga što je odlučeno da će ona steći pravo na državnu penziju tek kada napuni 65 godina, što su godine koje su zakonom propisane za muškarce. Ona se žalila na tu odluku ali joj je žalba odbijena.

U svetlu odluke Evropskog suda za ljudska prava donete 11 jula 2002, u slučaju Kristine Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva i slučaja „I. protiv Ujedinjenog Kraljevstva" 12 jula 2002, gospođa Grant je zatražila je da se njen slučaj ponovo otvori. U oba ta pomenuta slučaja Sud u Strazburu je utvrdio da britanske vlasti nastavljaju sa propuštanjem da preduzmu korake radi efektivnog pravnog priznanja promene pola do koje je došlo kod posteperativnih transseksualnih osoba, što predstavlja kršenje čl. 8 Konvencije o ljudskim pravima. 14 avgusta 2002 pritužilja je od strane britaskih sudskih vlasti bila informisana da joj je doduše dozvoljeno da uloži žalbu Apelacionom sudu ali je takođe tom prilikom, dobila savet da njena

žalba ne bi bila uspešna jer u vreme njenog obraćanja Penzionom fondu nisu postojale pomenute presuda u korist transseksualnih osoba.

Pošto je iscrpla unutrašnje pravne mogućnosti, ona se obratila ESLJP koji je kao prvo našao da se gospođa Grant nalazi u identičnoj situaciji u kojoj je bila i Kristin Gudvin. Kao postoperativna transseksualna osoba tipa "muškarac u ženu", gospođa Grant se smatrala žrtvom kršenja svog prava u pogledu privatnosti na način koji je u suprotnosti sa čl. 8, jer joj nije omogućeno pravno priznavanje njenog promenjenog pola.

ESLJP je uočio da je tačno da su britanske vlasti preduzeli korake da usaglase svoju praksu sa presudom u slučaju Kristin Gudvin, koji su obuhvatili pravljenje nacrta i usvajanje u Parlamentu novog zakona, što je urađeno sa pohvalnom ekspeditivnošću. To ipak, nije ni na koji način sprečilo kršenje prava gospođe Grant. Na osnovu presude ESLJP u slučaju Kristine Gudvin, u slučaju Grant konstatovano je da više nema nikakvog opravdanja za propust da se prizna promenjeni pravni status postoperativnim transseksualnim osobama. Gospođa Grant je upravo takva transseksualna osoba, i ona nije imala u vreme svog traženja penzije mogućnost da dobije pravno priznanje svoga promenjenog pola tako da je njeno traženje zbog toga tada bilo odbijeno. Kršenje njenih prava međutim je postalo rešivo od kada je stupio na snagu Zakon o priznanju roda 2004 (Gender Recognition Act), čime je stekla sredstvo da u domaćim uslovima pribavi pravno priznanje svoga statusa. Posledično, njena žalba zbog uskraćivanja penzije onako kako je priznato biološkim ženama, je opravdana. Njena prava su prekršena usled pravnog nepriznavanja faktičke situacije njenog operacijom stečenog pola pošto je doneta presuda u slučaju Kristin Gudvin, dakle od momenta kada su vlasti odbile da prihvate njenu ponovljenu žalbu, tačnije od 5 septembra 2002.

Evropski sud za ljudska prava je na osnovu toga konstatovao da postoji kršenje prava gospođe Grant na poštovanje njene privatnosti na osnovu člana 8.

4. L. protiv Litvanije, 2007

Litvanski državljanin gospodin L. rođen je 1978. i živi u Klaipėdi (Litvanija). Po rođenju bio je registrovan kao devojčica i dobio je ime koje jasno označava ženski pol. Ipak, od detinjstva on se osećao mnogo više kao dečak nego kao devojčica. Od 1998. on ima stalnu vezu sa ženom. 18. maja 1997. obratio se mikrohirurgu radi hirurške promene pola koji mu je međutim savetovao da se prvo obrati psihologu. Zbog toga je novembra 1997. otišao u Psihijatrijsku bolnicu u Viljnusu, gde je dobio dijagnozu transseksualca. Takođe je jedan lekar 16. decembra 1997. u Univerzitetskoj

Santariškes bolnici u Viljnusu postavio istu dijagnozu transseksualnosti i uputio ga je da se obrati psihologu.

U podnositeljevom medicinskom dosijeu postoji takođe preporuka da počne sa hormonalnom terapijom izdata 28. januara 1998. sa perspektivom da vremenom preduzme genitalnu rekonstrukciju hirurškim putem. U skladu sa tim, podnositelj predstavke je dva meseca uzimao hormonalnu terapiju. Njegov lekar 1999. ipak odbija da nastavi prepisivanje hormonalne terapije imajući u vidu da je u toj zemlji bilo nemoguće obaviti promenu pravnog statusa posle hirurške prilagođavanja pola, pa je hteo takvom svojom odlukom da zaštiti pacijenta od suočavanja sa pravnom nesigurnošću. Podnosilac predstavke je posle toga nastavio o svom trošku sa hormonalnom terapijom. 1999. tražio je od Univerziteta u Viljnusu da mu izda dokumenta sa muškim imenom što je bilo prihvaćeno sa razumevanjem. Ipak, njegov zahtev iste te godine da mu se sva službena dokumenta promene i da u njih bude uneto njegovo muško ime, bio je odbijen.

Od 3. do 9. maja 2000. podnosilac predstavke je bio podvrgnut delimičnoj genitalnoj rekonstrukciji. Naime, hirurški su mu uklonjene grudi u svetlu očekivanih promena Građanskog zakonika. 1. jula 2003. usvojen je taj novi Zakonik čiji je čl. p2.27. 2 predviđao da „neudato/neoženjeno odraslo lice ima pravo na genitalnu rekonstrukciju (*pakeisti lytį*) medicinskim sredstvima, ako je to medicinski moguće". Drugi stav te odredbe predviđa da će „uslovi i postupci za genitalnu rekonstrukciju biti utvrđeni zakonski". Podnositelj predstavke se tada složio sa lekarima da sledeći hirurški zahvat bude preduzet kada se usvoje ti zakoni koji treba da propišu „uslove i procedure" ali takvi zakoni nisu bili usvojeni.

2000. godine uz podršku i pomoć jednog člana litvanskog Parlamenta, podnosilac predstavke je izabrao novo ime i prezime za svoj izvod iz matične knjige rođenih i pasoš sa slovenskim poreklom da bi izbegao litvansko koje gramatički nosi vidljivu oznaku polne pripadnosti. Ipak, njegov lični broj na izvodu iz matične knjige rođenih, na pasošu, kao i na diplomi Univerziteta u Viljnusu ostao je nepromenjen i počinje četvorkom što predstavlja identifikacioni broj za osobu ženskog pola.

Od tada se podnosilac predstavke suočava sa velikim brojem svakodnevnih neprijatnosti i teškoća, jer izgleda kao muškarac do se u službenim dokumentima jasno identifikuje kao žena. Na primer, nemoguće mu je da se zaposli, plati socijalno osiguranje, ima zdravstvenu knjižicu, obrati se vlastima u raznim povodima, dobije bankarski kredit, ili izađe iz zemlje tj. uopšte pređe državnu granicu, bez da se njegov ženski polni idenitet otkrije i nađe u faktičkoj suprotnosti sa njegovim muškim izgledom. Posledica te situacije je da je podnositelj predstavke doživeo društveni

ostrakizam i da živi u izolaciji. Takvo stanje ostavilo ga je kontinuirano u permanentom stanju depresije i samoubilačkih sklonosti.

Evropski sud za ljudska prava u Strazburu septembra 2007. doneo je presudu u slučaju L. protiv Litvanije u kome Sud konstatuje da litvansko pravo, iako omogućava fizičko pilagođavanje pola, ne omogućava i promenu građanskog statusa što predstavlja pravnu prazninu usled koje je proces rodne transformacije prekida ostajući nezavršen. Potpuna hirurška genitalna rekonstrukcija treba da bude praćena adekvatnim zakonskim odredbama o promeni pravnog identita i statusa, a pošto to u Litvaniji nije bio slučaj, Sud je presudio da je time prekršen čl 8. (pravo na poštovanje privatnog života) Evropske konvencje o ljudskim pravima. Tom presudom Sud je potvrdio ranije uspostavljen princip da transseksualne osobe imaju prava na kompletan proces prilagođavanja pola kao i odgovarajuću promenu dokumenata koja bi odražavala to rilagođavaje pola. Sud je takođe uzeo u obzir mentalni stres i brojne praktične prepreke i probleme koje je podnositelj predstavke iskusio jer nije mogao da kompletira proces prilagođavanja pola. U presudi je naglašena i potreba da se bolje razumeju problem trans osoba i njihovih iskustava sa pravnim sistemom i birokratskim preprekama s kojima se suočavaju da bi takvih bilo manje i da bi se vremenom potpuno eliminisale.

5. Šlumpf protiv Švajcarske, 2009

Po švajcarskim propisima, urogenitalna rekonstrukcija, ili operativno prilagođavanje pola je intervencija koju plaća državno socijalno osiguranje, ali od momenta traženja te operacije do njenog izvršenja, treba da protekne minimum dve godine. Suština tog propisa je da se omogući dovoljno dug period za preispitivanje sopstvene odluke. Poznato je naime, da se mnoge trans osobe zapravo nikada ne odluče na operaciju i doživotno ostanu sasvim zadovoljne da uzimaju redovnu hormonalnu terapiju i promene odeću i opšti izgled u skladu sa svojim nebiološkim ali željenim rodnim identitetom. Pa pošto je operacija nepovratna intervencija, da bi je finansirala država, u Švajcarskoj je odlučeno zakonom da taj period za premišljanje i donošenje sudbonosne odluke bude dve godine.

Nadin Šlumpf je rođen 1937. godine kao muškarac po imenu Maks Šlumpf i celog života je imao problem identiteta, tj. neprihvatanja svog muškog pola. Imao je i niz psihijatrijskih tretmana, a u četrdesetoj je imao i ozbiljnu suicidalnu krizu. Ipak, odigrao je do kraja svoju ulogu oca i muža. Kada su deca odrasla i osamostalila se, a supruga umrla, gospodin Šlumpf je odlučio da ga više ništa ne sprečava da ostvari dugogodišnji san svoga života i da postane žena. Kako je već imao više od 70 godina, nije čekao zakonski predviđene dve godine, već je sam platio operaciju prilagođenja pola. Kada se nakon operacije obratila švajcarskom socijalnom osiguranju za nadokadu

troškova, oni su je/ga odbili zbog toga što nije proteklo dve godine koje su po zakonu predviđene, a zbog toga je izgubila/o i na švajcarskim sudovima.

Nadin Šlumpf se onda obratila Sudu za ljudska prava u Strazburu koji je presudio u njenu korist, iako je švajcarski zakon jasan u pogledu obaveznosti čekanja u trajanju od dve godine. Sud je naime, smatrao da je suština tog propisa da se omogući nesumnjivo formiranje odluke trans osobe da želi da se izvrši operacija. Kako je (raniji) gospodin a sada gospođa Šlumpf time što je sam platio operaciju jasno demonstrirao svoju nedvosmisleno formiranu volju da operacijom prilagodi svoj pol i postane žena, nikakav dodatni rok onda nije potreban da bi se ta volja još jasnije formirala, učvršćivala ili demonstrirala. Dakako, Sud je imao u vidu činjenicu da je sadašnja gospođa Nadin Šlumpf u godinama kada je svakome preostalo vreme očekivanog života zapravo kratko, da je iza nje bilo više decenija dovoljnih za donošenje odluke i da rok koji ima smisla kada su u pitanju recimo osobe od dvadesetak godina, gubi svaki smisao kada je u pitanju osoba od preko 70 godina starosti. Ipak, presuda se ne bazira na starosti gospođe Šlumpf već isključivo na činjenici jasno demonstrirane volje da se prilagodi pol dokazanoj preduzimanjem i plaćanjem operacije.

To čini ovu odluku onim što se naziva test odlukom, primenljivom na sve slične slučajeve kada se za naknadu troškova operacije od strane socijalnog osiguranja zahtevaju dodatni uslovi, protek vremena i sl. Švajcarska će morati da plati operaciju i Nadin Šlumpf i da isto uradi u svim drugim sličnim situacijama kada trans osoba ne želeći da čeka protek zakonskog roka od 2 godine sama plati urogenitalnu operaciju i time demonstrira svoju volju da prilagodi pol.

Umesto zaključka: pet novih politika u oblasti transseksualnosti

Postojanje pojmova suženica, ženskać i ženski petko u srpskom jeziku i tradiciji govore o tome da je pojava odbijanja svog biološkog pola poznata u srpskom narodu i oni se koriste od strane društvene zajednice sa ciljem marginalizacije i stigmatizacije takvih osoba zbog njihove identitetske neuklopljenosti.[20] Sa početka dvadesetog veka potiču i pedagoška uputstva po kojima odrastanjem i vaspitavanjem dečaka „sa ženskim osobinama“ treba neminovno da rukovodi otac, stariji i razboritiji muški ukućani, dok će evdentualna opasnost od razvijanja homoseksualnih potreba izbeći strogom kontrolom i suzbijanjem, uz davanje objašnjenja o neprirodnosti takvih nagona.[21] Ipak je isti autor konstatovao da se „simptomi uranizma (kako se

[20] Miljković M., „Muškarci sa ženskim osobinama“ o problemu maskuliniteta na početku dvadesetog veka u Srbiji, Genero, vol. 15/2011, Beograd, 2011. str 144-145

[21] Op.cit. 156

tada nazivala pojava odbijanja svoga biološkog pola) ne mogu izmeniti u svojoj osnovi ali se može olakšati socijalizacija pojedinca. Zbog faktora biološke neminovnosti neophodno je pokazati više razumevanja za „muškarce sa ženskim osobinama“.[22]

Nedavne presude Suda za ljudska prava deo su trenda promene odnosa društva prema telu i neminovnosti telesnog na početku XXI[23] pa Epštajn koristi i termine „oproštaj od tela“ ukazujući na moguću perspektivu „posttelesne“, postbiološke civilizacije.[24] Jasno je da promene i razvitak shvatanja o obimu i karakteru zaštite ljudskih prava transseksualnih osoba spadaju u najdinamičnije oblasti ljudskih prava, pa je neophodno sagledati i te nove politike koje su se nedavno formirale a koje se oslanjaju primarno na ustavne odredbe o dostojanstvu ličnosti i zabrani diskriminacije, presude Evropskog suda za ljudska prava koje su pomenute u ovom tekstu, ali i na autentično iskustvo transseksualnih osoba.

1. Ustavni sud Republike Srbije je na 6. sednici Drugog Velikog veća, u predmetu Už-3238/2011 doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosioca X i utvrdio da je Opštinska uprava Y, donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[25] Ustavni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da se podnosilac ustavne žalbe, koji je u matične knjige po rođenju upisan kao žena, podvrgao operaciji prilagođavanja pola, te da danas u društvu živi kao muškarac, ali se u pravnom smislu i dalje tretira kao žena, te da nesumnjivo postojeći nesklad između faktičkog i pravnog stanja stvari utiče na život podnosioca ustavne žalbe, naročito na njegovo ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, ali i na situacije kada je u pravnom smislu pol bitan, odnosno kada se u pogledu ostvarivanja nekih prava, pravi razlika između muškarca i žene.[26]

---

[22] Op. cit. 153

[23] Epštajn, Mihail Naumovič, Filozofija tela, Geopetika, Beograd, 2009. koji na str. 15 navodi još i da „Nikada do sada nije bila toliko jaka medicinsko-sportska komponenta civilizacije. Nikada ranije nauka nije prodirala toliko duboko u tajne građe tela.“

[24] op. cit. str. 21

[25] Sud je utvrdio da su organi iz člana 6. st. 2. i 4. Zakona o matičnim knjigama stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu, pa je naložio Opštinskoj upravi Y, da u roku od 30 dana od dana dostavljanja ove Odluke, odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih.

[26]"http://www.ustavni.sud.rs/page/view/156-101563/usvojena-ustavna-zalba-zbog-propustanja-drzavnog-organa-da-odluci-o-zahtevu-podnosioca-ustavne-zalbe-za-promenu-podataka-o-polu"

2. Dinamika razvitka društvenog položaja transseksualnih osoba praćena je i jezičkim promenama, pa i sukobima različitih shvatanja. Kako jezik itekako može da diskriminiše potrebno je pratiti i usvajati i promene te vrste, posebno one na kojima insistiraju same transseksualne osobe. Tako se npr javlja ali i odbacuje pojam transeksualnost sa jednim „s“. U medicinskom diskursu koristi se izraz “transseksualnost” (sa dva “s”), nasuprot LGBT pokretu koji koristi izraz “transeksualnost” (sa jednim “s”) smatrajući da je transeksualnost pitanje ljudskih prava, a ne medicine.[27] Kako je izostavljanje jedno „s“ zapravo gramatički neispravno, jer se radi o složenoj reči od dve, od kojih se prva završava slovom „s“ a druga počinje istim slovom „s“ smatramo da je uz svo uvažavanje stavova aktivistkinja i aktivista, ipak pravilno koristiti oba „s“ u pojmu transseksualnost. Istovremeno ne vidi se kako se izostavljanjem jednog „s“ postiže veći stepen ljudskih prava transseksualnih osoba tim pre što ni aktivistički klaster nije jedinstven po tom pitanju. Kako su presude Evropskog suda za ljudska prava dosledne u upotrebi oba „s“ u svim presudama koje su donete u korist transsesualnih osoba, smatramo da je u pojmu transseksualnost i izvedenim pojmovima pravilnija upotreba oba „s“.

3. Treba takođe skrenuti pažnju da aktivistički pokret za prava tansseksualnih osoba vrlo decidirano odbija upotrebu termina „promena pola“ i insistiraju na terminu „prilagođavanje pola“ jer smatraju da se operativnim putem menjaju samo genitalije i usklađuju se sa samopercepcijom svoga roda koja ostaje ista. U medijima, i u oskudnoj literaturi koja postoji na našem jeziku koriste se oba termina ravnopravno jer još uvek ne postoji opšti konsenzus o tome. Inače, na engleskom se koristi termin genitalna rekonstrukcija, (*genital reconstruction*), a na francuskom *reasignation hormono-chirurgicale du sexe* (RHCS) što ne rešava našu dilemu, ali svakako ukazuje da se „promena pola“ ni na tim jezicima ne smatra adekvatnim terminom.

4. Korak dalje načinjen je u januaru 2012 u Srbiji kada je pokrenuta inicijativa od strane aktivistkinja i aktivista LGBT pokreta da se koristi termin "lečenje Harry Bendžaminovog sindroma".[28] Iako do usvajanja termina „HB sindrom” predstoji još dosta diskusija, jasno je da je već sada široko usvojeni termin „prilagođavanje pola” mnogo senzitivniji od medijski preovlađujuće prisutnog termina „promena pola” pa je već u stalnoj upotrebi u LGBT literaturi kako u Srbiji tako i u regionu.

---

[27] Savić Marija, (2011), Transrodnost – nepoznato T unutar LGBT, u Čitanka lezbejskih i gej ljudskih prava, 78

[28] "http://www.peticije24.com/signatures/ukidanje_skaradnog_cirkusantskog_termina_promena_pola/"

5. Evropski parlament je 28. oktobra 2011. godine usvojio rezoluciju kojom poziva Svetsku zdravstvenu organizaciju da prestane da klasifikuje transrodne osobe kao mentalno bolesne osobe. „Poremećaj rodnog identiteta" je trenutno klasifikovan kao „mentalni poremećaj u ponašanju" prema Međunarodnoj klasifikaciji bolesti koju izdaje Svetska zdravstvena organizacija. Tekst usvojene rezolucije poziva Evropsku Komisiju i Svetsku zdravstvenu organizaciju da povuku poremećaj rodnog identiteta s liste mentalnih poremećaja i da osiguraju nepatološku reklasifikaciju u pregovorima o 11. verziji Međunarodne klasifikacije bolesti.[29] Emina Bozkurt, poslanica Evropskog parlamenta i članica LGBT grupe unutar Evropskog parlamenta, autorka amandmana za ukidanje poremećaja rodnog identiteta, objašnjava: „Transrodni identiteti još se uvek smatraju mentalnim poremećajem u Svetskog zdravstvenoj organizaciji. To se mora hitno promeniti i sigurna sam da će sledeća verzija MKB imati nepatološku reklasifikaciju da bi transrodne osobe koje žele da žive u telu koje odgovara njihovom identitetu imale pravo na medicinsko lečenje".[30] Potpredsednik LGBT grupe unutar Evropskog parlamenta Raul Romeva Rueda, takođe, poslanik Evropskog parlamenta, dao je svoje mišljenje: „Ako gledamo na transrodne osobe kao na mentalno bolesne osobe, to znači da te osobe nisu slobodne da odlučuju šta je najbolje za njih i često su ponižavane od strane medicinskog osoblja, njihovih poslodavaca i porodica. Ova rezolucija šalje jasnu poruku Evropskoj komisiji i Svetskoj zdravstvenoj organizaciji da patologija rodnog identiteta mora da bude ukinuta kao što je ukinuta za homoseksualnost 1990". Evropska komisija učestvuje u pregovorima za sledeću verziju Međunarodne klasifikacije bolesti. Poslanici Evropskog parlamenta očekuju od Komisije da uvaži mišljenje Parlamenta, dato u rezoluciji, koju su podržale sve političke stranke u Parlamentu.[31]

---

[29] Međunarodna klasifikacija bolesti (MKB) služi kao svetski priznati popis fizičkih i mentalnih oboljenja. MKB je do 1990. godine klasifikovala homoseksualnost kao mentalni poremećaj. Popis oboljenja se trenutno razmatra i revidira i sledeća verzija MKB-a trebalo bi da bude gotova 2015. nakon dugih konsultacija.

[30] "http://www.labris.org.rs/egzistencija/transrodne-osobe-nisu-mentalno-obolele.html"

[31] TransGender Europe (2011): European Parliament asks WHO to depathologize transgender identities

Zorica Mršević, PhD

JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN FAVOR OF TRANSSEXUALS

In the article are presented five decisions of the European Court of Human Rights/Strassbourg, which dealt with gender identity as a part of recognized right to privacy: Goodwin v. United Kingdom, Van Kueck v. Germany, Grant v. United Kingdom, L. v. Lithuania, and Schlumpf v. Switzerland. The decisions of the ECHR oblige the state parties to share the costs of medical treatment of transsexuals and to develop good enough legal frameworks which regulate medical treatment and following changes in official status of the transsexuals. The standpoint of the Court is that the states have duty and transsexuals right to receive adequate medical treatment and official changes of their legal identity and status. Dissatisfactory and unacceptable is the legal situation of the transsexuals who passed the genital reconstruction operation without possibility to change their personal documents and other elements of legal status and thus to live in social vacuum, not belonging to any sex. The author also analyzed the transsexuality as always existing phenomena, known in Serbia too, although perceived as the very modern one. There also is the strong plea for protection of human rights of transsexual persons who certainly are not perverts, immoral or unstable personalities and who should be protected against discrimination and violence. There are also examples of different terminology in use, where the author stresses that the language also might be discriminative what should be avoided. The article is concluded by presentation of the five new politics in domain of transsexuality among which the most important is the March decision of the Constitutional Court of Republic of Serbia on obligatory change of personal names after the genital reconstruction operation.

***Key words**: transsexuals, genital reconstruction operation, judgments of the European Court of Human Rights, changes in legal status, new politics in domain of transsexuality*

Literatura

Andrije Bernar, Boeč Žil, Rečnik tela, Beograd, Službeni glasnik, 2010.

LJ. R., *Država plaća promenu pola a zakida na bolesnoj deci,* Press 4 avgust 2011, Rubrika: Vesti dana, Strana: 8, 9.

"http://www.pressonline.rs/sr/vesti/vesti_dana/story/170712/Dr%C5%BEava+pla%C4%87a+promenu+pola+a+zakida+na+bolesnoj+deci.html"

Hribar S., U cipelama moga roda, *Novi list,* Rijeka, 04.02.2012

"http://novine.novilist.hr/default.asp?WCI=Rubrike&WCU=285C2863285A2863285A28582859285A28632893289D2894289C28632863285D2861285E285B2860285F28632863286328592863F"

European Court of Human Rights. "Affaire Schlumpf c. Suisse (Requête n° 29002/06)" 8.januar 2009. Dostupno 2.maja 2009 sa: "http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=schlumpf%20%7C%2029002/06&sessionid=21301430&skin=hudoc-pr-en".

European Court of Human Rights, Grant v. United Kingdom

"http://globalawandpolitics.blogspot.com/2006/05/grant-v-united-kingdom.html"

European Court of Human Rights, L. v. Lithuania,

"http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=823071&por"tal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

European Court of Human Rights, Van Kueck v. Germany

"http://archive.equal-us.eu/132/1/ECHR%2C_van_Kuck_v._Germany%2C_no._35968:97_[2003].pdf"

Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen. "http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html" Pristupljeno 3 avgusta 2011

Miljković Milan, „Muškarci sa ženskim osobinama" o problemu maskuliniteta na početku dvadesetog veka u Srbiji, *Genero,* vol. 15/2011, Beograd, 2011.

Mršević Zorica, (2011), Promena pola iz medicinskih razloga, str 271 – 283. Ed. Stevan Lilić, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije.*

Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, 8. mart 2012.

"http://www.ustavni.sud.rs/page/view/156-101563/usvojena-ustavna-zalba-zbog-propustanja-drzavnog-organa-da-odluci-o-zahtevu-podnosioca-ustavne-zalbe-za-promenu-podataka-o-polu"

Pavlović S., Transeksualni ─ neravnopravni, nejednaki, zaboravljeni, *Na margini margine – Promena pola u Srbiji*, Labris konferencija.

Predmet Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljvstva br 38957/95, Presuda Strazbur 11 juli 2002, objavljeno u *Evropski sud za ljudska prava odabrane presude. knj 4*.Beograd 2009, Savet Evrope, kancelarija u Beogradu 231 - 254

"http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=823071&por"tal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

Savić M., (2011), Transrodnost – nepoznato T unutar LGBT, u *Čitanka lezbejskih i gej ljudskih prava,* (prir.Gavrić Saša), Sarajevski otvoreni centar, "http://www.soc.ba", Fondacija Heinrich Böll, ured u BiH, "http://www.boell.ba", Sarajevo.

TransGender Europe (2011): *European Parliament asks WHO to depathologize*

transgender identities **(**http://tgeu.org/EUP_Res_28Sept2011)

"http://drdrantz-sciencesexuality.blogspot.com/2009/06/transsexuals-versus-world-health.html", June 19, 2009.

"http://drdrantz-sciencesexuality.blogspot.com/2009/06/transsexuals-versus-world-health.html"

Todorović S., Lekari iz SAD i Austrije u Srbiji uče da menjaju pol, *Blic,* 26. 01. 2012

"http://www.blic.rs/Vesti/Drustvo/303559/Lekari-iz-SAD-i-Austrije-u-Srbiji-uce-da-menjaju-pol"

Zakon o zdravstvenom osiguranju, *Sl. glasnik RS,* br. 57/2011.

Zaštitnik građana, *LGBT populacija u Srbiji – stanje ljudskih prava i društveni položaj,* Beograd, septembar 2011. godine. "http://www.ombudsman.rs/" str. 14-19.

Милан Јечменић*

УДК: 343.296
Прегледни научни рад

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ УСКРАЋИВАЊА НЕОПХОДНЕ ПОМОЋИ

Предмет пажње аутора у овом раду је питање одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи. У раду аутор анализира правна правила којима је уређено питање одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи у француском, немалчком, енглеском, америчком и српском праву.

Кључне речи: *ускраћивање неопходне помоћи, одговорност за штету.*

1. Уводна излагања

Један човек ишао је из Јерусалима за Јерихон. На том путу напали су га разбојници, опљачкали га, ранили и оставили скоро мртвог. Након извесног времена, наишао је свештеник. Када је видео повређеног човека прешао је на другу страну. Након свештеника наишао је Левит који је такође ишао за Јерихон. Када је видео повређеног човека и Левит је прешао на другу страну. Коначно, наишао је Самарићанин и када је видео повређеног човека, сажалио се на њега, пришао му је, завио његове ране, ставио га на своју запрегу, одвео га са собом и бринуо се о њему.[1]

У овој библијској причи говори се о моралној обавези да се помогне другоме у невољи. Међутим, морал није исто што и закон, па тако морална обавеза да се помогне другоме у невољи, не представља уједно и законску обавезу да се то учини. Предмет пажње аутора у овом раду је следеће питање: да ли би у француском, немачком, енглеском, америчком и српском праву свештеник и Левит били

* Студент докторских студија, Правни факултет у Крагујевцу

[1] Јеванђеље по Луки, 10:29-37.

одговорни због тога што нису пружили помоћ повређеном човеку, или другачије речено, да ли у француском, немачком, енглеском, америчком и српском праву постоји законска обавеза да се помогне другоме у невољи?

На основу библијске приче о добром Самарићанину, правна правила којима је уређено питање одговорности лица које ускрати неопходну помоћ, како кривичне, тако и грађанскоправне одговорности за штету која услед тога настане у свету су позната као „Закон доброг Самарићанина“. У овом раду акценат ће бити на грађанскоправној одговорности за штету која настане услед ускраћивања неопходне помоћи. Међутим, приликом разматрања овог питања осврт на кривично законодавство је неминован. У раду аутор анализира правна правила којима је уређено питање одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи у француском, немачком, енглеском, америчком и српском праву.

2. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи у француском праву

У француском праву, непружање помоћи другоме у опасности је кривично дело. Чланом 223-6 француског Кривичног законика (*Code Penal*) предвиђено је да онај ко се свесно уздржи од пружања помоћи некоме ко је у опасности, коју је без ризика по себе или трећа лица могао пружити било својим властитим деловањем, или покретањем спасавања, може бити кажњен затворском казном у трајању до 5 година, или новчаном казном до 75000 евра.[2]

У француском деликтном праву субјективна одговорност, односно одговорност на основу кривице уређена је члановима 1382 и 1383 француског Грађанског законика (*Code Civil*). Чланом 1382 француског Грађанског законика предвиђено је да свако дело којим се другоме наноси штета обавезује онога чијом је кривицом штета проузрокована да ту штету надокнади.[3] Чланом 1383 француског Грађанског законика предвиђено је да је свако одговоран не само за

[2] „Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.“

[3] „Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. “

штету коју проузрокује својим делом, већ и за штету коју проузрокује својом непажњом или немаром.[4]

Грађанскоправна одговорност због ускраћивања неопходне помоћи заснована је на кривичној одговорности због ускраћивања неопходне помоћи. Непружање помоћи другоме у опасности ће за последицу имати како кривичну одговорности лица које ускрати неопходну помоћ на основу члана 223-6 француског Кривичног законика, тако и грађанскоправну одговорност за штету која услед тога настане на основу члана 1382 француског Грађанског законика.[5] Дакле, грађанскоправна одговорност због ускраћивања неопходне помоћи за претпоставку има утврђену кривичну одговорност лица које је ускратило неопходну помоћ, то јест, односи се на штету која је настала ускраћивањем неопходне помоћи које представља кривично дело у смислу члана 223-6 француског Кривичног законика.

Лице које ускрати неопходну помоћ другоме биће кривично одговорно у смислу члана 223-6 француског Кривичног законика уколико су испуњени одређени услови. Прво, мора постојати угрожена особа. Опасност која прети угроженој особи мора бити непосредна и константна и мора захтевати хитну акцију у циљу заштите физичке безбедности жртве.[6] Друго, потенцијални спасилац мора знати да је друга особа угрожена. Уколико неко остане неактиван када види другу особу у опасности он ће бити одговоран само ако је свестан последица свог нечињења и намерно одбије да пружи помоћ, али неће бити одговоран уколико није разумео да је ситуација била хитна.[7] Треће, потенцијални спасилац мора имати способност и могућност да пружи неопходну помоћ. Четврто, не сме постојати опасност по потенцијалног спасиоца или друге особе. Тако, неће бити одговоран потенцијални спасилац уколико нема способност и могућност да пружи ефикасну помоћ, или такву помоћ не може пружити без опасности по себе или друге особе.[8] Уколико су ови услови испуњени постојаће кривична одговорност лица које ускрати неопходну помоћ, а самим тим ће наступити и грађанскоправна одговорност за штету која услед тога настане.

---

[4] „Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

[5] F. Jaeck, „The Good Samaritan Law in France", *The Good Samaritan Law across Europe*, www.daneurope.org, 28. 12. 2011.

[6] P. Agulnick, H. Rivkin, „Criminal Liability for Failure to Rescue: A Brief Survey of French and American Law", *Touro International Law Review*, New York 1998., 111.

[7] J. Carbonnier, *Droit Civil, Vol. 4: Les obligations,* Paris 2000., 403.

[8] P. Agulnick, H. Rivkin, 114.

У једном случају из француске судске праксе, једна особа је шетала по танком леду, пропала кроз лед у дубок канал и замало се удавила. Друга особа је покушала да га спаси пружајући му металну шипку да се ухвати за њу, док је за то време таст особе која је пропала кроз лед отишао, одбијајући да помогне у спасавању. Таст је проглашен одговорним и морао је да плати свом зету 25000 франака.[9]

3. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи у немачком праву

У немачком праву, непружање помоћи у опасности је кривично дело. Чланом 323c немачког Кривичног законика (*Strafgesetzbuch*) предвиђено је да ко не пружи помоћ у несрећним случајевима или при општој опасности и невољи, иако је ова помоћ неопходна и разумна у датим околностима, и ако је могућа без неке знатне опасности по себе и без повреде других важних обавеза, кажњава се затворском казном до једне године или новчаном казном.[10] Међутим, члан 323c немачког Кривичног законика је више едукативног карактера него што се стварно примењује у пракси.[11]

У немачком грађанском праву постоје три могућа основа одговорности за штету која настане услед ускраћивања неопходне помоћи. То су чланови 823 I, 823 II и 826 немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

Чланом 823 I немачког Грађанског законика предвиђено је да особа која намерно или непажњом, противправно повреди живот, тело, здравље, слободу, имовину или друга права друге особе обавезна је да накнади штету која из тога проистекне.[12] Уколико је неко од права заштићених чланом 823 I немачког Грађанског законика повређено чињењем штетника, важи претпоставка да је чињење било противправно, а једини начин да штетник побије ову претпоставку је

[9] Tribunal Correctionnel, 27. March, 1947.

[10] „Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

[11] B. Markesinis, H. Unberath, *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2002., 27.

[12] „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

позивом на неку од околности које искључују противправност штетне радње.[13]

Уколико је неко од права заштићених чланом 823 I немачког Грађанског законика повређено нечињењем штетника, не постоји претпоставка противправности нечињења, већ нечињење може бити противправно само у случају повреде обавезе на чињење.[14] Обавезе на чињење уведене су кроз судску праксу у виду тзв. заштитних дужности (*Verkehrspflichten*). Заштитне дужности засноване су на томе да онај ко својом активношћу, или кроз своју имовину у свакодневном животу успоставља, или одржава извор потенцијалне опасности за права и интересе других, мора предузети све потребне мере предострожности у циљу заштите других од ризика које је проузроковао, односно у циљу спречавања настанка штете. Тако да одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи не може бити успостављена на основу члана 823 I немачког Грађанског законика.

Чланом 823 II немачког Грађанског законика предвиђено је да уколико неко повреди законско правило које је предвиђено у циљу заштите другога, биће дужан да накнади штету која услед тога настане, а уколико је према садржини законског правила могућа повреда истог и без кривице, обавеза на накнаду штете настаје само у случају кривице.[15] Практично, то би значило да повреда обавезе пружања помоћи у опасности предвиђене чланом 323c немачког Кривичног законика, за последицу има одговорност за штету која услед тога настане на основу члана 823 II немачког Грађанског законика. Међутим, оно што је проблематично у овом случају, јесте то, да је тренутно већинско мишљење немачких правних теоретичара и немачке судске праксе да члан 323c немачког Кривичног законика није предвиђен у циљу заштите појединаца, већ у циљу заштите друштва у целини.[16]

У прилог оваквог става истиче се више аргумената. Прво, сматра се да није разумно да је циљ овог законског правила да особа која није пружила помоћ може бити одговорна на исти начин као и директни починилац штете.[17] Сматра се да претња казном у овом случају не представља налог за пружање индивидуалне помоћи за добробит других особа, него представља грађанску дужност да се помогне у

[13] J. Kortmann, „Liability for Nonfeasance, a comparative study“, *Oxford University Comparative Law Forum*, Oxford 2001., 168.

[14] *Ibid.*

[15] „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

[16] H. Koziol, B. Steinenger, *European Tort Law*, Wien, New York 2007., 86.

[17] C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2007., 465.

очувању јавног реда и сигурности у екстремно опасним ситуацијама.[18] Други аргумент у прилог овог схватања је то, да пружена помоћ не мора бити успешна да би се избегла кривична одговорност.[19] Из овога произилази да одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи не може бити успостављена на основу члана 823 II немачког Грађанског законика.

Једини могући основ одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи у немачком праву је члан 826 немачког Грађанског законика који се односи на намерно проузроковање штете у супротности са добрим обичајима (*contra bonos mores*). Чланом 826 немачког Грађанског законика предвиђено је да ко другоме намерно проузрокује штету на начин противан добрим обичајима, обавезан је да накнади ту штету.[20]

За успостављање намере у смислу члана 826 немачког Грађанског законика довољно је да је починилац штете био свестан свог штетног понашања, није неопходно да је и његова намера била да проузрокује штету.[21] Ускраћивање помоћи другоме ће само у посебним околностима бити поступак *contra bonos mores*. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи ће постојати уколико услед ускраћивања помоћи наступи смрт или тешка телесна повреда жртве и уколико је за потенцијалног спасиоца било врло лако да интервенише без опасности по себе.[22]

4. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи у енглеском праву

У енглеском праву општа обавеза пружања помоћи другоме у опасности не постоји ни у кривичном, ни у грађанском праву.[23] У наставку ограничићемо се само на питање грађанскоправне одговорности за штету која настане услед ускраћивања неопходне помоћи. Полазна основа за разматрање овог питања у енглеском праву је став који је изрекао Лорд Гоф у случају *Smith v Littlwoods*

[18] J. Smits, The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future, Maastricht University 2000., http://works.bepress.com/jan_smits/8, 30. 12. 2011.

[19] C. Van Dam, 465.

[20] „Wer in einer gegen die gute Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.“

[21] C. Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume One, Munchen 1998., 51.

[22] J. Kortmann, 169.

[23] C. Von Bar, 311.

Organisation Ltd: „Енглеско право не познаје одговорност за то што се зове чист пропуст“[24], или другачије речено, не постоји општа обавеза пружања помоћи коју нека особа има у циљу спречавања штете коју може претрпети друга особа.

Међутим, од овог општег правила постоје изузеци. Обавеза пружања помоћи другоме постоји уколико између потенцијалног спасиоца и жртве постоји однос који доводи до такве обавезе. Такав однос постоји између родитеља и детета, домаћина и госта, превозника и путника, власника земљишта и посетиоца, послодаваца и запослених док су на послу...[25] Дакле, у свим овим односима постоји нека врста „непосредне близине“ између потенцијалног спасиоца и жртве, па ће ускраћивање неопходне помоћи у таквим случајевима за последицу имати одговорност за штету лица које ускрати неопходну помоћ.

Међутим, то не мења основни принцип енглеског права да где је нека особа угрожена нечим што није повезано са другом особом, друга особа се не обавезује да дође и помогне, иако је у могућности да отклони опасност са мало труда.[26] „Када нека особа није учинила ништа да себе стави у било какав однос са другом особом у невољи, или са његовом имовином, сама случајна блискост не захтева од њега да помогне тој особи. Може постојати морална дужност да то учини, али не постоји законска обавеза да се то учини.“[27] То практично значи да професионални пливач може стајати на обали и посматрати другога како се дави, али неће имати законску обавезу да помогне, па самим тим неће бити одговоран ни за штету која услед тога настане.

У једном случају из судске праксе, добар пливач је изнајмио чамац очигледно пијаној особи која није била у могућности да њиме прописно и сигурно управља. Особа која је изнајмила чамац, одвезла се чамцем. Чамац се преврнуо, а он је тридесет минута дозивао у помоћ, држећи се за чамац. Особа која му је изнајмила чамац, чула је позиве у помоћ, седела на обали и одбила да било шта предузме. Особа која је изнајмила чамац се удавила. Суд је донео одлуку да он није одговоран за штету јер није постојала обавеза пружања помоћи. „Он се можда с правом може назвати немилосрдним, дивљим и моралним монструмом, али он није одговоран за штету.“[28] То што је неко могао да се држи за чамац тридесет минута је чак искоришћено као аргумент да је могао да води рачуна о сопственој сигурности.

---

[24] Smith v Littlewoods Organisation Ltd [1987] 2 AC 241.

[25] B. Markesinis, S. Deakin, *Markesinis and Deakins Tort Law*, Oxford 2003., 151.

[26] *Ibid.*, 152.

[27] Dorset Yacht Company v Home Office, [1970] *AC* 100.

[28] Osterlind v Hill, 263 *Mass.* 73, 160 *N.E.* 301 (1928).

Међутим, однос који постоји између изнајмљивача чамца и његове муштерије може се посматрати и као однос на основу кога настаје обавеза пружања помоћи. У случају *Ogopogo*, гост на броду за забаву је пао преко палубе, власник брода је покушао да окрене брод да би га спасио, али није успео да га правилно позиционира. Други гост је заронио да га спаси и оба госта су се удавила. Суд је одлучио да власник брода није одговоран за штету јер под околностима случаја није био немаран.[29] Обавеза пружања помоћи можда постоји, али суд није био вољан да одржи висок стандард пажње.

Потврду става енглеског права по питању обавезе пружања помоћи другоме у опасности, а самим тим и одговорности за штету која настане услед ускраћивања неопходне помоћи, када између потенцијалног спасиоца и жртве не постоји однос услед којег таква обавеза настаје, изразио је Лорд Николс у случају *Stovin v Wise*: „Прихваћена правна позиција је да посматрач није дужан да предузме кораке да спаси дете које се дави, или непажљивог пролазника. Потребно је нешто више него бити само посматрач. Мора да постоји неки додатни разлог зашто је праведно и разумно да нека особа треба да буде сматрана чуваром свог брата и да има законску обавезу у том смислу. Када постоји додатни разлог, онда се говори о довољној блискости. То је уобичајено обележје.[30]

5. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи у америчком праву

У америчком праву општа обавеза пружања помоћи другоме у опасности није предвиђена ни у кривичном, ни у грађанском праву, чак ни уколико би пружање помоћи било лако и без ризика по потенцијалног спасиоца, а ускраћивање помоћи за последицу имало смрт лица у опасности.[31] У наставку ћемо се ограничити само на питање грађанскоправне одговорности због ускраћивања неопходне помоћи.

Опште правило америчког права о непостојању опште обавезе пружања помоћи другоме у опасности изражено је у члану 314 *The*

[29] The Ogopogo [1971] 2 Lloyds Rep 410.

[30] Stovin v Wise, [1996] 3 *All ER* 801.

[31] A. Hayden, Imposing criminal and civil penalties for failing to help another: Are „Good Samaritan“ Laws good ideas?, "http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejicl/vol6/hayden.pdf", 1. 1. 2012.

Restatement of the Law (Second) Torts.[32] Овим чланом предвиђено је да чињеница да неко схвата, или би требало да схвати да је његова акција неопходна за нечију помоћ или заштиту, сама по себи му не намеће обавезу да такву акцију и предузме.[33] Ово правило се примењује без обзира на степен опасности којој је неко изложен и без обзира на безначајност опасности у погледу потенцијалног спасиоца.[34]

Хипотетички пример који илуструје ово правило је случај у коме слепи човек прелази улицу испред аутомобила који убрзава. Уколико потенцијални спасилац то види, све што треба да уради да би спасао слепог човека је да га упозори на то. Ипак, уколико потенцијални спасилац то не учини, неће бити одговоран за штету која услед тога настане.[35]

Међутим, од овог општег правила постоји велики број изузетака услед којих настаје обавеза пружања помоћи, а самим тим и одговорност за штету у случају ускраћивања неопходне помоћи. Обавеза пружања помоћи је успостављена уколико између потенцијалног спасиоца и жртве постоји „посебан однос“. То су углавном односи зависности који постоје између супружника, родитеља и детета, сапутника, капетана и посаде, послодавца и запслених док су на раду, гостионичара и гостију, власника продавнице и муштерија...[36]

У члану 314а *The Restatement of the Law (Second) Torts* наведени су неки од ових односа услед којих настаје обавеза пружања помоћи. Превозник је у обавези да према својим путницима предузме разумне мере да их заштити од неразумних ризика физичке повреде, и да им пружи прву помоћ након што сазна или има разлога да сазна да су болесни или повређени, као и да се брине за њих док их не збрине неко други.[37] Затим, гостионичар има сличну обавезу према својим гостима.[38] Поседник земљишта који га држи отвореним за јавност има

[32] Скуп општих начела америчког обичајног права издат од стране америчког правног института (*American Law institute*). Други део односи се на деликтно право.

[33] „The fact that the actor realizes or should realize that action on his part is necessary for anothers aid or protection does not of itself impose upon him a duty to take such action.”

[34] M. Eisenberg, „The Duty to Rescue in Contract Law*“, Fordham Law Review*, New York 2002., 648.

[35] *Ibid.*, 649.

[36] D. Dobbs, *Torts and Compensation*, Seattle 1993., 479.

[37] „A common carrier is ander a duty to its passengers to take reasonable action to protect them against unreasonable risk of physical harm , and to give them first aid after it knows or has reason to know that they are ill or injured, and to care of them until they can be cared for by others.”

[38] „An innkeeper is under a similar duty to its guests.”

сличну обавезу према члановима јавности који улазе на његов позив.[39] Онај ко је по закону обавезан да се стара или се добровољно стара о другом под околностима као што су лишавање другог његових нормалних могућности за заштиту је под сличном дужношћу према другом.[40]

Осим случајева у којима постоји „посебан однос“ између потенцијалног спасиоца и жртве, обавеза пружања помоћи може бити успостављена на основу уговора. Примера ради, спасилац на базену има обавезу да спаси купаче, или дадиља има такву обавезу према детету које чува.[41]

Обавеза пружања помоћи може бити успостављена и законом. Општа обавеза пружања помоћи другоме у опасности законом је успостављена у три америчке савезне државе. То су Вермонт, Минесота и Род Ајленд. Примера ради, навешћемо Закон који важи у држави Вермонт. Особа која зна да је друга особа изложена тешкој физичкој повреди, ће у мери која може бити учињена без опасности или ризика за себе самог, или без мешања са важним дужностима које има према другима, пружити разумну помоћ лицу изложеном тешкој ситуацији, осим ако је помоћ или брига пружена од стране других.[42] За повреду ове обавезе предвиђена је новчана казна од највише 100 долара. Међутим, одговорност за штету која настане услед повреде обавезе пружања помоћи другоме у опасности није предвиђена.

Дакле, као што можемо видети, у америчком праву обавеза да се помогне другоме у опасности не постоји, па самим тим ни одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи, осим у посебним случајевима услед којих настаје таква обавеза. Међутим, уколико неко добровољно почне да пружа помоћ повређеној особи, али приликом пружања помоћи погорша положај жртве, биће одговоран за штету. Уколико неко преузме контролу над ситуацијом, самим тим је

[39] „A possessor of land who holds it open to the public is under a similar duty to members of the public who enter in response to his invitation.”

[40] „One who is required by law to take or who voluntarily takes the custody of another under circumstances such as to deprive the other of his normal opportunities of protection is under a similar duty to the other.”

[41] T. Rodriguez, „I Am My Brothers Keeper: A Trend Towards Imposing a General Duty Upon a Bystander to Assist a Person in Danger“, *Boston College Law Review*, Boston 1985., 504.

[42] „A prson who knows that another is exposed to grave physical harm, shall, to the extent that the same can be rendered without danger or peril to himself or without interference with important duties owed to others, give reasonable assistance to the exposed person unless that assistance or care is being by others.“

добровољно ступио у однос из кога произилази одговорност.[43] То практично значи, да је бољи правни положај оног ко не предузме ништа да спаси другога у опасности, него оног ко покуша да спаси другог, али притом изазове штету. Овакав став довео је до тога да чак ни лекари нису били вољни да интервенишу из страха за потенцијалну одговорност.

Управо да би се избегла оваква ситуација, све америчке савезне државе су у периоду између 1959. и 1987. године донеле такозване „Законе доброг Самарићанина“ којим се ослабађа одговорности за штету онај ко добровољно и у доброј вери пружи помоћ другој угроженој особи. Примера ради, навешћемо „Закон доброг Самарићанина“ Западне Вирџиније. Било која особа, била или не медицински обучена, која пружи прву помоћ на месту несреће, или жртви кривичног дела, неће бити одговорна за било коју штету која је настала као последица пружања помоћи. Имунитет је гарантован ако је помоћ пружена у доброј вери и без накнаде.[44]

6. Одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи у српском праву

Кривичним закоником Републике Србије предвиђено је да уколико неко не пружи помоћ лицу које се налази у непосредној опасности за живот, иако је то могао учинити без опасности по себе или другог, казниће се новчаном казном или затвором до једне године. Ако је услед непружања помоћи наступило тешко нарушење здравља или друга тешка телесна повреда лица које се налазило у непосредној опасности за живот, учинилац ће се казнити новчаном казном или затвором до две године. Ако је услед непружања помоћи наступила смрт лица које се налазило у непосредној опасности за живот, учинилац ће се казнити затвором од три месеца до три године.[45]

Пре ступања на снагу Закона о облигационим односима из 1978. године, грађанскоправна одговорност због ускраћивања неопходне помоћи заснивала се на кривичној одговорности због ускраћивања

[43] A. Hayden, Imposing criminal and civil penalties for failing to help another: Are „Good Samaritan“ Laws good ideas?, "http://www.nesl.edu/userfiles/file/nejicl/vol6/hayden.pdf", 1. 1. 2012.

[44] „Any person, whether or not trained to practice medicine, who renders emergency care at the scene of an accident or to a victim of the cime shall not be liable for any civil damages as a result of rendering such emergency care. This immunity will be granted as long as the care is rendered in good faith and without remuneration.“

[45] Чл. 127, Кривични законик Републике Србије, *Сл. Гласник РС* бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

неопходне помоћи, односно, за претпоставку је имала утврђену кривичну одговорност лица које је ускратило неопходну помоћ. Ступањем на снагу Закона о облигационим односима из 1978. године, општа обавеза пружања помоћи другоме у опасности уведена је и у грађанско законодавство. Законом о облигационим односима предвиђено је да ко без опасности по себе ускрати помоћ лицу чији су живот или здравље очигледно угрожени, одговара за штету која је отуда настала, ако је он ту штету према околностима случаја морао предвидети. Такође, предвиђено је да ако правичност то захтева, суд може такво лице ослободити обавезе да накнади штету.[46] Међутим, иако је грађанскоправна одговорност за штету која настане услед ускраћивања неопходне помоћи изричито предвиђена, ипак, то оштећеним лицима не омогућује лако остваривање права на накнаду штете.[47] Остваривање права на накнаду штете ограничено је не само условима који су неопходни за настанак одговорности лица које је ускратило неопходну помоћ, већ и обавезом оштећеног да докаже постојање свих тих услова.[48]

Први услов одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи је да је помоћ ускраћена лицу коме су угрожени живот или здравље. Ово ограничење одговорности на случајеве угрожености живота или здравља је неопходно, јер се људи свакодневно сусрећу са многобројним опасностима, нарочито у погледу могућности оштећења имовине, па би било илузорно захтевати интервенцију у свим тим случајевима. Сходно томе, лице које ускрати неопходну помоћ одговара само за штету насталу смрћу или оштећењем здравља, а не и за штету нанету имовини оштећеног лица.[49] Притом, небитно је како је неко доспео у ситуацију да су му живот или здравље угрожени, да ли сопственом кривицом, радњом трећег лица, или услед неког природног догађаја.

Други услов одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи је да је потенцијални спасилац помоћ могао пружити без опасности по себе, односно без опасности по свој живот или здравље. Најмања могућност да потенцијалном спасиоцу буду угрожени живот или здравље, искључује његову одговорност. Међутим, опасност да се претрпи незнатно и привремено нарушење здравља у поређењу са

[46] Чл. 182, Закон о облигационим односима Републике Србије, *Сл. лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Сл. лист СРЈ* бр. 31/93.

[47] Ђ. Николић, „Одговорност због ускраћивања неопходне помоћи“, *Правни живот,* 9-10/1992, 1339.

[48] М. Вучковић, *Облигационо право*, Београд 1989., 281.

[49] Б. Нешковић, „Посебни случајеви одговорности за штету“, *Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима, Зборник радова*, Београд 1979., 488.

опасношћу да неко изгуби живот, не би требало да ослободи одговорности лице које ускрати неопходну помоћ.[50] Примера ради, не може се захтевати од некога да извуче другу особу из запаљеног аутомобила, јер постоји могућност експлозије, или не може се захтевати од непливача да спаси лице које се дави. Дакле, не захтева се херојство, нити жртвовање за другога, већ само мало алтруизма. Другачије речено, потенцијални спасилац мора имати способност и могућност да помогне. Притом, помоћ не мора бити пружена лично, већ се може састојати у асистирању другоме ко већ пружа помоћ, или тако што ће се о опасности обавестити неко други. Дакле, непливач неће моћи да спаси дављеника лично, јер нема такве способности, али то не значи да он нема друге могућности на располагању. Он може додати појас за спасавање, или пак може обавестити професионалног спасиоца о опасности. Тек уколико ни ове могућности не постоје, потенцијални спасилац ће бити ослобођен одговорности. Овде би требало додати и то, да ће одговорност потенцијалног спасиоца постојати не само уколико помоћ може да пружи без опасности по себе, већ и без опасности по друга лица, под истим условима.

Трећи услов одговорност за штету због ускраћивања неопходне помоћи је да је потенцијални спасилац према околностима случаја наступање штете морао предвидети. То практично значи да потенцијални спасилац мора знати да су другоме живот и здравље угрожени и да мора имати свест о штетним последицама свог нечињења. Сходно томе, предвидљивост штете се не односи на обим одговорности лица које ускрати неопходну помоћ, већ утиче на настанак одговорности.[51]

Наравно, основни предуслов одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи је да је услед ускраћивања неопходне помоћи штета уопште настала. Како се у случајевима ускраћивања неопходне помоћи нечињење сматра узроком штете, лице које ускрати неопходну помоћ ће одговарати само за штету чије наступање није спречио, а могао је. То значи, да лице које ускрати неопходну помоћ неће одговарати за штету која је већ настала, као и за штету која би настала чак и да је нешто предузео. Другачије речено, он ће бити одговоран само за телесне повреде и нарушење здравља које је наступило од тренутка када је одбио да делује, наравно, под условом да је наступање штете могао спречити.

---

[50] С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980., 506.

[51] *Коментар Закона о облигационим односима*, Редактори С. Перовић, Д. Стојановић, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац 1980., 542.

Врло интересантно питање је случај постојања више потенцијалних спасилаца, рецимо више сведока неког несрећног догађаја. Уколико нико од њих не реагује примениће се правила о одговорности више лица за штету, па ће одговарати солидарно. Међутим, како ће бити врло тешко да се утврде њихови удели у штети, штету ће сносити на једнаке делове. Ипак, приликом утврђивања одговорности у случају постојања више потенцијалних спасилаца, мора се узети у обзир да је у таквим ситуацијама пасивност пре правило, него изузетак, посебно ако је неко свестан присуства осталих потенцијалних спасилаца. То је познато као ефекат посматрача или Ђеновезе синдром. Ово социолошко истраживање засновано је на случају Кити Ђеновезе која је око три сата поподне стигла кући са посла и нападнута је и убијена испред свог стана. Напад је трајао више од пола сата, а буку и вриштање је чуло 38 особа и нико није позвао полицију.[52]

У члану 182. Закона о облигационим односима, такође је предвиђено, да ако правичност то захтева суд може ослободити обавезе накнаде штете лице које ускрати неопходну помоћ, а самим тим може и умањити накнаду. Приликом одлучивања о томе суд ће узети у обзир критеријуме као што су имовинско стање штетника и оштећеног, али не могу се занемарити ни субјективна својства штетника као што су његов узраст, образовање или опште животно искуство.[53] Дакле, приликом утврђивања одговорности лица које ускрати неопходну помоћ, полази се од објективног критеријума, онога што се нормално очекује од просечно пажљивог човека, међутим, не могу се занемарити ни субјективна својства лица које ускрати неопходну помоћ, као што су његова лична знања и способности, узраст,образовање.[54]

7. ЗАКЉУЧАК

Анализирајући правна правила којима је уређено питање одговорности за штету због ускраћивања неопходне помоћи у француском, немачком, енглеском, америчком и српском праву, прво што се може уочити је разлика између земаља које припадају континенталном правном систему и земаља које припадају англоамеричком правном систему. У земљама континенталног правног система, ускраћивање неопходне помоћи за последицу има како кривичну одговорност, тако и грађанскоправну одговорност лица које

[52] „B.“, J. Ћирић, „Ђеновезе синдром“, *Страни правни живот* 1/2010, 127.

[53] М. Вучковић, 281.

[54] Ђ. Николић, 1344.

ускрати неопходну помоћ. У земљама англоамеричког правног система обавеза пружања помоћи другоме у опасности није предвиђена ни у кривичном, ни у грађанском праву, осим у случајевима када између потенцијалног спасиоца и жртве постоји „однос“ услед којег настаје таква обавеза. У таквим случајевима ускраћивање неопходне помоћи ће за последицу имати одговорност за штету која услед тога настане.

Друга разлика која се може уочити је у концепту појма „Закон доброг Самарићанина“. У земљама континенталног правног система, суштина „Закона доброг Самарићанина“ је у кажњавању лица које ускрати неопходну помоћ, како у кривичном, тако и у грађанском праву. У америчком правном систему, суштина „Закона доброг Самарићанина“ је у ослобађању одговорности за штету лица које у доброј вери и без накнаде, добровољно пружи помоћ другој угроженој особи. Тако да би, концепту „Закона доброг Самарићанина“ у континенталним правним системима више одговарао термин „Закон лошег Самарићанина“.

Уколико се сада вратимо на питање постављено на почетку, да ли би у француском, немачком, енглеском, америчком и српском праву свештеник и Левит били одговорни због тога што нису пружили помоћ повређеном човеку, можемо дати следећи одговор. У енглеском и америчком праву, односно земљама англоамеричког правног система, одговорност свештеника и Левита, како кривична, тако ни грађанскоправна не би постојала. Моралну обавезу да помогну повређеном човеку би свакако имали, међутим, таква законска обавеза не постоји. У француском, немачком и српском праву, односно земљама континенталног правног система, понашање свештеника и Левита би за последицу имало како њихову кривичну одговорност, тако и њихову грађанскоправну одговорност за штету која услед тога настане.

Mr. Milan Ječmenić*

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY REFUSAL TO RENDER NECESSARY AID

The object of attention of the author in these paper is liability for damage caused by refusal to render necessary aid. In these paper, the author analyzes law rules which is regulated liability for damage caused by refusal to render necessary aid in french, germany, english, american and serbian law.

***Key words**: refusal to render necessary aid, liability for damage.*

* Student of Ph.D. studies at the Faculty of low in Kragujevac, R. of Serbia

Prof. dr Slobodan R. Petrović
Udruženje IT veštaka

UDK: 621.391
Pregledni naučni rad

DILEMA: KIBER ILI SAJBER

Polazeći od činjenice da sve šira primena informacione tehnologije, pored niza najraznovrsnijih promena, u naš život uvodi i novu terminologiju, koja se, nažalost, olako, nekritički, a često i bez elementarnog razumevanja suštine značenja pojedinih termina, olako uvodi u naš jezik, izazivajući probleme i dileme u njihovoj upotrebi, autor želi da u ovom prilogu ukaže na nekoliko otvorenih terminoloških pitanja i istovremeno da pokuša da razjasni dilemu upotrebe termina: kiber ili sajber.

Ključne reči: *kiber, sajber, računarska tehnologija, komunikaciona tehnologija, informaciona tehnologija, Internet*

Uvod

U istoriji ljudske civilizacije društvo je prolazilo kroz brojne faze razvoja na krilima raznih revolucija, od kojih su mnoge bile tehnološke. Ono što je zajednička karakteristika svih tih revolucija je činjenica da su sve one veoma snažno generisale:

- delimičan diskontinuitet sa prošlošću;
- izvestan stepen neizvesnosti za budućnost;

nove šire i brojnije mogućnosti, odnosno prilike.

Izuzetak od ovoga svakako nije ni informaciona revolucija, najmlađa tehnološka revolucija koja je još uvek u toku i čiji uticaj itekako svi osećamo. Zahvaljujući ovoj revoluciji društvo doživljava zaista duboke promene koje veoma jasno nagoveštavaju informaciono doba čiji je krajnji cilj, prema trenutnim trendovima, stvaranje novog informacionog društva.

Buran razvoj informacione tehnologije i njena rastuća primena u svim sferama ljudske delatnosti postali su ključna odrednica vremena u kojem živimo. Sigurno je nepotrebno dokazivati ono što je vidljivo i golim okom da eksplozivni razvoj i eksponencijalni rast primene informacione tehnologije kreiraju novu elektronsku opciju koja sve šire i dublje prekriva društvenu zajednicu, menjajući i drastično i dramatično globalni ambijent čovekovog življenja, stvarajući neophodne pretpostavke da se sve radi brže, lakše, obimnije, kvalitetnije i jeftinije.

Iako se još uvek nalazimo na samom početku nove (informacione) ere, ova tehnologija, sa promenama koje izaziva, uveliko nagoveštava pretvaranje digitalnog univerzuma u vitalni resurs koji suočava pojedince, grupe i nacije sa izazovima adaptiranja, inoviranja i reagovanja na mnoge do skora nezamislive prilike i mogućnosti koje im se ukazuju.

Dakle, informaciona tehnologija menja svet u meri da ništa više nije i neće biti kao ranije. Te promene, usmerene prvenstveno na način na koji živimo, učimo, radimo i komuniciramo, odvijaju se u najvećoj meri na revolucionaran način, zbog čega su i označene nazivima koji u sebi sadrže pomenutu odrednicu – *Računarska revolucija, Komunikaciona revolucija, Informaciona revolucija, Internet revolucija, Multimedijalna revolucija, ...*

Ključni simboli ovih promena, koje su *brze, duboke, široke i raznovrsne* u meri da ih je često teško *shvatiti, prihvatiti i pratiti*, označeni terminološkim nazivima – računari, računarski programi, programski jezici, računarske mreže, serveri, klijenti, … – veoma jasno najavljuju jedno novo doba, doba koje takođe ima razne nazive – *Digitalno doba, Binarno doba, Informaciono doba, Informaciono društvo, ...* Međutim, nezavisno od naziva, značajno je uočiti da se te promene dešavaju u svim slojevima društva i u svim delovima sveta, a njihove konsekvence će se značajno prelamati kroz ceo naš životni vek.

Efekti i implikacije

Informaciona tehnologija je u bukvalnom smislu zahvatila svaki aspekt društvenog života, uključujući državne organe, vojsku, nauku, prosvetu, medicinu, komunikacije, transport, trgovinu, ... Upravo zbog toga nerazumno bi bilo negirati konstataciju da su masivne promene izazvane informacionom tehnologijom uveliko prisutne u savremenom društvu. Primena ove tehnologije počela je da transformiše poslovni svet i funkcionalno i strukturalno. Te promene menjaju način na koji mislimo, delujemo i organizujemo se, bilo gde u sferi ljudskog delovanja, uz napomenu da se sa velikom verovatnoćom može tvrditi da nijedan društveni segment neće ostati van ovih procesa. Ilustracije radi pomenimo da državni organi postaju povezaniji, efikasniji i jeftiniji, biznis postaje robusniji i u stanju je da pruži više i kvalitetnijih servisa, dok grupe i pojedinci imaju lak i brz pristup do "brda" podataka i informacija iz svih oblasti čovekovog stvaralaštva, a ceo svet se polako ali sigurno transformiše u *"elektronsko globalno selo"* u kojem je komunikacija *svih sa svakim* skoro do apsurda uprošćena, olakšana i ubrzana.

Ukratko rečeno, pod naletima informacione tehnologije društvena zajednica sve dublje i sve brže ulazi u fazu veoma snažne i neumitne transformacije iz industrijskog doba, u kojem su kritični resursi bili kapital i radnička klasa, u informaciono doba, u kojem je kritičan resurs informacija,

odnosno znanje. Sviđalo se to nekom ili ne, činjenica je da ekspanzija informacione tehnologije i automatizacija poslovnih aktivnosti i procesa u svim sferama društvenog života zaista predstavljaju istinski fenomen današnjice – fenomen koji polako, ali sigurno, kreira društvo *ekstremno zavisno od znanja*, a ta zavisnost će se vremenom samo širiti i pojačavati.

Poznato je da je informaciona tehnologija donela savremenom društvu bezbroj pogodnosti, ali je takodje stvorila i niz problema i rizika koji ranije nisu postojali. Rastuća zavisnost od informacionih sistema uslovila je nastajanje brojnih zona osetljivosti, sa potencijalno vrlo ozbiljnim konsekvencama, koje se mogu protezati čak i do gubitka kontrole nad njihovom sudbinom, što ukazuje na činjenicu da društvena zajednica u sve većoj meri biva izložena novom fenomenu – osetljivosti (ranjivosti) u informatičkoj eri.

Brojni rizici, kao što su narušavanje poverljivosti i privatnosti, remećenje vitalnih operacija, destrukcija intelektualnih dobara, razne vrste prevara i krađa i mnogo drugog, i to na način i u obimu o čemu se pre samo nekoliko decenija nije moglo ni sanjati, ukazuju da se suočavamo sa izazovima koji se, najjednostavnije rečeno, moraju držati pod kontrolom. U protivnom, ovo može da preraste u vrlo ozbiljne probleme sa posledicama od kojih mnoge nije lako ni predvideti, a njihove dimenzije ni naslutiti. Sve ovo ima veću težinu ako se zna da smo na ivici eksplozije u obimu elektronskih podataka i informacija koji se u digitalnoj formi razmenjuju na pojedinačnoj i grupnoj osnovi preko globalne informacione infrastrukture. Predstavljajući *kiber-dobra* različitog nivoa vrednosti i značajnosti, kao što su informacije različitog stepena značajnosti i tajnosti, razna vrsta robe, intelektualna dobra i novac, ove digitalne forme iskrsavaju kao najvrednija valuta Informacionog doba. Sadržaji koji se kreiraju u računarima, skladište na diskovima i prenose preko komunikacionih linija postaju vredniji od računara, diskova i mrežnih elemenata preko kojih se prenose. Zbog svega toga društvena zajednica ima *potrebu, prava, obavezu i odgovornost* da štiti svoje ogromno bogatsto smešteno u virtuelnom kiber-prostoru.

O informacionoj terminologiji

U sučeljavanju sa navedenim izazovima koje nam nameće informaciona tehnologija, kako onim sa pozitivnim, tako i onim sa negativnim predznakom, snažan i nezaobilazan alat predstavlja *adekvatna stručna terminologija*, neophodna da bi se na pravi način *shvatilo, usvojilo* i *primenilo* sve ono što ova tehnologija svojim korisnicima nesebično pruža. Bez odgovarajuće terminologije informaciona tehnologija će biti izložena snažnoj entropiji sa nepredvidivim posledicama. Ova konstatacija, iako možda prejaka, ima prvenstveno upozoravajuću funkciju zbog realnog stanja stvari na našim prostorima. Jer, nažalost, kao i u mnogim drugim, manje ili

više važnim situacijama, pokazujemo našu *nezrelost, površnost, lakomislenost* i još mnogo toga sličnog, kada je reč ne samo o nevažnim, već i o vrlo ozbiljnim pitanjima sadašnjice. Smatrajući da tema ovog priloga upravo spada u kategoriju ozbiljnih pitanju autor se obraća onom delu *naučne i stručne javnosti* koji ništa ne prima *"zdravo za gotovo"*, već prema svim, a posebno prema bitnim, pitanjima, u koja spadaju i terminološka, ima *kritički* i *analitički* pristup.[1] Istovremeno, on se pridružuje onima koji shvataju ulogu i značaj terminologije, posebno u oblasti Informatike, relativno mlade naučne discipline, ali discipline koja dotiče sve i svakog, u kojoj vlada veliko šarenilo stručnih termina, puno sinonima, hononima i veštački stvaranih novih izraza (često olako i nekritički), što nije logično, najvećim delom preuzetih ili formiranih na osnovu termina engleskog jezika, što je i logično. Informaciona tehnologija najzastupljenija je i najrazvijenija upravo u oblastima engleskog govornog područja, mada ni tamo razvoj informatičke terminologije nije doveden do kraja.

Autor ne smatra za potrebno da se bilo kom intelektualcu detaljno obrazlažu mesto, ulogu i značaj terminologije u bilo kojoj naučnoj disciplini koja ima makar i minimalne specifičnosti. Ovo posebno nije potrebno pravnicima, jer je značaj terminologije naročito izražen u pravnom sistemu svake države, a to je materija koju oni i te kako dobro poznaju.

U razmatranom kontekstu ukazujemo na potrebu da se kod izbora informatičkih termina bude krajnje *obazriv, racionalan i praktičan*, jer su mogućnosti nepravilnog pristupa zaista velike, ali i da se uz sve to odgovorno i razumno vodi računa o *interesima maternjeg jezika*, jer to nije interes bilo kog pojedinca, formalne ili neformalne grupe, već, složićemo se, pre svega i iznad svega, *nacionalni interes*. Najjednostavnije rečeno: *Zaista ne bi trebalo da nepotrebno (i neodgovorno) ugržavamo sopstveni jezik.*

Da se olako odnosimo prema terminima autor će potkrepiti sa tri konkretna primera. Termin INTERNET je *vlastito ime globalne računarske mreže* i zbog toga se ono (ime) mora pisati sa veliko ***'I'***. Internet sa malo ***'i'*** ima sasvim drugo značenje – označava bilo koju lokalnu (internu) računarsku mrežu. Nažalost, u dnevnim novinama, pa čak i u mnogim stručnim člancima, ovaj termin se često piše sa malo *'i'*. Drugi primer se odnosi na termin *informaciono-komunikacione tehnologije*, koji je tekođe nekorektan. Naime, postoje dve tehnologije: *računarska* i *komunikacijona* tehnologija, koje imaju *različite sadržaje* i koje su se u prvoj fazi koristile odvojeno. Sadržaj prve (*računarske*) tehnologije je prvenstveno *skladištenje, obrada podataka i prezentovanje informacija*, dok je sadržaj druge

[1] Slobodan R. Petrović, *Uloga i značaj nacionalne strategije u suprotstavljanju zloupotrebi IT*, Okrugli sto, Privredna komora Beograda, dec. 2010;

(*komunikacione*) tehnologije *prenos podataka i informacija*. Kasnijom integracijom računarske tehnologije, kojoj je primarna *automatska obrada podataka*, i komunikcione tehnologije, kojoj je primaran *prenos komunikacionim linijama podataka i informacija*, nastala je *informaciona tehnologija*.[2] Iz tih razloga, opravdano je koristiti ili nezavisno termine: *računarska tehnologija* i *komunikaciona tehnologija* ili umesto njih njihovu zajedničku substituciju: *informaciona tehnologija*. I najzad, treći primer je *Zakon o visoko-tehnološkom kriminalu*. Naziv zakona, po oceni autora, je *neodgovarajući*, jer je isti *preširok* za ono što bi trebalo da obuhvati. Naime, najkraće rečeno, *kiber-kriminal jeste visokotehnološki kriminal,* ali *visoko-tehnološki kriminal nije SAMO* (kako je u zakonu upotrebljen) *kiber-kriminal*. Obrazloženje za navedenu konstataciju je jednostavno. U visoku tehnologiju, pored Informacione tehnologije, spadaju: Biotehnologija, Veštačka inteligencija, Nanotehnologija, Nuklearna tehnologija, Genetski inženjering, ... A sve ove tehnologije imaju i svoju "kriminalni komponentu". Termin je očigledno brzopleto i nekritički upotrebljen. S toga, autor smatra da se termin *visokotehnološki kriminal* može koristiti u svim vrstama naučno-stručnih aktivnosti, posebno ukoliko se njime želi ukazati i/ili razmatrati i visokotehnološka dimenzija informacione tehnologije, ali da njegova primena u zakonskoj regulativi (u navedenom kontekstu) nije primerena, jer zakonske odredbe zahtevaju upotrebu vrlo jasnih i preciznih (jednoznačnih i nedvosmislenih) termina, što u ovom slučaju svakako nije zadvoljeno.

Ali to nisu jedini slučajevi. Da ne postupamo uvek adekvatno najbolji primer je upravo ***veštačka*** dilema ***sajber*** ili ***kiber,*** dve rečice koje su prefiksi istog termina u različitim jezicima i koji su postali glavno obeležje – simbol novog informacionog doba. Zašto veštačka? Zato što ona ne postoji kod onih koji se ne samo bave Informatikom, nego je izučavaju i istražuju i na taj način nalaze prave odgovore na postojeće dileme. Upravo zbog toga se u većini stručnih radova informatičkih profesionalaca nailazi samo na jedan od mogućih termina.

Međutim, ni kod onih drugih ne postoji dilema, i ne samo ova, nego ni bilo koja druga, jer oni mnogo toga prihvataju nekritički, zdarvo za gotovo, veoma često na osnovu novinskih članaka, pa čak i na osnovu osećaja, simpatija, melozvučnosti, ... Kako drugačije objasnitii i sledeće konstatacije: *Nekako nam se Kiber ne uklapa u smisao onoga što predstavlja Sajber;* ili *Nekako nam Kiber prosto ne zvuči kao pravilna substitucija ... ; Pa taj termin je već postao opšte prihvaćen, ...* i sl. To, priznaćemo, ipak nisu kriterijumi za stručno, da ne kažemo naučno, procenjivanje i zaključivanje.

---

[2] Slobodan R. Petrović, *Policijska informatika I*, Policijska akademija, udžbenik, Beograd 2003, str. 56.

Malo je reći da zabrinjava ovoliko neznanja i nerazumevanja iskazanog u ovako kratkim rečenicama, posebno ako se one javno plasiraju.

Ali, da se vratimo činjenicama i da pokušamo da utvrdimo odakle potiču termini ***Kiber*** i ***Sajber***. U tom kontekstu moramo se vratiti malo u istoriju. Sredinom prošlog veka odvijali su se vrlo burni društveni procesi: jedan svetski rat je okončan, a na svetskoj sceni su se odvijale pripreme za novi svetski rat. Jedan od neposrednih učesnika tih događaja bio je i američki naučnik *Norbert Viner*. Kao svestran i vrstan istraživač Viner je sa grupom svojih saradnika izučavao razne naučne oblasti, ali se težište njihovog rada od samog početka koncentrisalo na *funkcije* sistema – i to *informaciono-upravljačke* funkcije.

Tako je ova tema izrasla u priznato područje istraživanja. Međutim, veliki problem bio je to što nije postojala zajednička terminologija, pa čak ni naziv za ovu novu oblast. Posle dosta razmatranja utvrđeno je da sva postojeća terminologija isuviše vuče na jednu ili drugu stranu da bi mogla dobro služiti u daljem razvoju ove oblasti. I, kao što se to naučnicima često dešavalo, usvojen je *grčki* izraz koji je trebalo da popuni postojeću prazninu. Celu oblast teorije UPRAVLJANJA I KOMUNIKACIJA Viner je nazvao *Kibernetika* (na engleskom *Cybernetics* [sajbÁ(r)'netiks]), koristeći grčku reč koja znači *kormilar*, dok latinska varijanta ove reči označava *upravljač*. Dakle, Viner je prvi upotrebio prefiks *Kiber*, a naša naučna misao je prihvatila i naučnu oblast i njen naziv, pa su generacije studenata na našim fakultetima u manjoj ili većoj meri izučavali *Kibernetiku* – nauku o upravljanju! [3]

Za nepunih 25 godina Kibernetika je, od neobične kovanice, izrasla u široko razgranatu, opšteprihvaćenu naučnu disciplinu, koja je stekla pravo građanstva i veliki uticaj i na području društvenih nauka, i to pre svega ekonomije, ali takođe i sociologije, prava, međunarodnih odnosa i drugih.

U razmatranom kontekstu od posebnog su značaja naučne discipline koje su *nastale iz* Kibernetike i koje predstavljaju njene fundamentalne delove:

- Teorija sistema;
- Teorija informacija.

Ovo utoliko pre jer se INFORMATIKA, kao nova i mlada naučna disciplina u velikoj meri oslanja na rezultate i dostignuća drugih naučnih oblasti, a pre svega gore pomenutih: *Teorije sistema* i *Teorije informacija*. Iz

[3] Šire o Kibernetici pogledati Slobodan R. Petrović, *Policijska informatika I*, op.cit, str. 1-52.

izloženog jasno proizilazi čvrsta veza *Kibernetike* i *Informatike*, odnosno zasluga koju Kibernetika ima u odnosu na nastajanje i razvoj Informatike.

Pozivajući se na Kibernetiku, prefiks *Kiber (Sajber)* u razmatranom kontekstu prvi je uveo William Gibson 1984. godine u svojoj čuvenoj noveli *Neuromancer*,[4] za kreaciju novokomponovanog termina *Kiber-prostor (Cyber-space)*. *Usvojeni prefiks je trebalo da iskaže poštovanje i zahvalnost koju Informatika duguje Kibernetici*. Prefiks je ubrzo postao veoma popularan među vizionarima i tehnolozima koji su tražili pogodna imena za *nove koncepte* povezane sa Informacionom revolucijom. Primeri su brojni: *kiber-prostor, kiber-seks, kiber-kultura, kiber-lopov, kiber-banka, kiber-škola, ...*

Otkud *Sajber?* Oni koji imaju duže pamćenje setiće se da se taj termin pojavio u našim sredstvima javnog informisanja u kojima su prenošeni interesantni tekstovi iz američkog informacionog domena. Dopisnici su prevodili inreresantne tekstove i dostavljali redakcijama, ne ulazeći u *etimologiju* pojedinih termina, među kojima je bio i termin *Cyber*, koji se na engleskom izgovara *Sajber*. Upravo nerazumevanje suštine prefiksa dalo mu je neku magičnu privlačnost zbog koje je ubrzo dobio veliki broj pristalica, pre svega kod onih nedovoljno upućenih. To uzima toliko maha da, jednostavno rečeno, počinje da smeta. Kao potvrdu iznete tvdnje pomenimo da nisu retki slučajevi da novinari-izveštači nekritički idu čak i dotle da sa naučno-stručnih skupova, na kojima se koristi termin *Kiber*, isti u svojim izveštajima prevode na *Sajber*, čime na najgrublji način dezinformišu javnost, što se sigurno graniči sa ozbiljnom neodgovornošću, s obzirom na njihovu značajnu društvenu funkciju, ulogu i uticaj koji imaju, ne samo u informisanju, već i u obrazovanju javnosti. Kada su neki bili zamoljeni da objasne značenje reči *Sajber* – uglavnom je odgovor izostajao.

Oni neodlučni, kojih takođe nije malo, za sada se ne opredeljuju – pišu u engleskom originalu (*Cyber*), računajući da tako neće pogrešiti, mada taj original upadljivo štrči okružen sa svih strana tekstom napisanim srpskim jezikom.

Da nije jezički čistunac koji progoni svaku jezičku tuđicu iz srpskog jezika autor potvrđuje konstatacijom da nema ništa protiv upotrebe termina *hardver* i *softver*, jer za njih u našem jeziku nemamo odgovarajuću alternativu. Međutim, po autorovom dubokom uverenju, ne postoji ni jedan *objektivan* razlog koji bi, u ovom slučaju, opravdao *zamenu našeg* postojećeg termina (*Kiber*) sa istim terminom, ali sa engleskim izgovorom (*Sajber*). Moraćemo priznati da bi ovo *dvojstvo* bilo zbunjujuće, neozbiljno i neodgovorno. Ovo utoliko pre jer se i u drugim zemljama, van engleskog

[4] William Gibson, *Neuromancer.*

govornog područja (Nemačka, Rusija, Bugarska, Hrvatska, Češka, Slovačka, Slovenija, ...), koristi prefiks *Kiber*.

Posebnu društvenu odgovornost u ovom, ali i u drugim sličnim slučajevima, imaju oni koji informišu javnost, zbog težine njihove reči i uticaja koji imaju na javno mnjenje, a još veća odgovornost leži na onima koji obrazuju i vaspitavaju druge. Jer, nije bitno da li neki automehaničar u svojoj radionici, kod popravke kola, traži da mu se doda *krstasti šrafciger* ili *krstasti odvijač*, već je bitno koliko kvalitetno popravlja kola. Ali, ne može se sigurno smatrati prihvatljivim ako „mehaničarski pristup terminologiji" preovlada u javnim glasilima, obrazovnim procesima, publikovanim radovima i javnim nastupima. Jer, oni čija izgovorena ili napisana reč ima uticaj na širu populaciju (naučnici, nastavnici, stručnjaci, novinari, ...) nose veliku odgovornost za ono što javno kažu ili napišu.

I na kraju, na *Savetovanju o zloupotrebi informacione tehnologije* **(**ZITEH**)**, održanom na Tari 2006. godine, na kojem se vodila i terminološka rasprava, autor je bio zamoljen da najkraće i najjednostavnije objasni razloge zbog kojih koristi termin *Kiber*, a ne Sajber. Njegov odgovor bio je zasnovan na ličnom neslaganju sa praksom da možemo engleski termin *Cybernetics* prevoditi sa *Kibernetika*, a da prefiks *Cyber* ne možemo prevoditi sa *Kiber*. Zato je taj odgovor, koji je, bez lažne skromnosti, naišao na odobravanje prisutnih, glasio:

Ja u okviru Informatike predajem ***Kibernetiku****, a ne* ***Sajbernetiku****.*

1. Literatura

1. *e-Government for the new Millennium*, http://esevaonline.com/htmlpages/downloads/ppp%20e%20gov.pdf

2. Hal R. Varian, *Economics of Information Technology*, University of California, Berkeley, July 2001, Revised: March 23, 2003

3. *Information Technologies and Social Transformation*, National Academy Of Engineering, http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=166

4. Jongwoo Han, *Internet, Social Capital, and Democracy in the Information Age*, http://sai.syr.edu/facultypapers/Han%207-29-03.pdf

5. Jason Whittaker, *The Cyberspace Handbook*, 2004, Routledge, London, USA and Canada

6. *Microsoft Computer Dictionary* – 4th ed, "http://www.amazon.com/exec/obidos/search-handle-url/ref=ntt_athr_dp_sr_1?%5Fencoding=UTF8&search-type=ss&index=books&field-author=Microsoft%20Press" (Author) 1999.

7. Milina Krejović, *Tehno muzika*, http://rs.keplerunited.org/img/clanci/35%20 Tehno%20muzika.pdf (*Pogledati str. 11*)

8. Slobodan R. Petrović, *Kompjuterski kriminal*, Vojnoizdavački zavod, Beograd, 2004, 564 str. III izdanje (Pogledati Rečnik);

9. Slobodan R. Petrović, *O neophodnosti nacionalne strategije zaštite kiber-prostora*, Nauka Bezbednost Policija (NTB), Beograd, vol. XI, no. 2, 2006, str. 3-28, http://kpa.edu.rs/data/akademija/nbp/nbp_2006_2.pdf – (Pogledati str. 4: Šta je Kiber-prostor);

10. Slobodan R. Petrović, *Policijska informatika I*, Policijska akademija, udžbenik, Beograd 2003, 415 str.

11. Slobodan R. Petrović, *Uloga i značaj nacionalne strategije u suprotstavljanju zloupotrebi IT*, Uvodno izlaganje na Okruglom stolu na temu Digitalna forenzika i IT veštačenje u funkciji borbe protiv visoko-tehnološkog kriminala, Privredna komora Beograda, dec. 2010, http://www.itvestak.org.rs/skupovi/Uloga%20i%20znacaj%20nacionalne%20strategije%20suprotstavljanja%20zloupotrebi%20IT.pdf.

Vera Tasić, Ivan Bauer, *Rečnik računarskih termina*, 2004, ISBN: 86-7555-223-8 William Gibson, *Neuromancer,* http://profile.iiita.ac.in/lhaolai_99/Small_stuffs/William%20Gibson%20-%20Neuromancer.Pdf

Prof. dr Slobodan R. Petrovic
Association of IT Expert

THE DILEMMA: KIBER OR CYBER

Abstract: *Assuming that all the wider application of information technology, in addition to a number of diverse changes, in our lives introduces new terminology, which, unfortunately, too easily and uncritically, and often without an elementary understanding of the essence of the meaning of terms, easily introduces in our language, causing problems and dilemmas in their use, the author wishes to in this paper point to several open questions of terminology and also to try to clarify the dilemma of using the term: kiber or cyber.*

Key words: *kiber, cyber, computer technology, communication technology, information technology, Iternet*

Ana Batrićević
Istraživač – saradnik
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

UDK: 351.765 (485)
Pregledni naučni rad

KRIVIČNO - PRAVNA REAKCIJA NA ZLOSTAVLJANJE ŽIVOTINJA U KRALJEVINI ŠVEDSKOJ[1]

Zaštita životinja od ubijanja i zlostavljanja putem odredaba krivičnog i prekršajnog prava postavljena je u Republici Srbiji sa znatnim zakašnjenjem u poređenju sa zemljama common – law sistema i razvijenim zemljama evropsko – kontinentalne pravne tradicije. Krivično delo ubijanja i mučenja (sada: zlostavljanja) životinja uključeno je u krivično zakonodavstvo Republike Srbije 2006. godine, a svoj prvi Zakon o dobrobiti životinja naša zemlja je usvojila 2009. godine. Zbog toga je, u cilju što efikasnije implementacije relevantnih univerzalnih i evropskih standarda, potrebno razmotriti rešenja prisutna u zakonodavstvima drugih zemalja sa dužom istorijom i naprednijom tradicijom u ovoj oblasti prava kako u teorijskom tako i u praktičnom smislu. U tom kontekstu, autor analizira odredbe švedskog Krivičnog zakonika i Zakona o zaštiti životinja Kraljevine Švedske i primere iz prakse nadležnih pravosudnih organa te zemlje kao moguće uzore. Takođe, autor razmatra sličnosti i razlike između zakonodavstva Švedske i zakonodavstva naše zemlje koje se mogu uočiti u ovoj oblasti. Imajući u vidu njihove prednosti i nedostatke, autor daje konstruktivne predloge kako bi se unapredila i dalje razvijala državna reakcija na zlostavljanje životinja u Republici Srbiji.

Ključne reči: *zlostavljanje životinja, dobrobit životinja, krivično delo, prekršaj, Krivični zakonik Kraljevine Švedske*

UVOD

Opravdanost, karakter i dometi pravne zaštite životinja već decenijama predstavljaju predmet brojnih diskusija koje prevazilaze okvire

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu broj 47011 Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, koji finansira Ministrarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

pravne nauke, otvarajući niz spornih pitanja iz domena filozofije, a u okviru nje posebno filozofije morala tj. etike, zatim, sociologije, antropologije, biologije, medicine, veterine i mnogih drugih nauka.[2] Kao konsekvenca krajnje oprečnih teorijskih shvatanja zastupljenih u ovoj oblasti, državna reakcija na ugrožavanje i povređivanje životinja i njihove dobrobiti izrazito se razlikuje od jednog pravnog sistema do drugog, te se u tom smislu može konstatovati da ono što u jednoj zemlji ima vrednost života, u drugoj ima status puke pokretne stvari[3].

Iako se u savremenom društvu uočava tendencija napuštanja antropocentrizma i prelaska na biocentrizam kao osnovni etički princip, što se nesumnjivo odražava i na zakonodavstvo[4], i dalje postoje zemlje koje ne osećaju potrebu ili nisu u stanju da usvoje ni najosnovnije zakone posvećene zaštiti životinja. Kao primer mogu se navesti Iran, Liban, Irak, Somalija i Etiopija.[5] Do nedavno je slična situacija postojala i u zemljama našeg regiona, ako se izuzmu Hrvatska[6] i Slovenija[7], koje su usvojile zakone posvećene zaštiti i dobrobiti životinja tokom 1999. godine. Naime, takvi zakoni su u Crnoj Gori[8] i Republici Srpskoj[9] usvojeni 2008. godine, dok su Bosna i Hercegovina[10] i Srbija[11] svoje zakone o dobrobiti životinja dobile tek 2009. godine.

Podaci Svetskog društva za zaštitu životinja (*World Society for the Protection of Animals-WSPA*) pokazuju da je do 2006. godine svega 65 zemalja u svetu od ukupno 192 imalo nacionalne zakone koji se bave

---

[2] Videti, na primer: Regan, T.: The Day May Come: : Legal Rights for Animals, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 10:11, Portland, Oregon, 2004. godine, str. 11 – 24., Felnberg, Dž.: Prava životinja i nerođenih pokolenja (prevod: Babić, J.), Gledišta: Časopis Beogradskog univerziteta, br. 7/8, godina 28, Beogradski univerzitet: Narodna omladina Srbije: Savez studenata, Beograd, 1987. godine, str. 26. i 27.

[3] Tomaselli, P.: International Comparative Animal Cruelty Laws, Animal Legal and Historical Center, Michigen State University College of Law, 2003. godine

[4] Paunović, M.: Uporednopravni pregled zaštite prava i dobrobiti životinja, Strani pravni život, br. 1/2004, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004. godine, str. 27.

[5] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 95.

[6] Zakon o dobrobiti životinja, „Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 19 od 1999. godine, str. 505-510

[7] Zakon o zaščiti živali, Ur.I, Republike Slovenije št.98 od 1999. godine

[8] Zakon o zaštiti dobrobiti životinja ,“ Službeni list Crne Gore”, broj 14/08

[9] Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br 111/08

[10] Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja, "Službeni glasnik BiH" od 31.03.2009 godine

[11] Zakon o dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 41/2009

zaštitom životinja.[12] Istaknuto mesto među njima i dalje pripada zemljama *common law* sistema – Sjedinjenim Američkim Državama i Velikoj Britaniji, koje u sferi zaštite životinja imaju viševekovnu tradiciju. Iako se u evropsko – kontinentalnim pravnim sistemima ideja pravne zaštite životinja javila nešto kasnije, poslednjih nekoliko decenija evropske zemlje doživljavaju pravu „pravnu revoluciju“ kada su u pitanju prava životinja i njihova dobrobit.[13]

Zakonska rešenja razvijenih evropskih zemalja poput Nemačke i Švajcarske smatraju se naprednijim od anglo – saksonskih, budući da uspostavljaju pravila o dobrobiti životinja u prvom redu radi njih samih, pa tek onda radi dobrobiti njihovih vlasnika i društva u celini[14]. Za ovakva progresivna kretanja zašlužna je i implementacija u nacionalna zakonodavstva evropskih zemalja velikog broja pravnih izvora usvojenih pod okriljem Saveta Evrope kao i odluka organa Evropske unije.[15] U periodu od 1971. do 2006. godine, a pod okriljem Saveta Evrope usvojeno je ukupno sedam konvencija posvećenih dobrobiti životinja, od kojih poseban značaj ima Evropska konvencija za zaštitu kućnih ljubimaca (*European Convention for the Protection of Pet Animals*) iz 1987. godine[16]. Ona postavlja minimalne standarde za sve države članice u pogledu držanja, čuvanja i zaštite kućnih životinja, pre svega pasa i mačaka. Protokol o zaštiti i dobrobiti životinja (*EC Treaty's Protocol on Protection and Welfare of Animals*) iz 1997. godine[17] pridodat je Sporazumu o osnivanju Evropske zajednice i priznaje životinjama svojstvo „osećajnih bića“, zahtevajući, pri tome, od Evropske unije i njenih država članica da sa puno pažnje pristupe ispunjenju zahteva koji se tiču njihove dobrobiti[18] Evropa predstavlja jedini

---

[12] Prema: World Society for the Protection of Animals: An overwiew of Animal Protection Legislation, 2006. godine, dostupno na interet prezentaciji "http://enextranet.animalwelfareonline.org/resources/animalwelfare/legislation/index.aspx"

[13] Paunović, M.: Uporednopravni pregled zaštite prava i dobrobiti životinja, Strani pravni život, br. 1/2004, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004. godine, str. 27.

[14] Tomaselli, P.: International Comparative Animal Cruelty Laws, Animal Legal and Historical Center, Michigen State University College of Law, 2003. godine

[15] Paunović, M.: Uporednopravni pregled zaštite prava i dobrobiti životinja, Strani pravni život, br. 1/2004, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004. godine, str. 43.

[16] European Convention for the Protection of Pet Animals, Council of Europe (European Treaty Series ETS - No.125), Strasbourg, 13.XI.1987, na snazi od 1992. godine

[17] Protocol annexed to the Treaty on European Community-Protocol on protection and welfare of Animals, Official Journal C 340, 10/11/1997 p. 0110

[18] Horgan, R.: „EU Animal Welfare Legislation: Current Position and Future Perspectives“, Revista Electrónica de Veterinaria REDVET, Vol. VII, No 12, Veterinaria Organización S.L., España, 2006. godine, str. 2.

region koji je međunarodnim konvencijama pristupio rešavanju pitanja vezanih za dobrobit i blagostanje životinja[19]

Kada je reč o skandinavskim zemljama – Švedskoj, Norveškoj, Finskoj, Danskoj i Islandu, može se primetiti da su zakoni posvećeni zaštiti životinja u njima relativno slično koncipirani.[20] Krivičnoprava inkriminacija okrutnosti prema životinjama prvi put je u Švedskoj uspostavljena 1857. godine, kada je usvojen Krivični zakon[21] koji je predviđao sankcionisanje zlostavljanja životinja u zatočeništvu, odnosno sopstvene ili tuđe stoke (*cruel treatmen of one's own or another's cattle*). Za razliku od većine tadašnjih evropskih kaznenih zakona, koji su sankcionisali samo ubijanje zlostavljanje tuđe životinje, izjednačavajući ga sa uništenjem ili oštećenjem tuđe pokretne stvari i ostavljajući vlasniku životinje slobodu da prema njoj postupa po svom nahođenju, on je propisivao krivičnopravnu odgovornost za svakog učinioca – bez obzira na svojinu nad životinjom.[22] Od 1907. godine ovom inkriminacijom obuhvaćena je i divljač u prirodnom staništu.[23] Iz toga proizlazi da je švedski zakonodavac, za razliku od većine svojih savremenika, prilično rano uvideo da životinje ne mogu imati isti status kao puke pokretne stvari, već da im treba pružiti zaštitu ako ne kao subjektima prava, onda barem kao subjektima života.[24]

I danas Švedska predstavlja jednu od razvijenih evropskih zemalja koje su svojim pravnim poretkom zaštitile životinje na adekvatan način i u skladu kako sa evropskim tako i sa univerzalnim standardima. Pored niza propisa koji se odnose na zaštitu prirode, kojima je pod zaštitu stavila mnoge ugrožene vrste divljih životinja, Švedska je naročito uznapredovala u oblasti zaštite domaćih životinja koje služe za privredno eksploatisanje.[25]

Poštujući obaveze koje ima kao jedna od zemalja članica Evropske unije, Švedska je odredbama svog Zakona o dobrobiti životinja omogućila neposrednu primenu pravnih akata koji spadaju u takozvano evropsko

---

[19] Paunović, M.: Životinjska prava-prilog proširenoj teoriji ljudskih prava, Strani pravni život, br. 3/2005., Institut za uporedno pravo, Beograd, 2005. godine, str. 34.

[20] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 93.

[21] SFS 1857:61

[22] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 95.

[23] SFS 1907:44

[24] U tom smislu: Paunović, M.: Životinjska prava-prilog proširenoj teoriji ljudskih prava, Strani pravni život, br. 3/2005., Institut za uporedno pravo, Beograd, 2005. godine

17-18

[25] Paunović, M.: Prava životinja – savremeni međunarodni standardi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Đuro Salaj“ AD, Beograd, 2004. godine, str. 106.

komunitarno pravo. Kao najznačajnjiji od njih izdvajaju se ugovori koji čine primarne izvore prava kao i uredbe, direktive, odluke, preporuke i presude i načela Evropskog suda pravde (koji spadaju u sekundarne izvore prava).[26] Tokom 2008. godine, Švedska je zvanično dala svoju podršku Univerzalnoj deklaraciji o dobrobiti životinja[27], usvojenoj 2000. godine od strane Svetskog društva za zaštitu životinja (*WSPA*)[28]. Pošto se nalazi na nivou predloga, ta deklaracija još uvek nema obavezujuću pravnu snagu. Ipak, njen moralni uticaj je sve veći. Prvi korak da se dođe do zajedničkih međunarodnih stavova o pitanju dobrobiti životinja je usvajanje Univerzalne deklaracije za zaštitu dobrobiti životinja na nivou Ujedinjenih nacija i to prvo u okviru Ekonomskog i Socijalnog saveta Ujedinjenih nacija, čiji je Svetsko društvo za zaštitu životinja konsultativni član, a potom i na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija.[29]

Krivično delo okrutnosti prema životinjama u švedskom Krivičnom zakoniku

Važeći švedski Krivični zakonik usvojen je 1962. godine, a stupio je na snagu 1. januara 1965. godine. Najveći broj krivičnih dela propisan je ovim zakonikom, dok su neka od njih predviđena odredbama posebnih zakona. U skladu sa tim, u švedskom krivičnom pravu se krivično delo (zločin) definiše kao ono delo koje je kao takvo određeno u Krivičnom zakoniku ili u drugom zakonu ili statutarnom instrumentu i za koje je propisana neka od Zakonikom predviđenih kazni[30]. U pitanju su sledeće kazne: 1) novčana kazna i 2) kazna zatvora.[31]

Krivično delo okrutnosti prema životinjama sistematizovano je u okviru 16. Poglavlja Krivičnog zakonika Švedske, koje je posvećeno krivičnim delima protiv javnog reda[32]. Propisivanje krivičnog dela okrutnosti prema životinjama u okviru krivičnih dela protiv javnog reda

---

[26] Više o tome: Čavoški, A.: Osnovi ekološkog prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta UNION u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007. godine, str. 24 – 29.

[27] Više o tome videti na sledećem linku: "http://www.wspa-international.org/latestnews/2008/sweden_new_zealand_sign_udaw.aspx"

[28] "http://www.wspa-international.org/whoarewe/Default.aspx"

[29] Paunović, M.: Prava životinja – savremeni međunarodni standardi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Đuro Salaj“ AD, Beograd, 2004. godine, str. 198.

[30] Poglavlje 1., čl. 1. The Swedish Penal Code (Law 1994:458)

[31] Poglavlje 1., čl. 3. The Swedish Penal Code (Law 1988:942)

[32] Poglavlje 16., čl. 13. The Swedish Penal Code (Law 1972:629)

smatra se „ostatkom prošlosti“[33] i potiče od stava zastupanog tokom XIX veka prema kome osnov inkriminisanja okrutnosti prema životinjama leži u „remećenju pristojnosti“. Naime, u periodu koji je prethodio kriminalizaciji ljudske okrutnosti prema životinjama, ova pojava je u svesti mnogih građana tretirana kao porok koji izaziva uznemirenost okoline. Kako se od društva zahtevalo da sledi visoke moralne standarde, građani su poverili državnoj vlasti pravo i obavezu da interveniše i postupa na odgovarajuć način u slučaju zlostavljanja životinja.[34]

Prema tekstu Zakonika, lice koje sa namerom ili usled grube nebrige (nepažnje), zlostavljanjem, primoravanjem na preteran rad, zanemarivanjem ili na drugi način, neopravdano izloži životinju patnji, kazniće se zbog okrutnosti prema životinjama novčanom kaznom ili kaznom zatvora u trajanju do 2 godine.[35] Iako iz naziva ove inkriminacije proizlazi da su navedenom zakonskom odredbom obuhvaćena samo one ljudske radnje kojima se manifestuje okrutnost prema životinjama, ona je sada koncipirana na način koji omogućava njenu široku primenu i na druge slučajeve zloupotrebe životinja. Upotreba opštih izraza kao što su: „zlostavljanje“, „zanemarivanje“ i „primoravanje na preteran rad“ omogućava da ovom inkriminacijom budu obuhvaćene različite nedozvoljene radnje, neovisno od njihovog odnosa sa pojmom okrutnosti[36].

U svakom slučaju, potrebno je da je činjenje ili nečinjenje koje predstavlja radnju ovog krivičnog dela u konkretnom slučaju bilo neopravdano, odnosno preduzeto bez opravdanog razloga. Navedena odredba Krivičnog zakonika ne sadrži precizne smernice o tome kada će se neko ponašanje koje se smatra okrutnošću prema životinjama smatrati opravdanim. Takvi kriterijumi sadržani su u švedskom Zakonu o dobrobiti životinja[37], o čemu će posebno biti reči.

Objekt radnje ovog krivičnog dela je životinja. Međutim, švedski krivični zakonik ne postavlja jasnu granicu u pogledu vrste životinje koja može biti objekt radnje ovog krivičnog dela, prepuštajući rešavanje ovog pitanja praksi nadležnih pravosudnih organa. U teoriji je zastupljeno shvatanje da je švedski zakonodavac na taj način, otvorio prostor za pružanje

---

[33] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 96.

[34] Više o tome: Favre, D., Tsang, V.: The development of Anti – Cruelty Laws during the 1800 s, Comparative Law Review, br. 1., 1993. godine

[35] Poglavlje 16., čl. 13. The Swedish Penal Code (Law 1972:629)

[36] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 96

[37] Videti: The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) SFS (Law 1988: 534), preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/90310"

krivičnopravne zaštite svih vrsta životinja.[38] Ako se ima u vidu da su švedski sudovi u presudama donetim na samom početku XX veka priznavali ribama poput jegulje i štuke status „žrtve u skladu sa zakonima protiv okrutnosti prema životinjama“, nema sumnje da su i u važećem zakonodavstvu te zemlje ovom inkriminacijom obuhvaćeni svi kičmenjaci. Kada su u pitanju beskičmenjaci, situacija je i dalje sporna i zavisi od stava suda u svakom konkretnom slučaju.[39]

Posledica ovog krivičnog dela sastoji se u izlaganju životinje patnji, odnosno u povređivanju telesnog ili psihičkog integriteta životinje. Naime, biće krivičnog dela okrutnosti prema životinjama ostvareno je samo ukoliko je u konkretnom slučaju određenim činjenjem ili nečinjenjem prouzrokovana posledica koja se sastoji u patnji životinje. Ispunjenje "kriterijuma patnje" ne odnosi se samo na nanete povrede, ranjavanja i nepreduzimanje mera za lečenje bolesne životinje. Ona obuhvata i nanošenje životinji psihičkog bola u vidu mučenja, izazivanja straha i stresa, što dopušta da se ovom inkriminacijom, uz ispunjenje svih ostalih elemenata, obuhvati širok krug ponašanja.[40] Kao primer ostvarivanja bića krivičnog dela okrutnosti prema životinjama kroz nanošenje psihičkog bola i patnji može se navesti jedna odluka iz prakse švedskog suda. U nameri da se iz ličnih razloga osveti vlasnici konja, optuženi je jurio konja vozilom sa veoma bučnim motorom, držeći sve vreme malo rastojanje između konja i vozila. To je kod konja izazvalo paniku, usled čega je on maksimalnom brzinom galopirao bežeći od vozila. Prema nalazima veterinara, konj je u konkretnom slučaju pretrpeo strah i stres usled nezakonitog i neopravdanog gonjenja. Optuženi je proglašen krivim za krivično delo okrutnosti prema životinjama, iako konju u konkretnom slučaju nisu bile nanete telesne povrede.[41]

Da bi postojalo krivično delo okrutnosti prema životinjama, okrutnost mora biti proizvod namere učinioca ili njegove grube nebrige (nepažnje) (*gross carelessness*), odnosno grubog zanemarivanja dužnosti koje ima prema životinji. Iz navedene formulacije može se sa sigurnošću zaključiti da će ovo krivično delo postojati kada je na strani učinioca kao oblik krivice postojao umišljaj, pri čemu u obzir dolazi kako direktni umišljaj, tako i eventualni umišljaj[42]. Međutim, nije sasvim jasno da li je terminom „*gross carelessness*“ ili, kako pojedini autori navode tumačeći ovu

---

[38] U tom smislu: Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 97.

[39] Ibid.

[40] Ibid.

[41] Videti: Lidkopings tingsratts dom 198/DB 448

[42] U tom smislu: Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 96.

odredbu, terminom „*gross negligence*“[43] obuhvaćen i nehat učinioca. Čini se da upotrebljena formulacija ostavlja dovoljno prostora da navedenom inkriminacijom budu obuhvaćene i one radnje koje su preduzete sa svesnim nehatom kao oblikom krivice.

U ulozi učinioca ovog krivičnog dela može se javiti bilo koje lice. To može biti vlasnik životinje ali i neko drugo lice, bez obzira na to da li se životinja nalazi u njegovoj svojini ili ne.

Kao što je istaknuto, krivično delo okrutnosti prema životinjama zaprećeno je novčanom kaznom ili kaznom zatvora do 2 godine. Uprkos tome što posebni maksimum kazne zatvora za ovo krivično delo iznosi 2 godine, do sada je, prema praksi švedskih sudova, najstroža kazna izrečena za njega iznosila 8 meseci. Inače, učiniocima ovog krivičnog dela najčešće se izriče novčana kazna.[44] Prilikom ocene kaznene politike kada je u pitanju ovo krivično delo, treba uzeti u obzir činjenicu da opšti maksimum kazne zatvora u određenom trajanju u švedskom krivičnom pravu iznosi svega 10 godina[45] (izuzetno se može izreći i kazna zatvora u doživotnom trajanju). Pored toga, treba imati na umu da je švedskim Krivičnim zakonikom za krivično delo ubistva propisana kazna zatvora do 10 godina ili kazna doživotnog zatvora[46], kao i da je nanošenje telesne povrede, narušavanje zdravlja ili nanošenje bola bola drugom licu zaprećeno kaznom zatvora do 2 godine[47]. U tom kontekstu, čini se da je švedski zakonodavac obezbedio prilično strogu reakciju na okrutnost prema životinjama.

Sankcionisanje okrutnoti prema životinjama u skladu sa švedskim Zakonom o dobrobiti životinja

Važeći Zakon o dobrobiti životinja Kraljevine Švedske usvojen je 1988. godine[48] i predstavlja važan instrument za postavljanje standarda kada je u pitanju briga o životinjama i odnos čoveka prema njima.[49] Njegovim stupanjem na snagu 1. jula 1988. godine prestale su da veže odredbe sledećih zakona: 1) Zakona o dobrobiti životinja iz 1944. godine[50] i 2) Zakona o

[43] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 96.

[44] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 96.

[45] Poglavlje 26. čl. 1. The Swedish Penal Code

[46] Poglavlje 3., čl. 1.

[47] Poglavlje 3., čl. 5.

[48] The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) SFS (Law 1988: 534), preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/90310"

[49] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 98.

[50] The Animal Welfare Act (Law 1944:219), preuzeto sa:

klanju domaćih životinja iz 1937. godine[51]. Ovaj zakon je od tada pretrpeo brojne izmene i dopune, od kojih su poslednje usledile 1. januara 2010. godine.[52] Zajedno sa Zakonom o dobrobiti životinja, usvojena je i istoimena Uredba, kojom se odredbe tog zakona detaljnije razrađuju.[53]

Zakonom o dobrobiti životinja regulisani su zbrinjavanje i tretman domaćih životinja i laboratorijskih životinja[54], kao i drugih životinja ukoliko se one drže u zatočeništvu.[55] Zaštita divljih životinja koje se nalaze svom prirodnom staništu uređena je švedskim Zakonom o zaštiti prirode, koji je usvojen 1998. godine i stupio na snagu 1. januara 1999. godine[56].

U Zakonu o dobrobiti životinja sadržani su minimalni standardi koji moraju biti ispunjeni prilikom držanja i čuvanja životinja. Ovi standardi obuhvataju elementarna načela (preporuke, uputstva) na kojima treba da počiva odnos čoveka preme životinjama kao i listu zabranjenih ponašanja čoveka prema životinjama. Kao osnovni princip, propisano je da se životinje moraju tretirati dobro i da moraju biti zaštićene od bolesti i nanošenja nepotrebne patnje.[57] Već u sledećoj odredbi primena ovog načela je ograničena izričitim naglašavanjem da se neće smatrati da su laboratorijske životinje bile izložene nepotrebnoj patnji ili bolesti ukoliko je takva njihova upotreba odobrena od strane etičkog komiteta za eksperimente nad životinjama.[58] Zakon predviđa obavezu obezbeđivanja dovoljne količine hrane i vode za životinje i to dobrog kvaliteta i prilagođene potrebama njihove vrste.[59] Takođe, propisano je da u zgradama za smeštaj stoke i drugim mestima za čuvanje i zatvaranje životinja mora biti obezbeđeno dovoljno prostora i zaklona kao i da se ovi objekti moraju održavati čistim.[60] Životinje se smeštaju i drže u okruženju koje je za njih odgovarajuće i na način koji pogoduje njihovom zdravlju, dopuštajući im pritom da se ponašaju prirodno.[61]

---

[51] The Slaughter of Domestic Animals Act (Law 1937: 313), preuzeto sa:

[52] SFS 2009: 303

[53] The Animal Welfare Ordinance (Djurskyddsförordningen) SFS (Law 1988:539), sa poslednjim izmenama i dopunama SFS (2008:1051), preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/90310"

[54] Laboratorijskim životinjama smatraju se one životinje koje se koriste u eksperimentima ili koje se uzgajaju, čuvaju ili pribavljaju za vršenje eksperimenata nad životinjama. (Čl. 1. b The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) (Law 1988: 534), sa poslednjim izmenama i dopunama (Law 2006:809)

[55] Čl. 1. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) SFS (Law 1988: 534),

[56] The Swedish Environmental Code, Ds 2000:61, preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/2023/a/22847"

[57] Čl. 2. st. 1. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) SFS (Law 1988: 534),

[58] Čl. 2. st. 2., sa poslednjim izmenama i dopunama (Law 2005:1226)

[59] Čl. 3. st. 1.

[60] Čl. 3. st. 2.

[61] Čl. 4. st. 1.

Zakonom o dobrobiti životinja zabranjeno je primoravanje životinja na prekomeran rad[62], a posebno je naglašeno da se one ne smeju udarati kao i da se njima ne sme upravljati upotrebom predmeta koji su podobni da im nanesu telesne povrede.[63] Zatim, istaknuto je i da životinja ne sme biti vezana ili sputana na način kojim joj se nanosi bol ili uskraćuju: neophodna sloboda pokreta, odmor ili zadovoljavajuć zaklon od elementarnih nepogoda.[64]

Posebne odredbe Zakona posvećene su postupanju sa bolesnim ili povređenim životinjama. Ako je životinja bolesna ili povređena ili na drugi način svojim ponašanjem pokazuje znake bolesti, mora joj se bez odlaganja pružiti potrebna nega. Takva nega biće pružena od strane veterinara, ukoliko je to neophodno u konkretnom slučaju. Pored odgovarajuće nege, moraju se preduzeti i druge potrebne mere, osim ukoliko je bolest ili povreda toliko ozbiljna da životinja mora odmah biti lišena života.[65]

Kao i većina savremenih zakona posvećenih zaštiti i dobrobiti životinja, i Švedski Zakon o dobrobiti životinja sadrži odredbe kojima je regulisano na koji način i pod kojim uslovima se one mogu ubijati radi ishrane ljudi. Tako je predviđeno da prilikom odvođenja na klanje i tokom samog klanja životinje moraju biti pošteđene suvišnih neprijatnosti i patnji.[66] Insistira se na tome da domaće životinje pre klanja budu uspavane (ošamućene), kao i da se ni jedna druga mera u vezi sa klanjem ne sme preduzeti sve dok životinja ne bude usmrćena.[67]

Zakon sadrži i kaznene odredbe, kojima su propisane odgovarajuće sankcije za kršenje standarda i zabrana koje su u njemu enumerisane. Propisano je da će izreći novčana kazna ili kazna zatvora do 2 godine[68] licu koje sa umišljajem ili iz nehata prekrši taksativno navedebe odredbe Zakona o dobrobiti životinja[69] ili koje propusti da postupi u skladu sa propisom izdatim na osnovu Zakona o dobrobiti životinja ili koje propusti da postupi u skladu sa zabranom držanja i čuvanja životinja[70]. Ista kazna predviđena je i za lice koje sa umišljajem ili iz nehata postupa protivno obavezama, uslovima ili zabranama sadržanim u odredbama evropskog komunitarnog prava koje su dopunjene Zakonom o dobrobiti životinja.[71] Prestupi koji su

---

[62] Čl. 5. st. 1.

[63] Čl. 5. st. 2.

[64] Čl. 6. st. 1.

[65] Videti: čl. 9. , sa poslednjim izmenama i dopunama (Law 2003: 1077)

[66] Čl. 13.

[67] Čl. 14.

[68] Čl. 36. st. 1. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) (Law 1988: 534)

[69] U pitanju su sledeće odredbe: čl. 3., 5., 6., 8 – 11., 13. 14., 16 – 19 a i 21.

[70] Čl. 29.

[71] Čl. 36. a

učinjeni namerno i kršenjem obaveza koje su posebno važne sa stanovišta dobrobiti životinja, zaprećeni su isključivo kaznom zatvora do 2 godine.[72] Posebno je naglašeno da se kazne neće izricati za prestupe manjeg značaja (*minor offences*)[73].

Postupanje u suprotnosti sa navedenim odredbama u smislu nedavanja životinji dovoljno hrane i vode i nepružanja adekvatne nege[74], primoravanja na preteran rad i udaranja[75], vezivanja na način koji pričinjava bol i (ili) ograničava slobodu kretanja[76], nepružanja adekvatne veterinarske nege u slučaju bolesti ili povrede[77], klanje životinje na neodgovarajuć način[78] itd., po pravilu će predstavljati okrutnost prema životinjama, u smislu Krivičnog zakonika. Međutim, ovde je, za razliku od odredaba Krivičnog zakonika, izričito predviđeno da će učinilac odgovarati kako za umišljajno tako i za nehatno činjenje odnosno nečinjenje.[79]

Za razliku od naše zemlje, gde postupanje protivno Zakonu o dobrobiti životinja predstavlja prekršaj[80], u Švedskoj kršenje pojedinih normi istoimenog propisa za posledicu ima izricanje krivične sankcije. Kaznene odredbe švedskog Zakona o dobrobiti životinja imaju komplementaran (dopunjujući) karakter u odnosu na odredbu Krivičnog zakonika kojom je propisano krivično delo okrutnosti prema životinjama.[81] Takav odnos ova dva zakona predviđen je švedskim Zakonom o dobrobiti životinja, koji izričito navodi da učinilac neće biti kažnjen u skladu sa tim zakonom ukoliko je za isti prestup Krivičnim zakonikom propisana ista ili stroža kazna.[82] Dakle, švedskim Zakonom o dobrobiti životinja praktično je inkriminisano posebno krivično delo, odnosno njime je uvedeno krivično delo iz sporednog zakona koji u odnosu na Krivični zakonik predstavlja *lex specialis*.

Vršenje službene kontrole nad sprovođenjem švedskog Zakona o dobrobiti životinja, podzakonskih akata izdatih u skladu sa njim, odredaba izvora prava Evropske unije koje su njime dopunjene i aktima donetim na osnovu odgovarajućih pravnih akata Evropske unije, spada u nadležnost

---

[72] Čl. 36. st. 2.

[73] Čl. 36. st. 3.

[74] Čl. 3. st. 1.

[75] Čl. 5. st. 1. i st. 2.

[76] Čl. 6. st. 1.

[77] Č. 9.

[78] Čl. 13. i 14.

[79] Čl. 36.

[80] Čl. 85. Zakon o dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 41/2009

[81] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 98.

[82] Čl. 36. st. 4. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) (Law 1988: 534), sa poslednjim izmenama i dopunama (2002:550)

Okružnih upravnih (administrativnih) odbora i drugih organa u skladu sa odlukom Vlade.[83] Nadležni organ će nastojati da obezbedi preduzimanje odgovarajućih mera protiv lica koja krše odredbe navedenih pravnih akata.[84] Organu koji sprovodi takvu kontrolu na raspolaganju je, u meri potrebnoj za zadovoljavajuće vršenje njegovih dužnosti, osoblje sa posebnim znanjem iz oblasti dobrobiti životinja.[85]

Organ ovlašćen za vršenje nadzora može da izdaje naredbe ili zabrane kojima se obezbeđuje postupanje lica u skladu sa Zakonom o dobrobiti životinja, uredbama i odlukama koje su donete na osnovu njega, odredbama izvora prava Evropske unije i odlukama donetim na osnovu njih[86] Takvom naredbom ili zabranom može se neko lice uslovno obavezati na plaćanje novčane kazne.[87] U slučaju kršenja naredbe ili zabrane kojom mu je uslovno izrečena novčana kazna, učinilac neće biti kažnjen prema članu 36. i 36. (a) za delo koje je pokriveno tom naredbom ili zabranom.[88] Dakle, umesto da za to delo odgovara krivično, njegov slučaj će biti prosleđen Okružnom administrativnom sudu (*Country Administrative Court*), koji će ga, u zavisnosti od okolnosti, svojom presudom obavezati da u celini ili delimično plati novčanu kaznu[89] (koja mu je prethodno bila uslovno izrečena naredbom nadzornog organa).

Zaključak

Švedska je jedna od evropskih zemalja sa dugom tradicijom i razvijenom društvenom svešću kada je u pitanju neophodnost krivičnopravne garancije opstanka i dobrobiti životinja. Osim što odredbama svog nacionalnog zakonodavstva štiti životinje od ubijanja i zlostavljanja, Švedska je potpisnica i brojnih međunarodnih pravnih akata iz ove oblasti i to ne samo na regionalnom (evropskom) već i na univerzalnom nivou. Iako Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja još uvek nema pravnu već samo moralnu snagu, Švedska je podržavajući njen nacrt nedvosmisleno pokazala svoj stav u pogledu fundamentalnih pitanja koja se tiču zaštite, dobrobiti, pa i prava životinja. Imajući to u vidu, rešenja zastupljena u švedskom pravu treba posmatrati kao dobre uzore i korisne smernice za

---

[83] Čl. 24. st. 1. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) (Law 1988: 534), sa poslednjim izmenama i dopunama (2002:550)

[84] Čl. 24. b sa poslednjim izmenama i dopunama (2006: 809)

[85] Čl. 24. st. 2., (Law 2008:660)

[86] Čl. 26. st. 1.

[87] Čl. 26. st. 2.

[88] Čl. 37. st. 1.

[89] Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine, str. 99.

tumačenje relevantnih zakonskih odredbi koje su u našoj zemlji usvojene relativno skoro.

Posebnu prednost predstavlja praksa švedskih pravosudnih organa koja je, kao što je već istaknuto, sklona da pojam životinje koja može biti podvrgnuta zlostavljanju tumači krajnje ekstenzivno, čime se omogućava krivičnopravna zaštita svih kičmenjaka, bez obzira na stepen njihovog evolutivnog razvoja. Takvo tumačenje pojma „životinje" trebalo bi primenjivati i u našem krivičnom pravu. Naime, prema trenutno zastupljenom teorijskom shvatanju, krivičnopravnom zaštitom su u našoj zemlji obuhvaćene samo one životinje čije ubijanje i zlostavljanje kod najvećeg broja ljudi izaziva osećaj sažaljenja.[90] Takvo stanovište je krajnje antropocentrično i, može se reći zastarelo, budući da u znatnoj meri zaostaje za principima savremene biocentrične etike i da ne štiti životinje kao takve već isključivo osećanja koja ljudi gaje prema njima.

Pored toga, kao naročito pozitivnu treba istaći tendenciju švedskih sudova da pojmom okrutnosti u smislu Krivičnog zakonika obuhvate i psihičko zlostavljanje životinje bez obzira na to da li je u konkretnom slučaju došlo do i povređivanja njenog telesnog integriteta. Priroda te problematike nalaže da se sud prilikom odlučivanja o slučaju psihičkog zlostavljanja životinje oslanja na nalaz i mišljenje veštaka veterinarske struke, te je izuzetno važno da u tom smislu postoji odgovarajući kadar i da se ostvaruje zavidni stepen saradnje između nadležnih organa.

Za razliku od naše zemlje, gde postupanje protivno Zakonu o dobrobiti životinja predstavlja prekršaj[91], u Švedskoj kršenje pojedinih normi istoimenog propisa za posledicu ima izricanje krivične sankcije. Švedski Zakon o dobrobiti životinja izričito navodi da učinilac neće biti kažnjen u skladu sa tim zakonom ukoliko je za isti prestup (krivično delo) Krivičnim zakonikom propisana ista ili stroža kazna.[92] Nasuprot tome, Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije ne sadrži odredbe na osnovu kojih bi se bliže odredio njegov odnos sa relevantnim normama Krivičnog zakonika. Činjenica da on u našoj zemlji predstavlja *lex posterior* i *lex specialis* u odnosu na Krivični zakonik ne doprinosti rešavanju dileme, budući da ovde nije reč o koliziji dva krivična zakona, već o sticaju odredaba krivičnog i prekršajnog prava,[93] koji može izazvati određene nedoumice prilikom njihove praktične primene.

---

[90] U tom smislu: Stojanović, Z.: Komentar krivičnog zakonika, Javno preduzeće „Službeni glasnik", Beograd, 2006. godine, str. 614.

[91] Čl. 85. Zakon o dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 41/2009

[92] Čl. 36. st. 4. The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) (Law 1988: 534), sa poslednjim izmenama i dopunama (2002:550)

[93] Više o tome: Batrićević, A.: Dometi i implementacija Zakona o dobrobiti životinja u pravnom sistemu Republike Srbije, Pravna riječ-časopis za pravnu teoriju i praksu, vol. VII, br. 23, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godine, str. 353-365.

Ono što bi se moglo zameriti važećem švedskom rešenju jeste činjenica da je krivično delo okrutnosti prema životinjama u švedskom Krivičnom zakoniku sistematizovano u okviru poglavlja posvećenog krivičnim delima protiv javnog reda. Svrstavanje ovog krivičnog dela u krivična dela protiv javnog reda ima izrazito antropocentričan prizvuk. Time se nedvosmisleno pokazuje da je zaštitni objekt ove inkriminacije čovek – konkretno njegov interes za održavanjem javnog reda a ne životinja. Čini se da je krivično zakonodavstvo Republike Srbije u tom pogledu „naprednije", budući da slično krivično delo, pod nazivom ubijanje i zlostavljanje životinja[94], svrstava u krivična dela protiv životne sredine. Ni rešenje prisutno u krivičnom pravu naše zemlje ne omogućava da životinja stekne status zaštitnog objekta, već ona i dalje ostaje „samo" objekt radnje[95], dok se zaštitnim objektom smatraju čovek i druge osnovne društvene vrednosti[96]. Iz navedene sistematizacije proizlazi da je u našem krivičnom pravu zaštitni objekt ovog krivičnog dela životna sredina kao celina u smislu skupa prirodnih i stvorenih vrednosti čiji kompleksni međusobni odnosi čine okruženje odnosno prostor i uslove za život ljudi[97], a ne životinja *per se*. Ipak, čini se da naša sistematizacija, za razliku od švedske, više naginje biocentrizmu, s obzirom da dozvoljava da životinja, ako već nije objekt zaštite sama za sebe, to bude posredno, kao integralni deo životne sredine.

Kazna koja je za ovo krivično delo zaprećena, kao i kazne koje se za njega u praksi švedskih sudova izriču mogu na prvi pogled delovati neopravdano blago. Poređenja radi, u našem pravu osnovni oblik krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja zaprećen je novčanom kaznom ili kaznom zatvora do 1 godine.[98] Za prvi teži oblik ovog krivičnog dela učinilac se može kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do 3 godine[99], dok mu se za drugi mogu izreći kumulativno kazna zatvora u trajanju od tri meseca do tri godine i novčana kazna.[100] Iz toga se, naročito kada su u pitanju teži oblici ovog krivičnog dela, može steći utisak da je reakcija naše države na okrutnost prema životinjama donekle oštrija. Međutim, sagledana u odnosu na kazne propisane za druga krivična dela u švedskom Krivičnom zakoniku, kao što su na primer krivična dela protiv

---

[94] Čl. 269. Krivični zakonik, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

[95] Stojanović, Z.: Komentar krivičnog zakonika, Javno preduzeće „Službeni glasnik", Beograd, 2006. godine, str. 613 – 614.

[96] Čl. 3., Krivični zakonik, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

[97] Čl. 3., Zakon o zaštiti životne sredine, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 135/2004

[98] Čl. 269. st. 1., Krivični zakonik, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

[99] Čl. 269. st. 1., Krivični zakonik, „Službeni glasnik Republike Srbije", br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

[100] Čl. 269. st. 1.

života i tela, državna reakcija Švedske na ubijanje i zlostavljanje životinja može se okarakterisati kao krajnje odlučna i poslužiti kao dobar primer i koristan putokaz za domaće pravosudne organe.

Literatura

- Batrićević, A.: Dometi i implementacija Zakona o dobrobiti životinja u pravnom sistemu Republike Srbije, Pravna riječ-časopis za pravnu teoriju i praksu, vol. VII, br. 23, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godine

- Čavoški, A.: Osnovi ekološkog prava Evropske unije, Pravni fakultet Univerziteta UNION u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2007. godine

- Favre, D., Tsang, V.: The development of Anti – Cruelty Laws during the 1800 s, Comparative Law Review, br. 1., 1993. godine

- Felnberg, Dž.: Prava životinja i nerođenih pokolenja (prevod: Babić, J.), Gledišta: Časopis Beogradskog univerziteta, br. 7/8, godina 28, Beogradski univerzitet: Narodna omladina Srbije: Savez studenata, Beograd, 1987. godine

- Jovašević, D.: Krivično pravo-opšti deo, Nomos, Beograd, 2006. godine

- Jovašević, D.: Sistem ekoloških delikata – ekološko kazneno pravo, Pravni fakultet

u Nišu – Centar za publikacije, Niš, 2009. godine

- Kokolj, M.: Prekršajno pravo, Privredna akademija, Novi Sad, 2007. godine

- Paunović, M.: Prava životinja – savremeni međunarodni standardi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Đuro Salaj“ AD, Beograd, 2004. godine

- Paunović, M.: Životinjska prava-prilog proširenoj teoriji ljudskih prava, Strani pravni život, br. 3/2005., Institut za uporedno pravo, Beograd, 2005. godine

- Paunović, M.: Uporednopravni pregled zaštite prava i dobrobiti životinja, Strani pravni život, br. 1/2004, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004. godine

- Regan, T.: The Day May Come: : Legal Rights for Animals, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 10:11, Portland, Oregon, 2004. godine

-Stojanović, Z.: Komentar krivičnog zakonika, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2006. godine

- Storey, T., Lidbury, A.: Criminal Law – 5th Edition, Willan Publishing, Cullompton, Devon, UK, 2009. godine

-Striwing, H.: „Animal Law and Animal Rights on the Move in Sweden“, Animal Law Review at Lewis and Clark Law School, Vol. 8:93, Portland, Oregon, 2002. godine

- Tomaselli, P.: International Comparative Animal Cruelty Laws, Animal Legal and Historical Center, Michigen State University College of Law, 2003. godine

Izvori

- Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

- The Animal Welfare Act (Djurskyddslagen) SFS (1988: 534), sa poslednjim izmenama i dopunama SFS (2009:303), preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/90310"

- The Animal Welfare Ordinance (Djurskyddsförordningen) SFS (1988:539), sa poslednjim izmenama i dopunama SFS (2008:1051), preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/574/a/90310"

- The Swedish Constitution of 1975, preuzeto sa:

- The Swedish Environmental Code, Ds (2000:61) preuzeto sa: "http://www.sweden.gov.se/sb/d/2023/a/22847"

- Zakon o dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 41/2009

- Zakon o zaščiti živali, “Uradni list Republike Slovenije” št.98 od 1999. godine

- Zakon o zaštiti dobrobiti životinja ,“ Službeni list Republike Crne Gore”, broj 14/08

- Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja, "Službeni glasnik BiH" od 31.03.2009 godine

- Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br 111/08

- Zakon o dobrobiti životinja, Narodne novine Republike Hrvatske br. 19/1999

Ana Batrićević,
Institute of Criminological and sociological researches,
Belgrade

STATE REACTION TO ANIMAL CRUELTY IN THE KINGDOM OF SWEDEN

The protection of animals from killing and abuse or maltreatment, through the provisions of criminal law and the law of misdemeanors, has been established in the Republic of Serbia with significant delay in comparison to common law countries and the developed countries of European – continental legal tradition. The criminal offence of killing and torture (now: maltreatment) of animals was included in the criminal legislation of the Republic of Serbia in 2006, while our country adopted its first Law on Animal Welfare in 2009. Therefore, in order to provide as efficient implementation of relevant universal and European standards as possible, it is necessary to analyze the solutions that are present in the legislations of countries with longer history and advanced tradition in this field of law in theoretical as well as in practical sense. In that context, the author analyzes the provisions of the Swedish Penal Code as well as of the Animal Welfare Law of the Kingdom of Sweden along with the examples of the practice of relevant state bodies in that country, as possible role models. Moreover, the author discusses the similarities and the differences between the Swedish legislation and the legislation of our country, which can be distinguished in this field. Having in mind their advantages and weaknesses, the author also offers constructive suggestions in order to upgrade and further develop state reaction to animal cruelty in the Republic of Serbia.

Key words: *animal cruelty, animal welfare, criminal offence, misdemeanor, The Swedish Penal Code*

Dr. Jelena Lopičić – Jančić
Advokat
Novi Beograd

UDK: 341.33
Pregledni naučni rad

MEĐUNARODNI CRVENI KRST

Ovaj rad sadrži kratak istorijat Međunarodnog crvenog krsta, koji je osnovan u Ženevi 1863.godine. Jedan od inicijatora i osnivača Međunarodnog crvenog krsta bio je švajcarac Anri Dinan koji je bio trgovac i društveni aktivista. Prvobitna ideja Anri Dinan-a je bila da Međunarodni crveni krst pomaže ranjenicima i bolesnicima u ratu. Međutim, kasnije Međunarodni crveni krst je odigrao veliku ulogu u humanizaciji rata i oružnih sukoba, pa je proširio svoju delatnost i na ostale kategorije koje su bile žrtve ratova i oružanih sukoba kao što su civilno stanovništvo, ratni zarobljenici, brodolomici, sanitetsko osoblje, versko osoblje i drugi. Takođe je značajna uloga Međunarodnog crvenog krsta i u doba mira, kada se dese velike prirodne katastrofe kao što su zemljotresi, poplave, epidemije, suše, erupcija vulkana i drugo. Danas je Međunarodni crveni krst najmasovnija međunarodna organizacija, koja ima svoje članstvo u svim savremenim državama. Organizacija Međunarodnog crvenog krsta osnovana je i u Srbiji 1876.godine, i odigrala je veliku ulogu od svog osnivanja pa do danas.

Ključne reči: *Međunarodni crveni krst, Anri Dinan, ranjenici i bolesnici.*

Međunarodni Crveni krst je nepristrasna, neutralna i nezavisna organizacija, čija je isključiva humanitarna misija da štiti živote i dostojanstvo žrtava rata i drugih situacija nasilja i da im obezbeđuje pomoć. Međunarodni crveni krst je jedna od nastarijih međunarodnih organizacija, koji je osnovan davne 1863. godine.

Nastanak Međunarodnog crvenog krsta vezan je bitku kod gradića Solferino u severnoj Italiji, koja se odigrala 24. juna 1859. godine, gde su se Francuzi i Italijani borili protiv austrijske okupacione vojske. Posle petnaest sati, koliko je ova bitka trajala ,na bojnom polju je ostalo preko 40.000 mrtvih i ranjenih. Sanitetske službe obe protivničke strane nisu bile u stanju

da pruže lekarsku pomoć tolikom broju ranjenika, pa su veliki deo ranjenika ostavile na bojnom polju. Borbu je posmatrao jedan švajcarski trgovac, koji se slučajno zatekao u blizini i bio je zgranut i užasnut prizorom gde hiljade ranjenika je ostavljeno bez ikakve pomoći i njihovim patnjama, pa je pozvao stanovnike Solferina, okolnih sela i obližnjeg gradića Kastiljone, koji nisu učestvovali u ovom ratnom sukobu da mu se pridruže u organizovanju pomoći i pružanju nege svim ranjenicima bez obzira kojoj strani u sukobu su pripadali. Pozvano stanovništvo se odazvalo u velikom broju u pružanju pomoći. Taj čovek se zvao Anri Dinan (Henry Dunant) Švajcarac, (1828.-1910.), koji je jedan od osnivača Međunarodnog komiteta za pomoć ranjenim vojnicima.[1]

Anri Dinan nije zaboravio bitku kod Solferina, pa je u Švajcarskoj 1862. godine, o svom trošku, objavio knjigu „Sećanje na Solferino".[2] Ovu knjigu Dinan je poslao vladarima širom Evrope, političarima, javnim radnicima, visokim oficirima i svojim prijateljima, sa ciljem da ih upozna sa strahotama rata i sudbinom ranjenika, kao i da se poboljša sudbina žrtava rata. U cilju propagiranja svoje ideje Dinan je obilazio evropske dvorove, političare i uticajne ličnosti, sa namerom da ih pridobije za ostvarivanje svoje humanitarne ideje.[3]

Dinan je izneo dve ideje: da se u doba mira formiraju „društva za pomoć"koja će organizovati, okupljati i obučavati dobrovoljce za ukazivanje pomoći ranjenicima u vojskama u ratu i da se usvoji jedan međunarodni sporazum koji bi priznao i obezbedio zaštitu za ta društva. Za svoje humanitarne ideje Dinan je uspeo da pridobije još četiri svoja poznata sugrađanina: Dr Teodor Monuar (Maunoir), general Gistav Monije (Moynier), Dr Luj Api (Appia) i pravnik Monije (Moynier), sa kojima 17. februara 1863. godine osniva jedan neformalni komitet, poznat kao Komitet petorice. Zatim, 26. oktobra 1863. godine u Ženevi ovaj Komitet je organizovao i održao međunarodnu konferenciju na kojoj je učestvovalo 16 država. Komitet petorice se konstituisao pred početak ove Konferencije kao Međunarodni komitet za pomoć ranjenim vojnicima. Prva ideja Anri Dinan-a se na ovaj način ostvarila. Odmah posle održane prve međunarodne konferencije, do sredine 1864. godine, u deset tadašnjih zemalja Evrope osnivaju se nacionalna društva Crvenog krsta: Virtemberg, Oldenburg,

---

[1] Frits Kalshoven: Constraints on the waging of war, Geneva, 1991., p. 8.-9.; Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 7.-8.

[2] Knjiga Anri Dinan: Sećanje na Solfereno, prevedena je na srpski jezik i objavljena 1998. godine u izdanju Međunarodnog komiteta Crvenog krsta iz Ženeve.; Geoffrey Best: War and Law Since 1945., Oxford, 1997., p. 41.-42.

[3] Jean Picet: Development and Principles of Humanitarian Law, Dodrecht-Geneva, 1985.

Meklenburg-Šverin, Pruska, Belgija, Holandija, Danska, Francuska, Itailija i Španija.[4]

U ostvarivanju druge ideje Anri Dinan-a, Međunarodni komiteta za pomoć ranjenim vojnicima održana je u Ženevi međunarodna konferencija, na kojoj je 22. avgusta 1864. godine usvojena Ženevska konvencija za poboljašnje sudbine ranjenika u vojskama u ratu.[5] Ova Konvencija je potvrdila i znak crvenog krsta, kao znak prepoznavanja i zaštite sanitetskog osoblja, a Međunarodni komitet je znak crvenog krsta usvojio kao svoj znak.[6]

Međunarodni komitet za pomoć ranjenim vojnicima održava prvu Međunarodnu konferenciju Crvenog krsta 1867. godine u Parizu, koja okuplja predstavnike Međunarodnog komiteta, kao i predstavnike nacionalnih društava i država. Međunarodne konferencije Crvenog krsta su jedinstveni međunarodni forum, koji okuplja sve zainteresovane predstavnike i institucije iz celog sveta koji se bave međunarodnim humanitarnim pravom. Na ovim konferencijama se razmatraju svetski problemi iz ove materije, donose se preporuke svim zainteresovanim stranama o daljim aktivnostima u toj oblasti. Ove Međunarodne konferencije Crvenog krsta se od 1867. godine održavaju periodično po pravilu svake četvrte godine, i okupljaju sve pripadnike Pokreta Crvenog krsta kao i druge zainteresovane organizacije kao posmatrače.[7]

Međunarodni komitet za pomoć ranjenim vojnicima 1875. godine promenio je ime u Međunarodni komitet Crvenog krsta, čiji je naziv zadržan i sada. Razvoj pokreta Međunarodnog komiteta Crvenog krsta u vremenskom periodu do Prvog svetskog rata dobio je snažan zamah u proširenju ne samo u zemljama Evrope, nego i na drugim kontinentima. Delatnost nacionalnih društava, pored osnovne delatnosti za pomoć ranjenicima u ratu, proširuje se na čitav niz humanitarnih delatnosti. Pre svega, problem izbeglica kao i pomoć siromašnom stanovništvu kome su ugroženi osnovni egzistencionalni uslovi.

---

[4] Miodrag Starčević: Difuzija Međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih principa Međunarodnog pokreta Crvenog krsta i Crvenog polumeseca, Beograd, 2001., str. 91.; Pierre Boissier: History of the International Committee of the Red Cross: from Solferino to Tsushima, Geneva, 1985.

[5] Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979., str. 281.; Andre Durand: History of the International Committee of the Red Cross: from Sarajevo to Hiroshima, Geneva, 1984.

[6] Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 8.-9.

[7] Dr Borut Bohte, Dr Boško Jakovljević: Međunarodno humanitarno pravo na XXV. Međunarodnoj konferenciji Crvenog krsta, Beograd, 1986., Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2.-3., str. 366.

Međunarodni Crveni krst u svojoj delatnosti ima osnovni cilj koji je utvrđen još na početku aktivnosti Crvenog krsta, razvijanje humanitarnih aktivnosti kojima se sprečavaju ili ublažavaju stradanja čoveka i nalazi se u devizi: „Inter arma caritas"-Milosrđe u ratu. Ova aktivnost je odgovarala u početnoj delatnosti kao i tadašnjim njegovim zadacima koja su bila usmerena samo na pomoć u ratu. Zatim, osnovna delatnost je proširena i utvrđena 1961. godine, i sastoji se u devizi: „Per humanitatem ad pacem"-Putem humanosti u miru, koja ima savremenu orijentaciju Crvenog krsta da svojim aktivnostima, delatnostima i radom na svoj specifičan način putem humanosti doprinosi miru.[8]

Međunarodni Crveni krst bazira svoje aktivnosti i delatnost na nekoliko osnovnih principa koji su formulisani više puta. To je razumljivo, jer osnovni principi Međunarodnog Crvenog krsta su se tokom njegove duge istorije i delatnosti proširivali, dopunjavali, evoluirali i osavremenjavali. Naime, Međunarodni Crveni krst sem što je postao jedna od najbrojnijih međunarodnih organizacija, pratio je sva društvena dešavanja u svetu, kao i razne elementarne katastrofe (zemljotresi, poplave, suše, oluje, požari i dr.) pa se prilagodio svim tim dešavanjima. Svakako da osnovni principi Međunarodnog crvenog krsta predstavljaju njegovu doktrinu, trajnu vrednost koji se indentifikuju sa osnovnim idejama još od njegovog postanka i formiranja. Spomenimo samo neke od tih prvih osnovnih principa kao što su stvaranje nacionalnih društava, čiji će se rad i aktivnosti zasnivati na dobrovoljnom radu članova društava. Zatim, zahtev za saradnjom tih nacionalnih društava, što se može podrazumevati kao solidarnost unutar organizacije Crvenog krsta.[9]

Smatra se da su osnovni principi najznačajniji koji su usvojeni i formulisani na Dvadesetoj Međunarodnoj konferenciji u Beču 1965. godine. Osnovni principi Međunarodnog Crvenog krsta koji su usvojeni u Beču 1965. godine su sledeći: humanost, nepristrasnost, nezavisnost, neutralnost, jedinstvo, dobrovoljnost i univerzalnost. Navedeni principi koji su usvojeni na Međunarodnoj konferenciji u Beču 1965. godine, su obavezni ne samo za nacionalna društva Međunarodnog Crvenog krsta nego i za sve države članice Ženevskih konvencija. [10]

Značajno je napomenuti da je Srbija veoma aktivno pratila osnivanje i rad Međunarodnog komiteta Crvenog krsta, tako da je 6. februara 1876. godine osnovano Srpsko društvo crvenog krsta, danas poznato pod imenom

---

[8] Dr Boško Jakovljević: Međunarodni Crveni krst, drugo izdanje, Beograd, 1981., str. 7.

[9] Miodrag Starčević: Difuzija međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih principa međunarodnog pokreta Crvenog krsta i Crvenog polu,meseca, Beograd,2001., str. 110.

[10] Frits Kalshoven: Constraints on the waging of war, Geneva, 1991., p.22.; Dr Boško Jakovljević: Međunarodni Crveni krst, drugo izdanje, Beograd, 1981., str. 7.-9.

Crveni krst Srbije. Osnivanje i nastanak Crvenog krsta Srbije vezano je za Dr Vladana Đorđevića (1844.-1930.) lekara, političara, pisca i diplomatu. Još 1871. godine Dr Đorđević je propagirao osnivanje humanitarnih ustanova u Srbiji, ali nije nailazio na veću podršku. Inicijativa za osnivanje Srpskog društva Crvenog krsta nastala je u Beogradu u „Građanskoj kasini", gde je Dr Vladan Đorđević održao dva predavanja: „Crveni krst na beloj zastavi" i „Sećanje na Solferino". Zahvaljujući velikoj aktivnosti i upornosti Dr Vladana Đorđevića, 6. februara 1876. godine osnovano je Srpsko društvo Crvenog krsta. Odmah po osnivanju Glavni odbor je podneo zahtev Vladi Kneževine Srbije da pristupi Ženevskoj konvenciji za poboljšanje sudbine ranjenika vojskama u ratu od 1864. godine, što je Vlada usvojila i 24. marta 1876. godine pristupila Ženevskoj konvenciji. Srpsko društvo Crvenog krsta je 14. juna 1876. godine postalo ravnopravni član međunarodnog udruženja Crvenog krsta, iako se tome protivila Turska, koja je formalno bila suveren Srbije.[11] Za još uvek međunarodno nepriznatu Kneževinu Srbiju, učlanjenje u međunarodno udruženje Crvenog krsta je značilo veoma mnogo sa aspekta međunarodnog prava, jer je to bilo i još jedno formalno i faktički međunarodno priznanje njene državnosti i nezavisnosti.[12]

U Vojvodini koja se nalazila u sastavu Austro-Ugarske sve do 1918. godine, nije postojalo posebno društvo Crvenog krsta. Krajem XIX veka u pojedinim gradovima su postojale filijale Crvenog krsta. Tako je u Pančevu osnovana filijala 1881. godine, u Novom Sadu 1882. godine, u Beloj Crkvi 1884. u Subotici kao i u nekim drugim mestima. U Novom Sadu je 1. decembra 1918. godine osnovano Srpsko društvo Crvenog krsta za Banat, Bačku i Baranju, čijim je radom rukovodio Glavni odbor sa sedištem u Novom Sadu. Crveni krst Vojvodine je odmah po svom osnivanju oformio mesne odbore na čitavoj teritoriji Vojvodine, pokrenuo akcije za prikupljanje humaitarne pomoći za nastradale i opustošene krajeve u Srbiji, koja je trajala sve do 1921. godine. Društvo Crvenog krsta za Banat, Bačku i Baranju postojalo je sve do 1924. godine. Odlukom Glavne skupštine 25. januara 1925. godine, Društvo Crvenog krsta za Banat, Bačku i Baranju ulazi u sastav Društva Crvenog krsta Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Posle Drugog svetskog rata 1945. godine, Crveni krst u Vojvodini konstituiše se prvo kao Pokrajinski odbor, zatim Pokrajinska organizacija Crvenog krsta Vojvodine, u sastavu Republičke organizacije Crvenog krsta Srbije.[13]

---

[11] Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 20.-21.

[12] Kneževina Srbija je tek na Berlinskom kongresu 1878. godine međunarodnopravno priznata kao nezavisna država.

[13] Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 22.-24.

Za vreme Prvog i Drugog Balkanskog rata 1912. i 1913. godine, Srpsko društvo Crvenog krsta istaklo se u brojnim svojim humanitarnim aktivnostima. Prvi svetski rat 1914.-1918. godine, koji je bio do tada najstrašniji kako po broju žrtava i ratnim razaranjima, bio je veoma tragičan za Srbiju, koja je izgubila jednu trećinu svog stanovništva.[14]Austro-ugarska i bugarska vojska su u okupiranoj Srbiji izvršila masovne i stravične ratne zločine nad civilnim stanovništvom, ranjenicima, bolesnicima i ratnim zarobljenicima.[15] Srpsko društvo Crvenog krsta sa svojim članovima i dobrovoljcima, iako u veoma teškim uslovima, obavljalo je sa uspehom svoje humanitarne delatnosti. Veliki deo članova i aktivista Srpskog društva Crvenog krsta je stradalo ili od austro-ugarske i bugarske vojske ili od epidemija tifusa i drugih zaraznih bolesti koje su doneli austro-ugarski agresori i okupatori u Srbiji. Navodimo da su napadnutoj Srbiji humanitarnu pomoć pružile organizacije i društva Crvenog krsta iz raznih savezničnih država: Francuske, Velike Britanije, Rusije, SAD, Kanade, Holandije, Belgije, Švajcarske[16] , kao i čatav niz pojedinaca iz raznih drugih država.

Srpsko društvo Crvenog krsta je nastavilo sa radom i posle nastanka nove države Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, sve do 25. decembra 1921. godine, kada je pristupilo u novo nacionalno Društvo Crvenog krsta Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Usled državnih promena Savezne Republike Jugoslavije je 27. juna 2006. godine je ponovo obnovljen Crveni krst Srbije, kao nacionalno društvo. Međunarodni komitet Crvenog krsta je 21. septembra 2006. godine potvrdio priznanje Crvenog krsta Srbije kao punopravnog člana Međunarodnog pokreta u kontinuitetu, od njegovog prvog međunarodnog priznanja 14. juna 1876. godine.[17]

Nesumnjivo je da je Crveni krst prošao kroz čitavu svoju evoluciju, promene kao i prilagođavanje savremenim i novonastalim uslovima i potrebama, od 1863. godine kada je nastao, pa sve do savremenih dana. Svakako da je najteže bio sam nastanak i ostvarivanje ideje Anri Dinan-a, kao i njegovo opšte prihvatanje od strane najvećeg broja država. Prateći razvoj Crvenog krsta kroz njegovu istoriju, od 1863. godine pa sve do savremenih dana, najznačajniji razvoj je postignut u oblasti proširenja

---

[14] Dr Vladimir Stojančević: Gubici u stanovništvu Srbije i Beograda pod Austro-Ugarskom okupacijom za vreme Svetskog rata 1914.-1918. godine, Beograd, 1974., Godišnjak grada Beograda knjiga XXI., str. 61.

[15] R.A. Rajs: Šta sam video i proživeo u velikim danima, Beograd, 1991.; R.A. Reiss, D.Sc.:Izveštaj podnesen srpskoj vladi o zverstvima koja je austrougarska vojska počinila za vreme prvog upada u Srbiju, Beograd-Gornji Milanovac, 1995.; Zdenko Levental: R.A.Rajs: Švajcarac na Kajmakčalanu, Beograd, 1993.

[16] K.K.Šturceneger: Srbija u ratu 1914.-1916., Gornji Milanovac, 1989.

[17] Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 22.

zadataka. Naime, u početku svoje delatnosti Crveni krst je imao samo jedan zadatak, a to je bio da pruži organizovanu medicinsku pomoć vojnim ranjenicima na bojnom polju. Usled učestalih ratova, koji su imali za posledicu veliki broj stradalih, zatim ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika kako kod vojnika tako i kod civilnog stanovništva, a pre svega u Prvom svetskom ratu 1914.-1918. godine, zadaci Crvenog krsta prošireni su i na ratne zarobljenike kao i druge žrtve rata.[18]

Posle Prvog svetskog rata na mirovnoj konferenciji u Parizu 1919. godine, nastala je inicijativa da se formira jedna međunarodna organizacija, ustvari Liga nacionalnih društava, koja bi okupljala i zastupala nacionalna društva Crvenog krsta u međunarodnim odnosima i vršila koordinaciju zajedničke humanitarne aktivnosti. Glavni inicijator ove ideje bio je američki predsednik Vudrou Vilson (WoodrowWilson), smatrajući da će i ova liga nacionalnih društava imati značajnu ulogu u novoosnovanom Društvu naroda.[19]

Liga društva Crvenog krsta osnovana je aprila 1919. godine na konferenciju u Kanu, a sam akt o osnivanju stupio je na snagu potpisivanjem u Parizu 5. maja 1919. godine. Naziv pod tim imenom je postojao sve do 1983. godine kada se naziv promenio u Liga društva crvenog krsta i crvenog polumeseca. Zatim, 1991. godine zvanično ime je ponovo promenjeno i od tada ono nosi naziv Međunarodna federacija društva crvenog krsta i crvenog polumeseca. [20]

Zasluga Međunarodnog Crvenog krsta je i donošenje i usvajanje Ženevske konvencije za poboljšanje sudbine ranjenika i bolesnika u vojsaka u ratu kao i Ženevske konvencije o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1929. godine. Zatim, posle Drugog svetskog rata takođe na inicijativu Međunarodnog Crvenog krsta usvojene su četiri međunarodne konvencije: Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu od 12. avgusta 1949. godine, Ženevska konvencija za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika oružanih snaga na moru od 12. avgusta 1949. godine, Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949. godine, Ženevska konvencija o zaštiti građanskih lica za vreme rata od 12. avgusta 1949. godine, Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I.), Dopunski protokol uz

---

[18] Boško Jakovljević: Međunarodni Crveni krst-drugo izdanje, Beograd, 1981., str. 6.

[19] Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010., str. 10.-11.

[20] Miodrag Starčević: Difuzija međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih principa međunarodnog pokreta crvenog krsta i crvenog polumeseca, Beograd, 2001., str. 93.

Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. godine o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II.). [21]

Za svoje zasluge kao jedan od osnivača Međunarodnog Crvenog krsta Anri Dinan je sa Fredric Passy (1822.-1912.) bio prvi dobitnik Nobelove nagrade za mir.[22]

Međunarodni crveni krst, od svog nastanka 1863. godine pa sve do današnjih dana, predstavlja najveću i najbrojniju svetsku međunarodnu humanitarnu organizaciju, koja je u toku proteklih 148 godina svog rada i delatnosti ne samo opravdala svoje postojanje, nego i prihvaćena od svih država sveta kao nezamenjiva humanitarna organizacija ne samo u ratovima i oružanim sukobima nego i u mirnodopskim uslovima kada su u pitanju razne elementarne katastrofe.

[21] Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata od 12. avgusta 1949. godine i Dopunski protokoli uz ove konvencije od 8. juna 1977. godine, Beograd, 1991.

[22] Cambridge Biographical Dictionary, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, 1990., p. 448. i p.1130.

Jelena Lopičić – Jančić, PhD
Atorney at Law
Novi Beograd

INTERNATIONAL RED CROSS

This paper gives a brief history of the International Red Cross, which was established in Geneva in 1863. One of the initiators and founders of the International Red Cross was Henry Dunant, Swiss businessman and social activist. The original Henry Dunant's idea was that the International Red Cross to help the wounded and sisk in war. However, later the International Red Cross has played a major role in the humanization of the war and arm conflicts, and has expanded its activities to other categories which were also the victims of war and armed conflicts, such as civilian population, prisoners of war, shipwrecked, medical personnel, religious personnel and others. It is also important the role of the International Red Cross in times of peace, when great natural disasters occurs, such as earthquakes, floods, epidemics, droughts, volcanic eruptions, and other. Today, the International Red Cross is the most widespread international organization, which has its membership in all modern states. Organization of the International Red Cross was founded in Serbia in 1876, and played a major role since its establishment until today.

Keywords*:* International Red Cross*, Henry* Dunant*, the wounded* and sick

KORIŠĆENA LITERATURA

Geoffrey Best: War and Law Since 1945., Oxford, 1997.

Borut Bohte, Dr Boško Jakovljević: Međunarodno humanitarno pravo na XXV. Međunarodnoj konferenciji Crvenog krsta, Beograd, 1986., Jugoslovenska revija za međunarodno pravo broj 2.-3.

Pierre Boissier: History of the International Committee of the Red Cross: from Solferino to Tsushima, Geneva, 1985.

Cambridge Biographical Dictionary, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney, 1990.

Andre Durand: History of the International Committee of the Red Cross: from Sarajevo to Hiroshima, Geneva, 1984.

Frits Kalshoven: Constraints on the waging of war, Geneva, 1991.

Knjiga Anri Dinan: Sećanje na Solfereno, prevedena je na srpski jezik i objavljena 1998. godine u izdanju Međunarodnog komiteta Crvenog krsta iz Ženeve

Boško Jakovljević: Međunarodni Crveni krst, drugo izdanje, Beograd, 1981., str. 7.

Zdenko Levental: R.A.Rajs: Švajcarac na Kajmakčalanu, Beograd, 1993

Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, Zagreb, 1979.

Jean Picet: Development and Principles of Humanitarian Law, Dodrecht-Geneva, 1985.

A. Reiss, D.Sc.:Izveštaj podnesen srpskoj vladi o zverstvima koja je austrougarska vojska počinila za vreme prvog upada u Srbiju, Beograd-Gornji Milanovac, 1995.;.

R.A. Rajs: Šta sam video i proživeo u velikim danima, Beograd, 1991.

Miodrag Starčević: Difuzija Međunarodnog humanitarnog prava i osnovnih principa Međunarodnog pokreta Crvenog krsta i Crvenog polumeseca, Beograd, 2001.

Miodrag Starčević: Od ideje do akcije: Šta treba da znate o Crvenom krstu, Novi Sad, 2010.

Vladimir Stojančević: Gubici u stanovništvu Srbije i Beograda pod Austro-Ugarskom okupacijom za vreme Svetskog rata 1914.-1918. godine, Beograd, 1974., Godišnjak grada Beograda knjiga XXI., str. 61.

K.K.Šturceneger: Srbija u ratu 1914.-1916., Gornji Milanovac, 1989.

Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata od 12. avgusta 1949. godine i Dopunski protokoli uz ove konvencije od 8. juna 1977. godine, Beograd, 1991.

Sanja Zlatanović
Institut društvenih nauka, Beograd
PRIKAZ KNJIGE

Dragan Prlja, Zvonimir Ivanović, Mario Reljanović,

KRIVIČNA DELA VISOKOTEHNOLOŠKOG KRIMINALA,

Institut za uporedno pravo Srbije, Beograd 2011, 202

Poslednjih godina sve češće se ukazuje, kako u medijima tako i u stručnoj javnosti, na potrebu i značaj regulisanja krivičnih dela visokotehnološkog kriminala (VTK) ili tzv. sajber kriminala i njihovog klasifikovanja u posebnu grupu krivičnih dela. Tako je u Republici Srbiji 2005. godine donet Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala da bi 2009. godine bilo izvršeno njegovo usklađivanje sa izmenama odredbi Krivičnog zakonika RS kao i izmenama drugih relevantnih zakona. Visokotehnološki kriminal u smislu Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala predstavlja vršenje krivičnih dela kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja krivičnih dela javljaju računari, računarski sistemi, računarske mreže, računarski podaci, kao i njihovi proizvodi u materijalnom ili elektronskom obliku. Za postupanje u predmetima krivičnih dela u smislu ovog Zakona predviđena je nadležnost Višeg javnog tužilaštva u Beogradu za teritoriju Republike Srbije gde je i formirano posebno odeljenje za borbu protiv visokotehnološkog kriminala.

Sa druge strane, od vremena donošenja ovog Zakona do danas broj korisnika računara i interneta i broj krivičnih dela visokotehnološkog kriminala nije se smanjio, naprotiv, došlo je do njegovog povećanja posebno sa ekspanzijom različitih društvenih mreža kao što su Fejsbuk, Tviter, Skajp i druge. Računare i internet danas koriste i stari i mladi, deca i odrasli. Kako za one koji shvataju probleme koji mogu nastati zloupotrebom računara i interneta, a posebno za one koji još uvek toga nisu svesni knjiga Dragana Prlje, Zvonimira Ivanovića i Maria Reljanovića biće svakako korisno štivo. Ova knjiga prvenstveno je namenjena stručnim licima i državim organima koji postupaju u ovoj oblasti, jer je reč o do sada prvoj knjizi koja sadrži sistematizovana i grupisana sva krivična dela koja se vezuju za upotrebu računara i interneta. Međutim, knjiga je pristupačna i razumljiva i ostalima koji imaju interesovanja iz ove oblasti. Takođe, ona ima i određen

kriminalistički značaj, s obzirom na to da „je u prikazanim delima objašnjen značajan broj kriminalističko-taktičkih i metodičkih postupaka u cilju brzog, efikasnog, temeljnog i efektivnog postupanja organa gonjenja u svrhu rasvetljavanja krivičnih dela visokotehnološkog kriminala“. Autori su ovaj tekst znatno obogatili primerima iz domaće i strane sudske prakse čime su delo učinili interesantnijim nasuprot obično šturom i dosadnom pravničkom nabrajanju krivičnih dela VTK gde su na još jedan način učinili ovo delo dostupno široj javnosti. Ukazano je, takođe, i na perspektive razvoja ove oblasti u Republici Srbiji, jer su u tekstu prikazana i krivična dela koja treba uneti u naš pravni sistem po ugledu na neke druge pravne sisteme uz poštovanje pravne tradicije, kulture, običaja kao i preuzetih međunarodnih obaveza.

Zasnovana na brojnoj kako domaćoj tako i stranoj literaturi uključujući i aktuelne tekstove sa internet sajtova, knjiga *Krivična dela visokotehnološkog kriminala* Dragana Prlje, Zvonimira Ivanovića i Maria Reljanovića tematski je podeljena na osam celina odnosno na sledeće grupe krivičnih dela – grupa krivična dela protiv polne slobode, krivična dela protiv intelektualne svojine, krivična dela protiv imovine, grupa krivičnih dela protiv privrede, krivična dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine, krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka, krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije i krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Prva celina odnosno prvo poglavlje (8-24) čini grupa krivičnih dela protiv polne slobode posebno krivično delo prikazivanja pornografskog materijala i iskorišćavanje dece za pornografiju, gde se autori pozivaju na Evropsku konvenciju o VTK, na Konvenciju o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog uznemiravanja koju je naša zemlja ratifikovala kao i na domaće krivičnopravno zakonodavstvo, zatim krivično delo navođenja maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama i krivično delo iskorišćavanja računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu. Danas su posebno aktuelni problemi i postoji intenzivna međunarodna saradnja i borba protiv Internet pedofilije u cilju suzbijanja dečije pornografije te su u ovom poglavlju detaljno objašnjeni oblici, radnje i posledice izvršenja navedenih krivičnih dela. Drugo poglavlje (25-44) čini grupa krivičnih dela protiv intelektualne svojine gde se govori o povredi moralnih prava autora i interpretatora i korelaciji sa krivičnim delima VTK nastaloj razvojem elektronskih tehnologija čime je znatno olakšana zloupotreba autorskih prava, zatim o krivičnom delu neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela ili predmeta srodnog prava, te neovlašćenog uklanjanja ili menjanja elektronske informacije o autorskim i srodnim pravima, povredi pronalazačkog prava i neovlašćenom korišćenju tuđeg dizajna. Treće poglavlje (45-66) nosi naziv Krivična dela protiv imovine gde

se ukazuje na grešku izostavljanja krivičnih dela prevare i iznude iz Zakona o organizaciji i nadležnostima državnih organa u borbi protiv VTK uz isticanje da se izvršioci ovih krivičnih dela koriste pogodnostima koje pruža internet - anonimnost i teško praćenje finansijskih tokova preko više država radi utvrđivanja krajnje destinacije sredstava što im dosta olakšava izvršenje. Posebno se u ovom poglavlju govori o tzv. nigerijskoj prevari i o načinima njenog izvršenja. Naime, reč je o lažnim e – mail porukama gde se potencijalna žrtva obaveštava da joj je neka bliska osoba u inostranstvu, te da je u nevolji zbog čega joj je neophodno poslati određen novčani iznos, o nasledstvu za koje treba platiti taksu i slično. Četvrto poglavlje (67-136) čini grupa krivičnih dela protiv privrede koje je najobimnije, a razlog je kako autori kažu „aktuelnost ovih krivičnih dela u trenutku sistematizacije teksta“ gde se detaljno govori o krivičnom delu falsifikovanja i zloupotrebe platnih kartica, o oblicima, radnji izvršenja, posledicama, institucijalnom okviru koji postoji u RS radi sprečavanja ovakvih zloupotreba uz navođenje brojnih primera iz domaće i strane sudske prakse. Veći deo ovog poglavlja posvećen je fišingu (krađa korisničkih imena i lozinke računa putem poruka elektronske pošte) i krađi identiteta odnosno ukazuje se na brojne načine krađe identiteta, određuje se pojam, karakteristike, osnovni elementi krivičnog dela krađe identiteta i govori se o oblicima zaštite. Poglavlje se završava određivanjem bitnih elemenata krivičnih dela pranja novca i neovlašćene upotrebe tuđeg poslovnog imena i druge posebne oznake robe ili usluga. Peto poglavlje (137) - krivična dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine na nepunoj jednoj strani obuhvata krivično delo uništenja i oštećenja javnih uređaja gde se samo govori o oblicima ovog krivičnog dela bez davanja većeg značaja. Šesto poglavlje (138-184) čini grupa krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka gde su pored krivičnih dela predviđenih Krivičnim zakonikom RS objašnjena i krivična dela ove grupe koja su određena Konvencijom o VTK iz razloga, jer ju je Srbija ratifikovala kao i za potrebe tumačenja odredbi Krivičnog zakonika. U ovom poglavlju autori daju definiciju virusa kao malih programa koji su napisani sa namerom da se izmeni način rada računara, bez dozvole ili znanja korisnika tog računara, te govore o različitim podelama virusa, zatim o zloćudnim programima odnosno neželjenim programima koji se aktiviraju na računaru korisnika i preduzimaju maliciozne aktivnosti kao i o pravilima i smernicama o postupanjima za prevenciju zaraze virusima, trojancima i crvima. Sedmo poglavlje (185-189) čini grupa krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije gde se ubrajaju krivično delo priznavanja kapitulacije ili okupacije, krivično delo napad na ustavno uređenje, pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja, zatim krivično delo špijunaže, odavanje državne tajne i krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti. Poslednje osmo poglavlje (190-191) nosi naziv krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom gde se govori o krivičnom delu rasne i druge

diskriminacije odnosno inkriminišu se one radnje koje su karakteristične za govor mržnje na internetu, a koji je danas sve češća pojava.

Knjiga *Krivična dela visokotehnološkog kriminala* značajna je, jer je reč o prvoj knjizi kod nas koja na jedan celovit i sistematizovan način obrađuje aktuelne probleme današnjice vezane za upotrebu računara i interneta. Pored toga, ona je pristupačna i razumljiva ne samo stručnim licima iz ove oblasti već i svim svakodnevnim korisnicima računara i interneta, a čiji broj je sve veći i veći. Aktuelna tematika, jezik i stil prilagođen svima, studentima, stručnjacima i običnim građanima, onima koji žele da upoznaju ne samo dobre već i loše strane globalne igračke malih i velikih, dečaka i devojčica, i zato je toplo preporučujem svima.