

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

55 GODINA INSTITUTA

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI
ŽIVOT

3/2011

Beograd
2011

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

Prof. dr Stefanos Kareklas; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u
Tibingenu

Prof. dr Alesandro Simoni; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

Prof.dr Đorđe Ignjatović; - Redovni profesor Pravnog fakulteta u
Beogradu

Prof.dr Đorđe Đorđević; - Redovni profesor Kriminalističko-policijske
Akademije u Beogradu

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

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

Prof.dr Vladimir Čolović; - Vanredni profesor u Institutu za uporedno
pravo

Dr Aleksandra Rabrenović; - Naučni saradnik u Institutu za uporedno
pravo

Dr Jelena Ćeranić; - Naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

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

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Dr Jovan Ćirić

SEKRETAR REDAKCIJE

Secretary of editorial board

Mr Katarina Jovičić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

e-mail institut@icl.org.rs

www.comparativelaw.info

tel. (011) 32 33 213

STRANI PRAVNI ŽIVOT

3/2011

S A D R Ž A J

Dr Goran Dajović HARTOVA TEORIJA PRAVA – OSNOVNE CRTE	9
Dr Dejan Šuput PRAVNO UREĐIVANJE REGIONALIZACIJE EVROPSKIH DRŽAVA.....	29
Dr Snežana Miladinović PRAVO NA RAZLIKU I ORGANIZOVANA HARMONIZACIJA UGOVORNOG PRAVA	46
Mr Milica V. Matijević Dr Aleksandra Rabrenović OPERACIJE UJEDINJENIH NACIJA ZA IZGRADNJU MIRA I POJAM «ODRŽIVOG MIRA»	57
Dr Miroljub Jevtić RELIGIJA I NATALITET.....	69
Mr Vesna Ćorić Erić UPOREDNOPRAVNA ANALIZA PORESKIH OLAKŠICA U OBLASTI KULTURE	83
Dr Hajrija Mujović-Zornić MEDICINSKE GREŠKE U OKVIRIMA GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI.....	98

Dr Jelena Čeranić PRIMENA MEHANIZMA BLIŽE SARADNJE U OBLASTI PATENTNOG PRAVA EU	113
Dr Dragan Prlja Mr Andrej Diligenski PRAVNI ASPEKTI NEUTRALNOSTI INTERNET MREŽE	124
Dr Branislava Knežić NESKLAD ZAKONA I MOGUĆNOSTI OSPOSOBLJAVANJA OSUĐENIKA	141
Dr Ljubinka Kovačević ZAŠTITA MIGRANATA OD SOCIJALNIH RIZIKA U PRAVU EVROPSKE UNIJE	151
Dr Dušan Popović DESET GODINA PRIMENE UDRP PRAVILA: OBRISI UJEDNAČENE PRAKSE	172
Dr Vladimir Kozar OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA BANKARSKOM GARANCIJOM U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU	188
Dr Miodrag N. Simović, Mr Marina M. Simović – Nišević ISTRAGA U KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE	203
Dr. Nada Bakić MANJINSKA POLITIKA U KOMUNIZMU I DANAŠNJOJ SRBIJI	223
Prof. dr Srećko Kosanović PRIKAZ ODREDABA ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU REPUBLIKE HRVATSKE	244

Vladimir Urosevic, PhD

INTERNAL FRAUDS IN ONLINE ENVIRONMENT OF
FINANCIAL BANKS260

Mirana Glintić

Mr Jelena Vukadinović

ISKUSTVA ISTOČNE NEMAČKE I
ČEŠKE U OTVARANJU TAJNIH DOSIJEJA269

Gojko Pavlović

ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA KAO IMPERATIV
BEZBEDNOSNE FUNKCIJE DRŽAVE.....284

Slobodan Trivić

VIRTUELNI ZLOČIN I NJEGOVO SANKCIONISANJE.....300

Dimitri Novaković

THE HARTFORD CONVENTION AND THE NULLIFICATION
CRISIS311

Mr Marina Matić

POLOŽAJ ŽENE U STAROM EGIPTU320

Prof. dr Maja Kostić-Mandić

UTICAJ PRAVA EVROPSKE UNIJE NA NOVO
MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO
CRNE GORE SA POSEBNIM OSVRTOM NA OBLAST
MJERODAVNOG PRAVA.....341

Dr Zlatko Nikolić

SLIČNOSTI I RAZLIKE MALOLETNIČKOG KAZNENOG
ZAKONODAVSTVA U SRBIJI, HRVATSKOJ, BOSNI I
HERCEGOVINI I CRNOJ GORI.....357

FOREIGN LEGAL LIFE

3/2011

T A B L E O F C O N T E N T S

Goran Dajović, PhD HART'S THEORY OF LAW – BASIC ACCOUNT	9
Dejan Šuput, Ph.D LEGAL FRAMEWORK REGULATING REGIONALIZATION IN THE EUROPEAN COUNTRIES	29
Snežana Miladinović PhD HARMONIZATION OF THE CONTRACT LAW AND THE RIGHT TO DIFFERENCE.....	46
Milica V. Matijević, M.A. Aleksandra Rabrenovic, PhD UNITED NATIONS PEACEBUILDING MISSIONS AND THE NOTION OF SUSTAINABLE PEACE	57
Miroljub Jevtić, PhD RELIGION AND BIRTHRATE.....	69
Vesna Ćorić Erić, MA COMPARATIVE ANALYSIS OF TAX BENEFITS FOR CULTURAL SECTOR.....	83
Hajrija Mujović-Zornić, PhD MEDICAL ERRORS INTO A FRAME OF CIVIL LIABILITY	98

Jelena Čeranić, Ph.D

THE ENHANCED COOPERATION MECHANISM IN THE FIELD
OF THE EU PATENT LAW 113

Dragan Prlja, Ph. D.

Andrej Diligenski, MSc

INTERNET NETWORK NEUTRALITY

- LEGAL ASPECTS 124

Branislava Knežić, PhD

DISCORDANCE BETWEEN THE LAW AND
POSSIBILITIES FOR CONVICTS TRAINING 141

Ljubinka Kovačević, PhD

MIGRANTS' PROTECTION AGAINST SOCIAL
RISKS IN EU LAW 151

Dušan Popović, Ph.D

TEN YEARS OF THE UDRP: OUTLINES OF
UNIFORM PRACTICE 172

Vladimir Kozar, Ph.D

PROVIDING CLAIMS THROUGH BANK GUARANTEE IN THE
REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES
IN THE REGION 188

Miodrag N. Simović, PhD

Marina M. Simović-Nišević, M.A

INVESTIGATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS OF BOSNIA
AND HERZEGOVINA 203

Dr. Nada Bakić

MINORITY POLICY IN COMMUNISM
AND NOWADAYS SERBIA 223

Prof. dr Srećko Kosanović

THE REVIEW OF THE PROVISIONS OF THE CRIMINAL
PROCEDURE LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA 244

Vladimir Urosevic, PhD

 INTERNAL FRAUDS IN ONLINE ENVIRONMENT OF
 FINANCIAL BANKS260
Mirjana Glintić,**Jelena Vukadinović MA**
 EXPERIENCES OF EASTERN GERMANY AND CZECH
 REPUBLIC IN DISCLOSING SECRET FILES.....269
Gojko Pavlovic
 PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AS IMPERATIVE
 OF SECURITY FUNCTION OF STATE284
Slobodan Trivić

VIRTUAL CRIME AND ITS SANCTIONING300

Dimitri Novaković
 THE HARTFORD CONVENTION AND THE NULLIFICATION
 CRISIS311
Marina Matić, MA

POSITION OF THE WOMEN IN ANCIENT EGYPT320

Prof. dr Maja Kostić-Mandić
 THE IMPACT OF EU LAW ON THE NEW PRIVATE
 INTERNATIONAL LAW OF MONTENEGRO WITH
 SPECIAL REGARD TO APPLICABLE LAW341
Zlatko Nikolić, PhD
 SIMILARITIES AND DIFFERENCES OF JUVENILE PENAL
 LEGISLATURE IN SERBIA, CROATIA, BOSNIA AND
 HERZEGOVINA AND MONTENEGRO357

Dr Goran Dajović
Pravni fakultet u Beogradu

UDK: 340.12
Originalni naučni rad

HARTOVA TEORIJA PRAVA – OSNOVNE CRTE¹

“Then, there was only him. A
Now, a hundred flowers bloom.
This is his lasting contribution.”²

*Ove godine se navršilo pola veka od objavljivanja knjige *The Concept of Law* engleskog pravnog filozofa Herberta Harta. To je bio povod da se u ovom članku predstavim i analiziraju neke od glavnih ideja u toj knjizi, ideja koje su izvršile ogroman uticaj na pravnu filozofiju i teoriju tokom nekoliko poslednjih decenija. Među tim idejama naročito su važne i dalekosežne dve: jedna prema kojoj se pravo i njegova normativnost ne mogu razumeti ukoliko se u obzir ne uzme takozvana interna tačka gledišta, tj. ono stajalište koje prema pravu zauzimaju zvaničnici pravnog sistema i oni koji pravo “shvataju ozbiljno”; i druga, ideja po kojoj u osnovi pravnog sistema stoji jedno konvencionalno pravilo, koje je Hart nazvao pravilom priznanja. Autor članka ističe kako je naročito ova druga ideja svojom snagom, originalnošću ali i kontroverznošću izazvala ogromnu pažnju i da zapravo predstavlja najvažniji Hartov supstancijalni doprinos savremenoj jurisprudenciji.*

Ključne reči: Herbert Hart, teorija prava, pravilo priznanja

¹ Ovaj članak je napisan u okviru projekta „Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države – slučaj Srbije“

² Lacey, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, 361 (navod iz čitulje Zenona Bankowskog povodom Hartove smrti).

1. Uvodne napomene

Jubileji su po pravilu zgodna prilika da se progovori o jednom autoru ili nekom njegovom delu. To je naročito slučaj ako se o takvom autoru ili delu u nekoj sredini pre toga nije previše govorilo ili ono nije zadobilo zasluženu pažnju. I upravo takav jedan jubilej pada ove godine a i radi se o autoru koji itekako zaslužuje da se o njemu govori.³ Naime, pre tačno pedeset godina, 1961. u Oksfordu je objavljena knjiga profesora Herberta Harta pod naslovom *The Concept of Law*.⁴ Ova knjiga i dakako njen autor, nesumnjivo su najznačajnije pojave u anglosaksonskoj pravnoj filozofiji i teoriji dvadesetog veka. Ovo je nepodeljena ocena najvećeg broja anglosaksonskih pravnih mislilaca.⁵ I ne samo to. Čak i njegovi žestoki opONENTI priznaju Hartu primat, jer njegovo delo smatraju onom vrstom novouspostavljene teorijske paradigme u jurisprudenciji, kojom se menjaju shvatanja o tome šta su stvarni problemi koje jurisprudencija treba da rešava, kao i koji su kriterijumi za procenu uspešnosti tih rešenja.⁶

U predgovoru zbirke eseja, koji su objavljeni povodom Hartovog sedamdesetog rođendana, Džozef Raz (Joseph Raz) navodi da je Hartovo

³ Kad je već reč o jubilejima, zanimljiva je koincidencija da Institut za uporedno pravo, koji izdaje ovaj cenjeni časopis, ove godine godini takođe slavi, za našu pravnu kulturu važan jubilej, 55 godina postojanja i uglavnom uspešnog rada.

⁴ U tom trenutku, Hart je već deset godina predavao jurisprudenciju na Oksfordu i ta knjiga zapravo je bila sažetak njegovih predavanja. Ovo Hartovo delo, kako kroz recepciju i razradu njegovih ideja u radovima učenika i sledbenika, tako i kroz osporavanja i polemike, koje je izazvalo, podsticajno je delovalo na razmah teorijske pravne misli u Engleskoj i drugde. Rečju, verovatno nijedna knjiga iz oblasti jurisprudencije u poslednjih pola veka nije izvršila toliki uticaj u ovoj oblasti koliko *The Concept of Law*. I jedna zanimljivost: kada je Hart predložen za profesora jurisprudencije, zatraženo je mišljenje o njegovim sposobnostima od čuvenog filozofa Isaije Berlina, koji ga je inače dobro poznao. Iako je predvideo da će Hart biti 'odličan predavač' (Lacey, *op.cit.* 117-118), Berlin je sumnjao da će "napisati bilo šta vredno pamćenja". Štaviše bio je izričit u stavu da Hart 'ne bi dao neke nove i uzbudljive uvide'...već da bi pre njegovi rezultati bili solidni" (Lacey, *op.cit.* 118). Za običnog smrtnika pomalo je utešno kada vidi da i najveći umovi prave ovako pogrešne procene!

⁵ Up. na primer Morris, Herbert: *Hart: The Concept of Law*, Harvard Law Review, vol. 75 [1962] n° 7, 1461; Cohen, J. L.: 'Hart: The Concept of Law', Mind, vol. 71 [1962], 395; Summers, Robert 'Professor H.L.A. Hart's Concept of Law', Duke Law Journal [1963], 629, itd.

⁶ Up. Dworkin, Ronald: *Hard Cases*, Harvard Law Review, vol. 88 [1975] n° 6, 1057. Dworkin dodaje da je Hart uticao ne samo na sadržinu, već i na formu jurisprudencije kao nauke, jer je "u njegovim rukama jasnoća [izlaganja] unapredila, a ne raspršila snagu ideje. To je magija i to je ona magija koja je jurisprudenciji potrebna da bi delovala" (*ibid.*, 1058).

delo postavilo osnove savremene *pravne filozofije* u anglosaksonskom svetu ali i van njega. Hart je, veli Raz, direktno odgovoran za njenu renesansu. I zaista, veoma je rasprostranjeno gledište da je najveće Hartovo dostignuće reafirmacija uloge i uticaja filozofije i njenih rezultata i tehnika na pravnu nauku i teoriju, tj. uspostavljanje trajne i plodne veze između pravne nauke i analitičke filozofije.⁷ Jasno se iz njegovih tekstova promovise jedan konzistentan stav o koristima koje pravna nauka može da ima od primene metoda i tehnika analitičke filozofije na rešavanje pravnih problema. Takva vrsta analize je od posebne vrednosti za razjašnjavanje najvažnijih pravnih pojmova, kao i za preformulaciju tradicionalnih, a pogrešno postavljenih pitanja na koja bi pravna nauka trebalo da daje odgovore. Dakle, kako stvari stoje, filozofsko zaleđe Hartove teorije i metodološke inovacije koje su iz njega proizašle, bitan su deo njegovog doprinosa modernoj jurisprudenciji.

Ipak, ono što je pre svega Hartovu teoriju lansiralo u stabilnu i trajnu orbitu interesovanja pravnih filozofa su njegove supstancijalne ideje, među kojima su najvažnije ideja o internom stajalištu kao osnovi za objašnjenje prava (i pravne obaveze) i na njoj zasnovana ideja o pravu kao sistemu primarnih i sekundarnih pravila (i tzv. pravilu priznanja kao najvažnijem sekundarnom pravilu). Ove dve ključne ideje, Hart je izneo upravo u svom glavnom delu Pojam prava (*The Concept of Law*). Ali ono što je još zanimljivije je da je Hart sopstvene ideje izoštrio kritikujući osnovne postavke imperativne teorije prava Džona Ostina. Tom kritikom, Hart je želeo da, ostajući u okvirima pravnog pozitivizma, ipak „osamostali“ normativni, regulativni aspekt prava, tačnije da ga izvede iz senke prinude i moći, odnosno naviknute poslušnosti koja je u Ostinovoj teoriji, kao paradigmatškoj pozitivističkoj teoriji taj aspekt potpuno prekrila.⁸ Iz tog razloga, u ovom članku će se, pre nego se pređe na opis osnovnih supstancijalnih ideja Hartove teorije (odjeljak 3.) prvo prikazati Hartova kritika Ostinove pravne teorije.

⁷ ”Deo originalnosti *The Concept of Law* leži u autorovom uviđanju značaja novih analitičkih tehnika ... opšte filozofije za klasična pitanja pravne teorije” (Hacker, Peter M.S: ’Hart’s Philosophy of Law’, 2). ”On je bio taj koji je vratio teoriju prava u maticu filozofije” (*Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, sixth edition by M.D.A.Freeman, London, Sweet & Maxwell ltd, 1994, 342).

⁸ Coleman, Jules i Leiter, Brian: *Legal positivism*, u *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. by D. Patterson, Oxford, Blackwell publishing, 1996, 246.

2. "Pravo kao prinudni poredak" – Hartova kritika imperativne teorije prava

Kao što je rečeno, za polaznu tačku u izlaganju svoje pravne teorije, Hart je odabrao kritiku imperativne teorije Džona Ostina. Ostinova teorija je u vreme kada je Hart preuzeo katedru za Jurisprudenciju na Oksfordu (1952) već dugo predstavljala uzor teorijskopravnog mišljenja, naveliko zastupana i propovedana u anglosaksonskoj jurisprudenciji.⁹ Istine radi, treba reći da su i pre Harta postojale izvesne kritike na račun Ostinove teorije. Gudhart pominje¹⁰ tri glavne vrste kritike. Prva je dolazila od istorijsko-pravne škole, tj. od Henri Mejna (*Maine*). Njena glavna primedba Ostinovoj definiciji prava kao zapovesti suverena bila je istorijska činjenica da nije uvek i u svim zajednicama suveren bio iznad prava. Drugi pravac kritike zastupali su specijalisti za uporedno pravo koji su Ostinu zamerali da je njegova definicija prava kao zapovesti suverena neprimenljiva na pravne sisteme s pisanim ustavom, gde je suveren pod ustavom iako norme ustava nisu garantovane prinudnom sankcijom. I konačno, treća grupa kritičara bili su sociološki orijentisani autori, koji su branili tezu, suprotnu Ostinovoj, da se ljudi ne pokoravaju pravu zato što im je ono nametnuto, već zato što se njime osećaju (oba)vezanim.

Dakle, bilo bi pogrešno da se tvrdi kako u engleskoj jurisprudenciji između Ostinovog i Hartovog vremena ništa nije događalo. Ipak, uprkos pomenutim kritikama i kritičarima, kako je to ubojito formulisao jedan dobar poznavalac stvari, "nije se događalo ništa što bi bilo zapamćeno".¹¹ Objavljivane su mnoge knjige i članci iz teorije prava, ali do pojave Hartovih radova, nije se pojavilo ništa što bi navelo većinu pravnih filozofa i teoretičara da ponovo procene njihove temeljne teorijske postavke i poglede zasnovane na Ostinovom radu, tj. da obave ono što bi se moglo nazvati konceptualnom revizijom pozitivističke teorije

Ipak, Hart nije kritikovao Ostinovu teoriju samo zato što je ona bila paradigmatičan obrazac pravnog mišljenja i to pogrešan obrazac. On je, naime, smatrao da su njeni neuspesi i propusti *poučni*, jer je bilo moguće da se jasno uoče razlozi tih propusta i da se na taj način otvore vrata boljim rešenjima (CL, 78).

A koje su bile osnovne teze Ostinove teorije? U najkraćem, njena suština je prilično jednostavna. Ona može biti sažeto iskazana u sledeće dve postavke. Prvo, za Ostina, "svaki pozitivni zakon ...postavlja, izričito ili

⁹ Među istaknutim autorima koji su se kretali po njegovom tragu smatrali su se u Engleskoj Salmond, Amos, Holand (Holland), a u Americi Hohfeld (Hohfield).

¹⁰ V. Goodhart, Arthur: *Les théories anglaises du droit*, u *Droits, morale, mœurs*, Paris: Sirey, 1936, 99.

¹¹ V. Duxbury, Neil: *English Jurisprudence between Austin and Hart*, Virginia Law Review, vol. 91 (2005) march, No 1, 3.

prećutno, suvereno telo ili pojedinac za pripadnike nezavisne političke zajednice u kojoj je on suveren.”¹² A ti pripadnici, članovi zajednice, obično (većina njih u većini slučajeva) ispoljavaju naviku da slušaju zakone suverena. I drugo, suština svakog pozitivnog zakona jeste da on predstavlja zapovest.¹³ Zapovest je, prema tome, onaj ključni element Ostinove jurisprudencije koji treba objasniti. Pojam zapovesti, onako kako ga je shvatao Ostin, ima tri osnovna elementa

- želju određenog pojedinca (ili grupe pojedinaca) da se neko drugi (bilo pojedinac ili grupa) ponaša na izvestan način

- izraz ove želje pomoću spolja vidljivih znakova (reči, simbola, pokreta),

- zlo ili sankciju koju kreator zapovesti stavlja u izgled adresatima zapovesti u slučaju da oni zapovest ne poslušaju.¹⁴

Ono što jeste u ovoj Ostinovoj definiciji najvažnije je upravo zlo kojim se pretilo u slučaju neposlušnosti, a koje on u pravu naziva sankcijom. Bez ove pretnje zlom nema zapovesti, ali što je još značajnije, nema ni dužnosti. Jer pojam dužnosti Ostin određuje kao podložnost zlu u slučaju neizvršenja zapovesti.¹⁵ Zapovest, dužnost i sankcija su, prema tome, nerazdvojno povezani u Ostinovoj koncepciji.¹⁶

Prema Ostinovom „redukcionističkom“ pogledu na koncept „dužnosti“, normativni aspekt prava bio je sveden na sposobnost njegovih adresata da predvide primenu sankcije u slučaju kršenja zapovesti. Dakle, Ostin je smatrao da pravo utiče na pravne subjekte da se ponašaju na željeni način isključivo pomoću sankcija kojima suverena vlast pretilo potencijalnim prekršiocima njenih zapovesti. Hartova temeljna zamerka ovakvom pogledu na normativnost prava sastojala se u tome da, kako on veli, „predskazujuća teorija zamagljuje činjenicu da postojanje pravila (i dužnosti na osnovu pravila – prim G.D.) ne predstavlja samo osnov za predviđanje nepovoljnih

¹² Hart pominje da Bentam definiše suverena direktno ne-normativnim, deskriptivnim terminima kao nekoga koga po navici potčinjeni slušaju dok se on sam sa svoje strane nikome ne pokorava. Sasvim je jasno da se i Ostin u ovom smislu može smatrati Bentamovim istomišljenikom. U ovoj stvari i Bentam i Ostin se oštro razlikuju od Hobza koji suverenovu moć da izdaje zakone – koje on prvi izjednačava sa zapovestima suverena – smatra emanacijom njegove normativne vlasti stvorene sporazumom svih sa svima kojim se stvara politička zajednica sa suverenom načelu (Hart, Herbert: *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, 253).

¹³ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1955 (preštampano 1971), 13.

¹⁴ Austin, John, *op. cit.*, 14.

¹⁵ "Being liable to an evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am bound or obliged by your command, or I lie under a duty to obey it" (Austin, John: *op.cit.*, 14).

¹⁶ Austin, John: *op.cit.*, 15.

reakcija vlasti prema prekšiocu pravila, već takođe i *razlog* ili *opravdanje* za takve reakcije i za primenu sankcija“ (CL, 82 - kurziv G.D.). Dužnost podrazumeva opravdanje, a ne predviđanje nekog ponašanja. Drugim rečima, ponašanje koje predstavlja dužnost je nešto što *treba da bude* prema *pravilu* koje ga propisuje, a ne nešto što *će biti* prema predikciji, predviđanju. Dužnost i pravilo su normativni koncepti, a nametanje sankcije je faktička okolnost – u propustu da uvidi ovu prostu tezu i leži osnovna Ostinova greška.¹⁷

Na ovaj način, takođe, Ostin celokupan odnos između stvaraoca prava i adresata svodi na naviknutu poslušnost koju adresat iskazuje prema stvaraocu prava – suverenu koji takvu poslušnost ne iskazuje nikom iznad sebe. Drugim rečima, Ostinovo objašnjenje uslova pod kojima postoji jedan pravni poredak i pod kojima je pravo autoritativno, oslonjeno je na fakte: suveren je aktuelni pojedinac ili grupa lica koje je obezbedilo (najčešće pomoću straha od sankcije) poslušnost adresata koju mu oni izražavaju takoreći po navici.¹⁸ Svodeći uslove za postojanje i autoritet prava na postojanje suverena i naviknute pokornosti podanika, Ostin ideju pravnog autoriteta zapravo eliminiše, jer ideja da pravo poseduje autoritet jeste ideja da pravo svoje adresate snabdeva specifičnom vrstom razloga za delanje, a ne da pravo prosto *eksploatiše* naviku svojih adresata da mu se pokoravaju.¹⁹

Secirajući imperativnu teoriju (CL, glave 2,3 i 4), Hart je u njoj konstatovao četiri značajna nedostatka.²⁰ Prvi je taj što se čak ni odredbe krivičnog prava, kojima je Ostinov imperativni model naredbi pod pretnjom najbliži ne odnose samo na druga lica, već i na ona koja ih donose. Drugi je da pored zapovesti koje uspostavljaju obaveze, postoje i one vrste pravnih pravila koje daju ovlašćenja (javna ili privatna) a ne nameću obaveze, i takve se vrste pravnih pravila samo uz krajnju distorziju mogu uvrstiti u naredbe pod pretnjom. Treći nedostatak je u tome da njegova teorija zanemaruje da

¹⁷ Zapravo, kada pokuša da definiše dužnost, Ostin nije uvek dosledan. Naime, ponekad se čini da on dužnost definiše kao verovatnoću ili predviđanje da će njenim kršenjem adresat navući zlo državne pravne sankcije na sebe i to je koncept koji kritikuje Hart. Ali Ostin, kako je napred u tekstu rečeno, definiše dužnost i kao “podložnost zlu” što je, na izvestan način, “objektivno” određenje, jer je postojanje dužnosti prema ovoj definiciji nezavisno od toga da li subjekt čak zna ili ne zna da postoji norma koja ga obavezuje, on objektivno *ima dužnost* da tu normu posluša (Vranjanac, Dušan: *Džon Ostin: imperativni model pravnog pozitivizma*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2000, 74-76).

¹⁸ U smislu stvaranja razloga za delanje za njegove adresate.

¹⁹ Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 75.

²⁰ Svakako, da ovi “nedostaci” nisu jedini koji su spočitavani Ostinovoj teoriji (v. Tur, Richard H. S.: *Jurisprudence Lectures: Hart's Concept of Law*, 2001, <http://users.ox.ac.uk/~lawf0013/>). Ali kako tema ovog predgovor nije Ostinova teorija, u te kritike nema potrebe detaljnije da se ulazi.

postoje pravna pravila koja se razlikuju po načinu nastanka od zapovesti, jer neka pravna pravila nastaju iz običaja i ne duguju svoj pravni status bilo kakvom aktu svesnog stvaranja prava. I poslednji nedostatak jeste da uslov koji za egzistenciju pravnog sistema postavlja Ostin – a to je da postoji pravno neograničeni suveren kojem se podanici uobičajeno pokoravaju – taj uslov, naime, ne uspeva da objasni kontinuitet zakonodavne vlasti, koji je karakterističan za sve moderne pravne sisteme (CL, 77). Na ovaj način, Hart jasno i nedvosmisleno ukazuje na deskriptivnu neadekvatnost Ostinove teorije, tj. na njenu nemoć da objasni neke fenomene naše socijalne prakse koji su bez sumnje pravni, odnosno koji su deo našeg poimanja prava.

Ono što je, međutim, najvažniji ishod celokupne njegove kritike, jeste konstatacija da svi ovi nedostaci Ostinovog objašnjenja prava imaju svoj uzrok "u tome što analitički elementi iz kojih je teorija konstruisana, naime pojmovi zapovesti, poslušnosti, navika i pretnji ne uključuju i svojom kombinacijom ne mogu da daju *pojam* pravila, bez kojeg se ne možemo nadati da ćemo razjasniti čak i najelementarnije forme prava" (CL, 78). A pojam pravila ima za pravnu teoriju i praksu opštepriznat značaj. Hart kaže da "i oni koji su ključ za razumevanje prava pronašli u pojmu naredbi pod pretnjom i oni koji su ga videli u sprezi s moralom i pravdom, podjednako govore da pravo sadrži ili se uglavnom sastoji od pravila" (CL, 8).

3. "Novi početak"

Hartova "promena" centralnog teorijskog koncepta, od koncepta zapovesti ka konceptu pravila kao i na nju nadovezana ideja da je pravo sistem primarnih i sekundarnih pravila postala je po njegovom vlastitom sudu „*novi ključ za jurisprudenciju*“.²¹ A šta za Harta u stvari znači izraz da je pravo „sistem primarnih i sekundarnih pravila“? Koja su to pravila primarna, a koja sekundarna? Primarne norme ili primarna pravila obaveze, zahtevaju od adresata da nešto učine ili da se uzdrže od činjenja. Sekundarna pravila postoje na račun primarnih, jer ona propisuju kako se uvode ili menjaju postojeća primarna pravila (sekundarna pravila promene), na koji način se utvđuje da li se ona poštuju ili su možda prekršena i na koji način se ti prekršaji kažnjavaju (sekundarna pravila presuđivanja) i najzad, koja društvena pravila uopšte jesu pravna pravila (pravilo priznanja).²²

²¹ Groudine, Candace J.: *Authority: H. L. A. Hart and the Problem with Legal Positivism*, The Journal of Libertarian Studies, Vol. IV. (1980) No.3 summer, 274-275.

²² O karakteristikama Hartove podele pravila pravnog sistema na primarna i sekundarna opširnije sam govorio u Dajović, Goran: *Pravna obaveznost i važenje prava*, Beograd, Pravni fakultet - Službeni glasnik, 2008, 108-112. Na istom mestu je ukazano i da sama ideja nije originalno Hartova (108, fusnota 322).

Da bi se, međutim, jasnije razumeo teorijski zaokret koji je donela Hartova teorija nije od ključnog značaja analizirati *samu za sebe* ideju o pravnom sistemu kao spoju primarnih i sekundarnih pravila. Mnogo je značajnije da se analiziraju dva najvažnija originalna koncepta koja stoje u samom temelju Hartove ideje o “sistemskom kvalitetu prava”: ideja o socijalnim pravilima (*practice theory of rules*) i koncept pravila priznanja (*rule of recognition*) kao najvažnijeg sekundarnog pravila.²³ Kako je samo pravilo priznanja jedna vrsta socijalnog pravila (a još preciznije, konvencionalno pravilo) potrebno je prvo da se opiše Hartova teorija pravila, a tek potom da se upusti u analizu pojma pravila priznanja kao jedne podvrste socijalnih pravila.

3. 1. Hartova teorija pravila (Practice theory of rules)

Umesto Ostinovog oslanjanja na sankcije kao osnov za objašnjenje “normativnosti” prava, Hart je istakao ideju da se pravo sastoji od pravila, i to od one vrste pravila koju je on nazvao *social rules*.²⁴ Pravila su ta, a ne prateća sankcija, kao pretnja neposlušnim adresatima, koja jedino mogu da objasne kako pravo, *samo po sebi* može na specifičan način da bude noramtivno, tj. da predstavlja razlog za naše delanje.

Međutim, postoji jasna razlika između *norme* i normalnosti, *pravila* i pravilnosti. A Hart bi na ovo verovatno dodao, i između onoga što *po pravilu* radimo i onoga što radimo *sledeći pravilo*. U ovom drugom slučaju (za razliku od prvog, ostinovskog, opisanog u terminima navike) pravilo nam daje razlog za radnju. Ono, dakle, ne sadrži u sebi samo eksterni, deskriptivni element – kojim se opisuje model ponašanja koji se redovno pojavljuje i ponavlja. Ono sadrži i normativni element – razloge za radnje i za kritiku delanja drugih koji ih ne poštuju. Kada postoji jedno socijalno pravilo, tj. kada je ono *praktikovano i prihvaćeno*, onda ono adresatu pruža razloge za zahtevanu radnju, nezavisno i mimo razloga koje ima za vršenje te radnje iz čisto racionalnog razloga – izbegavanja sankcije.

Jasno je, prema tome, da je Hartova namera bila da izbegne Ostinov redukcionizam i da svoj koncept socijalnih pravila “odmakne” od Ostinove

²³ Inače, samu klasifikaciju pravila priznanja kao sekundarnih pravila doveo sam ranije u pitanje (v. *Pravna obaveznost i važenje prava*, 115).

²⁴ Hartov termin *social rule* se ne može doslovno prevesti na srpski jezik kao društveno pravilo, jer ono što na srpskom jeziku znači društveno pravilo (tj. sve vrste društvenih normi - moralne, običajne, pravne, verske, itd) nije adekvatno značenju sintagme *social rule*. *Social rule* (možda bi na engleskom precizniji izraz bio izraz *custom-type rule*) predstavlja onu vrstu “naših” društvenih pravila koju mi zovemo običajima, konvencijama i konvencionalnim moralom. To su pravila koja nemaju institucionalno poreklo, tj. poreklo u aktu neke institucije i čiji je nužan uslov postojanja da se vrše.

navike na poslušnost. Navika je samo *fakt* koji pokazuje kako se ponaša većina članova socijalne grupe. Ona je ukorenjena rutina, bez refleksije ustaljen obrazac delanja u dužem periodu za koji postoji verovatnoća da će se i dalje upražnjavati. Ona dakle nije svesno niti promišljeno odabran obrazac. A od socijalnog pravila *upravo* taj interni aspekt, taj kritički misaoni stav, koji navici nedostaje, čini obrazac delanja koji *treba* slediti. Može se reći i ovako: Ostin je bio okupiran činjenicom uobičajenog pokoravanja podanika suverenu, a Hart više s “kvalitetom” tog pokoravanja. Samo ako je ono reflektivno i “kritičko”, onda se podrazumeva da postoji “prihvatanje”. I ako iz navike ne može da nastane nikakvo *treba*, iz “prihvatanja” smatra Hart, može.

Šta je zapravo suština ove Hartove ideje? Prema *practice theory*, postojanje socijalnog pravila podrazumeva (a) postojanje regularnog ponašanja većine pripadnika zajednice u određenoj situaciji i (b) određenog normativnog stava adresata prema datom obrascu ponašanja – taj normativni, misaoni stav prema pravilima Hart naziva i “internim stajalištem” (*internal point of view*), a on je posledica tzv. “prihvatanja” pravila kao razloga za ponašanje i razloga za kritiku ponašanja drugih.²⁵ I dok je jasno da prvi element postoji i u Ostinovoj ideji navike ili naviknute poslušnosti, dotle ovog drugog nema i stoga je za Hartovu ideju pravila od ključnog značaja da se objasni upravo taj drugi element.²⁶

²⁵ Sam Hart je u razvijanju svog viđenja internog stajališta kao ključne tačke za razlikovanje društvenog pravila od društvene navike išao utabanim stazama kojima su pre njega prošli Vinč (čiji uticaj na Harta MekKormik smatra očiglednim), Vitgeštajn i Veber. Nedvosmisleno u prilog ovakvom zaključku stoji i izričito Hartovo upućivanje (CL, 242) na Vinča i posebno na delove njegove knjige u kojima on u prilog svojih teza iznosi i stavove Vitgeštajna i Vebera (ipak, postoje i određene razlike između Hartove i Vinčove ideje o internom stajalištu - o tome v. Rodriguez-Blanco, Veronica: *Winch and H.L.A Hart: Two Concepts of the 'Internal Point of View'*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 20 (2007) No. 2, 453-473).

²⁶ Hart je dobio opšte priznanje da je svojom idejom interne tačke gledišta kao konstitutivnog elementa socijalnog pravila, unapredio naše razumevanje prava. Čitav niz istaknutih pravnih mislilaca, ne samo pozitivista, to ističe. Na primer, za Nila MekKormika (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1994, 277) je kontrast između interne i eksterne tačke gledišta “glavni element Hartovog doprinosa filozofiji prava”. Prema Džozefu Razu, (Raz, Joseph: *The Concept of Legal System*, second ed., Oxford, Clarendon Press, 1980. 148), Hart je ispravno insistirao da je u prirodi prava da ono bude poznato i delom prihvaćeno od njegovih adresata i da normalno igra određenu ulogu u njihovim životima. Najzad, čak je i jusnaturalista Finis (Finnis) uvažio značaj interne tačke gledišta za konstrukciju pravne teorije, s tim što je on otišao i korak dalje od Harta, smatrajući da pravna teorija *mora* kao idealni, centralni slučaj prava da uzme internu tačku gledišta onih pravnih adresata koji pravo slede iz moralnih razloga, a čiji su sudovi o

Neko se socijalno pravilo "prihvata" ako njegovo postojanje (i praktikovanje od strane većine u zajednici) za adresata predstavlja *razlog za delanje*,²⁷ odnosno ako se koristi kao *razlog* za kritiku ne-pravilnog ponašanja drugih, tj. kao opravdanje za kažnjavanje i socijalni pritisak prema prekršiocima pravila.²⁸ Pravilo poseduje karakterističan tzv. "interni aspekt", jer adresati "posmatraju takvo ponašanje kao opšti standard koji treba da bude poštovan od grupe kao celine". Oni imaju, kako to Hart naglašava, *misaoni kritički stav* prema ponašanju članova grupe koji pravilo krše. Taj stav se pokazuje kroz *kritiku* (tudeg i vlastitog) ponašanja, kroz *zahtev* da se ponašanje upodobi pravilu i kroz *priznanje* da su takve kritike i zahtevi opravdani. Konačno, sve to oni iskazuju upotrebom odgovarajuće normativne terminologije²⁹ ("treba", "mora", "ispravno", "pogrešno") (CL, 54-55.)

Ovaj osobeni *normativni stav* koji društvena pravila posmatra kao uputstvo za vlastito ponašanje i kao osnov za opravdanu *kritiku i zahteve* upućene onima čije ponašanje odstupa od pravila Hart, to je već napred pomenuto, naziva i *prihvatanjem (acceptance)*. Jer, bez prihvatanja pravila nema ni "kritike" ni "zahteva" ni "priznanja", jednostavno nema *misaonog kritičkog stava* prema pravilima, nema ni samog pravila. Rečju, prihvatanje, normativni stav, misaoni kritički stav - sve su to izrazi koji označavaju karakterističan interni aspekt pravila.

Šta, dakle, Hart podrazumeva pod "prihvatanjem"? Odgovor na ovo pitanje nije sasvim jednostavan, jer Hart nigde u svom radu ne daje izričitu definiciju toga pojma. Njegov stav prema konceptu prihvatanja možda se

moralnim pitanjima *dobri, ispravni*. (Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 9-15; isto i Finnis, John: *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, London, 1998, 257-8).

²⁷ Kada se pravilo prihvata, onda se ono uzima kao razlog da se učini radnja koju pravilo nalaže. Dakle, kada postoji "interni" odnos prema pravilu, onda to ne znači da se samo dela u skladu s pravilom, već da se dela, upravo *iz razloga* što postoji pravilo (Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, 82).

²⁸ Suština je da je pravilo *razlog* za ponašanje, za delanje. Karakteristika koju nema recimo društvena navika jeste da je pravilo i *opravdanje* za ponašanje i osnov za kritikovanje drugih ako se ponašaju suprotno pravilu, odnosno osnov za opravdani zahtev da to ubuduće ne čine, zahtev praćen različitim socijalnim pritiscima.

²⁹ Mekkormik kritikuje Hartovo vezivanje "upotrebe normativne terminologije" kao jednog od karakterističnih znakova prisustva "kritičkog misaonog stava" (koji predstavlja srž internog stajališta), tj. tvrdnju da zahtevi i kritike prema prekršiocima normi "nalaze svoj karakterističan izraz u normativnoj terminologiji" (CL, 56). Umesto ovog empiristički obojenog Hartovog iskaza, Mekkormik smatra da kritike i zahtevi nisu u toj meri izraženi normativnom terminologijom, koliko je *prikladno* da budu tako izraženi. Oni, dakle, mogu u stvarnosti biti izraženi i drugačije, ali to nimalo neće uticati na njihovu egzistenciju, koja je "logički nezavisna od načina na koji su izraženi" (MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1994, 285).

najbolje može prepoznati kroz konstataciju da u svakom društvu i u svakom trenutku postoji tenzija između onih koji prihvataju i *svojevoljno* sarađuju u održavanju pravila i onih koji odbacuju pravila i paze na njih samo zbog zaprečenih kazni (CL, 88).³⁰ Nije od značaja da li je interno stajalište, da tako kažem “toplo” ili “hladno” - razlozi koji prema Hartu (CL, 198), mogu da motivišu adresate da *prihvate* pravila s interne tačke su raznovrsni. To može biti racionalna računica o sopstvenom interesu, nasleđeni tradicionalni stav o pravilu, oponašanje drugih, itd. Naravno, to mogu biti i moralni razlozi, tj. moralno odobravanje pravila, ali nikako nije nužno da to budu uvek moralni razlozi.³¹ To je i razlog zbog kojeg Hart, prihvatanje pravila ne povezuje s upotrebom tzv. “vrednosne” ili “odobravajuće” terminologije (“dobro”, “izvrsno”, “vredno”, “dostojno podrške”) – koja je rezervisana za moralna pravila, već s upotrebom “normativne terminologije” (CL, 56).³²

Ništa od svega ovoga što je upravo rečeno o Hartovoj teoriji pravila ne bi imalo značaja za jurisprudenciju da Hart na ovo nije nadovezao svoju drugu bitnu tezu, tačnije da nije ustanovio drugi ključni koncept koji je u direktnoj vezi s *practice theory* a to je koncept pravila priznanja, kao jedne osobene vrste socijalnih pravila ali i kao pravila koje stoji u samom temelju svakog pravnog sistema kao njegovo najviše i krajnje pravilo. Međutim pre nego što se pređe na detaljniji opis ovog Hartovog koncepta, treba da se

³⁰ Kao svojevrsno naličje prihvatanja pojavljuje se odbijanje, a pravilo se odbija ako se ne uzima kao standard za sopstveno i za ponašanje drugih, već se o njemu vodi računa *samo zato* što bi njegovo kršenje moglo da izazove neprijatne posledice.

³¹ U savremenim filozofskim debatama moralnim razlozima se smatraju oni koji imaju sledeće tri ključne karakteristike: oni su univerzalni, zatim nisu zavisni od adresata (na neki način su „objektivni“) i najzad, obično se ne odnose na egoistične interese adresata. Prva odlika je još od Kanta nesporna – moralni razlozi (ili tačnije principi i norme koji funkcionišu kao razlozi za delanje) važe uvek i svuda i za sve adresate u istoj datoj situaciji. Drugo, moralni razlozi postoje nezavisno od bilo kakvog osećanja vezanosti adresata ili njegovog stava prema njima, oni da tako kažem odražavaju principe koji su „izvan“ subjekta. I najzad, i kao svojevrsna posledica prethodnih svojstava, ovi razlozi nisu egoistični, to nisu sebični, samo prema ličnim interesima usmereni razlozi (v. Culver, Keith C.: *Legal Obligation and Aesthetic Ideals: A Renewed Legal Positivist Theory of Law's Normativity*, Ratio Juris, vol 14 (2001) No 2, 186-87).

³² Ako već sam Hart nije bio baš detaljan u vezi s konceptom prihvatanja, Nil Mekkormik donekle ga je “dopisao” Naime, raščlanjujući njegov sinonim, sintagmu *misaoni kritički stav*, Mekkormik je otkrio u njemu dva elementa: *kognitivni element* (izkazan u sintagmi terminom “misaoni”) i *voljni element* (izkazan u sintagmi terminom “kritički”). *Kognitivni element* odnosi se na tačno poimanje obrasca ponašanja koji pravilo sadrži, tj. na sposobnost da se razume neka apstraktna korelacija između određenih okolnosti i određene radnje. *Voljni element* obuhvata želju ili sklonost da se takva radnja i izvrši kada odgovarajuće okolnosti nastupe (v. MacCormick, Neil: *H.L.A. Hart*, London, Edward Arnold Ltd, 1981. 33).

naglasiti da u *The Concept of Law* postoji još jedno značenje termina pravilo, koje je drugačije od ovog opisanog u sintagmi "društveno pravilo" i to značenje on ima na umu kada govori o većini pravnih pravila. To je značenje koje Hart utvrđuje kada analizira tzv. "važeća" pravila (a u pravnom sistemu konkretno, kada govori o primarnim i sekundarnim pravilima). On opisuje "važeće pravilo" kao deo *sistema* pravila u kojem postoji "neki opšti kriterijum za identifikaciju pravila".³³ Konstatovati da ovakvo pravilo postoji znači utvrditi njegovo važenje unutar relevantnog sistema pravila pomoću odgovarajućeg testa važenja, tj. drugog pravila – već pomenutog pravila priznanja. Isto tako, konstatovati da je pravilo važeće/postojeće nije isto što i utvrditi da se ono *zaista* regularno praktikuje od strane većine u zajednici. Zapravo "pravilo sistema može biti važeće i u tom smislu može 'postojati', čak i ako je *generalno zanemarivano*" (CL, 107 - podvukao G.D.). Prema tome, iskaz "pravilo važi" *uvek* znači isto što i iskaz "pravilo postoji". Ali obrnuto nije *uvek* slučaj, jer u skupu socijalnih pravila pravila postoje ako se generalno poštuju i ako se (zbog toga) prihvataju, ali ne važe jer nema pravila priznanja, nema sistema. U pravnom sistemu pravilo može da važi (i da zato "postoji"), čak i ako se ne vrši.

3.2. Pravilo priznanja

Kao što je već rečeno, u osobenom spoju dva tipa normi – primarnih i sekundarnih – Hart je video ključnu karakteristiku paradigmatičnog oblika pravnog sistema. Međutim, ovaj njegov uvid, kao što je poznato, nije bio sasvim originalan, jer su na sličan način razmišljali i drugi autori i pre Harta. I to kako u anglosaksonskoj jurisprudenciji (npr. Hohfeld³⁴), tako i van nje (Kelzen). Međutim, Hartov originalan doprinos jeste bila teza da u pravnom sistemu postoji fundamentalna sekundarna norma koja sadrži kriterijume za identifikovanje ostalih (kako primarnih tako i sekundarnih) normi, kao pravnih normi, tj. da ta fundamentalna norma *ima oblik socijalnog pravila*. On je to pravilo nazvao *pravilom priznanja*.³⁵

Kao što je na samom kraju prethodnog odeljka utvrđeno, Hart je ovo pravilo smatrao podvrstom socijalnih pravila (u smislu njegove *practice theory*), tako da sve ono što važi za druga socijalna pravila važi i za pravilo priznanja. Ipak, ostaje da se objasni (1) šta zapravo pravilo priznanja jeste,

³³ Hart, Herbert: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon press, 1983, 164.

³⁴ Hohfeld, Wesley N.: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven: Yale University Press, 1919.

³⁵ U jednom prethodnom radu, izraz *rule of recognition* prevodio sam kao *pravilo priznavanja*, jer sam smatrao da termin „priznavanje“ preciznije odražava sadržaj tog Hartovog koncepta. Međutim, kako se u našoj teoriji već uobičajio termin *pravilo priznanja*, ovom prilikom ću ga i sam koristiti.

(2) da li je i na koji način ono obavezujuće i najzad, (3) kakva može biti njegova sadržina. Upravo tim redosledom će se ova pitanja razmotriti u delu koji sledi.

3.2.1. Šta je pravilo priznanja

Pravilo priznanja je, kao što je rečeno, *socijalno*, najviše (*supreme*)³⁶ i krajnje³⁷ (*ultimate*) pravilo, koje utvrđuje kriterijume važenja ostalih pravila. U skladu s *practice theory*, pravilo priznanja "postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena *praksa* sudova, zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume". Ono je jedna vrsta socijalne konvencije, koju pre svega *sudovi i ostali zvaničnici* prihvataju poput svakog drugog socijalnog pravila i *vrše* ga s interne tačke gledišta. Dakle, postojanje pravila priznanja je pitanje činjenica, a ne stvar saglasnosti s nekim višim pravilom (CL, 107).³⁸

Sadržina pravila priznanja menja se od društva do društva. Na primer, u jednostavnoj zajednici, u kojoj je jedini "organ" starešina zajednice pravilo priznanja toga sistema bilo bi da je pravo sve ono što zapoveda starešina. U arhaičnim pravima često je upućivanje na tekst drevnih pravila predstavljao pravilo priznanja, dok se u modernom pravnom poretku pravilo priznanja često poziva na pisani ustav, na proglase zakonodavnog tela ili na sudske precedente. Kada je reč o sadržini pravila priznanja, treba istaći da, prema Hartovom mišljenju, ono ne mora samo da se bavi *načinom* na koji se važeća pravila usvajaju ili stvaraju (kao što je to slučaj s pravilom o starešini) već je moguće da kao kriterijum važenja ono u sebe uključi i pojedine supstantivne moralne vrednosti, kao što je slučaj, recimo s pravnim sistemom Sjedinjenih Država, gde su takvi principi sadržani u određenim ustavnopravnim ograničenjima (Postscript, 247,258).³⁹

³⁶ Najviše je zato što pravila koja su na osnovu njega važeća ne mogu biti derogirana pravilom koja bi bila važeća na osnovu nekog drugog pravila.

³⁷ Krajnje je zato što ono ne duguje svoje postojanje nijednom drugom pravilu – njegovo postojanje je zasnovano na činjenici da je prihvaćeno i praktikovano.

³⁸ U ovome stavu nahodi se i ključna razlika između Hartovog koncepta pravila priznanja i Kelzenove osnovne norme. A može se reći, verovatno i ključna prednost tog koncepta u odnosu na Kelzenov. Jer, iako Kelzen uzima da je osnovna norma samo pretpostavka, i on sam priznaje da je njen sadržaj *uvek determinisan praksom*, što zapravo narušava „čistoću“ njegove teorije (koja se inače samorazumeva kao antiredukcionistička, podjednako i prema empirijskim i prema moralnim pitanjima) (up. Dajović, Goran: *Rule of Recognition and Written Constitution*, The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review, No 3/2010, 256).

³⁹ I upravo oko ovog pitanja da li pravilo priznanja može da sadrži i supstantivne moralne principe u poslednjih dvadesetak godina pravni pozitivisti su se oštro podelili na dva tabora: na tzv. inkluzivne (ili meke) pozitiviste koji takvu ideju prihvataju i na one druge, ekskluzivne koji je odbacuju.

3.2.2. Obaveznost pravila priznanja

Već je u jednom od prethodnih odeljaka (2.) spomenuto da je jedna od krupnih zamerki koje je Hart uputio na račun Ostinove teorije bila da ona ne objašnjava normativnost prava. Drugim rečima, prema Hartu, postojanje pravila nije samo osnov za predviđanje negativnih reakcija zvaničnika prema prekršiocu pravila u vidu primene sankcije, kao što to tvrde sve predskazujuće teorije, već i *opravdanje ili razlog* za takve nepovoljne reakcije. U tom smislu i pravne obaveze ne proističu iz predviđanja nekog ponašanja, one nisu nešto što će se *biti* prema tom predviđanju, već su to ponašanja koje *treba* da budu u skladu s pravilom koje ih propisuje. U skladu s ovim osnovnim stavom o odnosu pravila i obaveze jeste i Hartov odgovor na pitanje da li *pravilo priznanja* stvara obaveze. Prema Hartu, pravilo priznanja je konvencionalno pravilo, dakle pravilo koje se svrstava u socijalna pravila. A svako takvo pravilo – kako objašnjava *practice theory of rules* - sadrži podjednako eksterni i interni aspekt, koji on označava sintagmom da je ono "efektivno prihvaćeno", te da se na taj način prepoznaje kao pravilo koje stvara i dužnost. Sam interni aspekt pravila priznanja se manifestuje kroz *prihvatanje* tog pravila kao kriterijuma za utvrđivanje važenja ostalih pravila, odnosno kroz interne iskaze o važenju ostalih pravnih pravila onih lica koja pravilo priznanja koriste da bi utvrdili važenje tih ostalih pravila.⁴⁰

A kakva je zapravo priroda ove obaveznosti pravila priznanja? Ona očigledno nije moralnog karaktera, već se pre može opisati na sledeći način. Ako pojedinac (recimo sudija, tužilac i sl.) *već jeste deo prakse* prava koju pravilo priznanja na određeni način i konstituiše, onda on ima obavezu da pravilo priznanja poštuje i praktikuje, baš kao i što postoji obaveza sudija i košarkaša koji su ušli na teren da odigraju utakmicu, da poštuju pravila igre ili dvojice šahista koji na klupi u parku sednu da odigraju partiju, da slede pravila šaha. U pogledu prirode ove obaveze, dakle, pravo nije nikakav izuzetak u odnosu na druge konvencionalno zasnovane socijalne prakse. I ukoliko je shvatljivo i prihvatljivo da smo obavezni da sledimo pravila šaha kad započnemo partiju, ukoliko nema ničeg neobičnog u tome da jedna konvencionalna igra može na ovaj način da obavezuje, utoliko slična, samo ovaj put *pravna*, obaveza postoji *na strani zvaničnika* koji su *prihvatili da*

⁴⁰ Da Hart smatra kako pravilo priznanja stvara obaveze za zvaničnike, u to ne sumnja ni njegov večiti oponent, Dworkin, koji kaže: "... master convention Hart imagined is a convention not just about what should be called valid law but also about how legal officials should act. He insisted that no proposition of law is true or, in the language he preferred, "valid" — unless a rule making it true has been created or identified in the manner stipulated by a social convention accepted by at least the bulk of legal officials of the pertinent community." (Dworkin, Ronald: *Hart and the Concept of Laws*, Harvard Law Review, vol. 119 (2006) No 1, 101).

igraju “igru” zvanu *pravo*.⁴¹ Uz to, za postojanje ove obaveze nije bitna vrsta i priroda razloga zbog kojih se prihvata igra. “Igrači” ne moraju svi da budu vođeni istim razlozima, zbog kojih prihvataju da učestvuju u igri (osim što moraju u osnovi da prihvataju svrhu same konvencionalne prakse). Istina je da ljudi mogu da igraju šah zbog njegove lepote ili zbog želje za nadmetanjem ili da bi vežbali svoje mentalne sposobnosti. Na sličan način se i pravo (odnosno pravilo priznanja) može, kako to Hart ističe, prihvatiti iz niza različitih razloga. Međutim, postoje ipak i određene specifičnosti. Prvo, iz same konvencionalne prirode prava (tačnije iz koordinirajuće funkcije koju delimično ima pravilo priznanja) proizilazi da deo razloga, jedan od razloga, makar i implicitan, za prihvatanje pravila priznanja jeste uvek taj da jedan broj drugih ljudi takode prihvata pravilo priznanja. Ovaj uvek prisutan razlog ukazuje na *konvencionalnost* pravila priznanja – jer bez obzira na sve druge razloge koje recimo neki sudija može da ima za prihvatanje pravila priznanja, ako *određeno* pravilo priznanja ne prihvataju i druge sudije, onda ono neće zasnovati nikakvu praksu, neće jednostavno postojati, jer ne može svako da ima “svoje” pravilo priznanja. Na taj način, implicitno, samo postojanje određenog pravila priznanja, sugerise da su ga zvaničnici prihvatili delimično i zato jer su ga i njihove kolege prihvatile. Drugačije ne bi mogla da se objasni konvergencija njihovih ponašanja u prihvatanju i praktikovanju pravila priznanja.

Druga specifičnost, možda još i važnija je nearbitrnost pravila priznanja. Naime, iako je dobro poznato da sam koncept konvencionalnog pravila podrazumeva izvesnu arbitrnost⁴² kada je u pitanju sama sadržina konvencije, za pravilo priznanja kao konvencionalno pravilo ne bi se moglo reći da je arbitrno. Štaviše, svako pravilo priznanja je u principu

⁴¹ Naravno, da pored ove jedne sličnosti između prava i igara, postoje i mnoge razlike. A za normativnost su najvažnije da pravo pretenduje na autoritet, suprematiju i sveobuhvatnost u normativnom domenu. Ali, kad je reč o pitanju *koje se tretira u ovom odeljku*, te se razlike do izvesne mere mogu zanemariti.

⁴² Prema Dejvidu Luisu, konvencije su arbitrarna pravila u tom smislu da je uvek moguće zamisliti (barem jednu) konvenciju koja bi po sadržaju bila suprotna postojećoj, ali koju bi adresati mogli da poštuju, jer bi ostvarivala istu svrhu. Klasičan i najjednostavniji primer je izbor strane kojom će se kretati vozila. Jer za vozače kojima konvencija treba da pronađe rešenje problema koordinacije, manje je bitno da li će se voziti desnom ili levom stranom kolovoza, a više da *svi* prihvate isto rešenje. Kako mogućih rešenja uvek ima nekoliko, tako je uvek moguće da svako od njih reši i problem koordinacije. Ali treba ponoviti, oni koje problem koordinacije muči, više od bilo kojeg od alternativnih rešenja, preferiraju pronalaženje rešenja *kao takvog*. Može se reći da jedno pravilo dolazi do granice arbitrnosti onda kada adresat više ne preferira određenu radnju zbog raširenosti i uniformnosti njene primene i samo zbog nje, već preferira drugu, njoj suprotnu, čak i uprkos činjenici da tu drugu radnju ostali ne praktikuju (V. Lewis, David: *Convention: a Philosophical study*, London, 1968).

prihvaćeno od strane zvaničnika zato što poseduje specifične karakteristike koje se od strane tih istih zvaničnika smatraju kao poželjnije od karakteristika bilo kog drugog potencijalnog pravila priznanja. Istina je da pravilo priznanja rešava problem koordinacije između zvaničnika i da omogućava nesmetano funkcionisanje državne mašinerije, ali ako se postavi pitanje zašto je konkretno, *određeno* pravilo priznanja obavezujuće, odgovor nije u toj njegovoj karakteristici. Za jedan broj, a možda i za većinu zvaničnika, odgovor se nalazi u određenim supstancijalnim razlozima, a ne samo u potrebi za koordinacijom. Odgovor se nalazi u krajnjoj liniji u određenim normativnim principima, političkim i moralnim opravdavajućim razlozima, a zbog toga se i *moralna obaveza* zvaničnika da slede određeno pravilo priznanja u konačnom ne može da zasnuje na samoj praksi, već mora da zasnuje negde izvan nje same.

3.2.3. Sadržina pravila priznanja - ekskluzivni i inkluzivni pozitivizam

Mnogi savremeni pozitivisti prihvataju Hartovu ideju o konvencionalnom osnovu prava. Štaviše, tzv. teza o konvencionalnosti (*conventionality thesis*)⁴³ postala je gotovo zaštitni znak anglosaksonskog pozitivizma.⁴⁴ Prema njoj, pravo je zamislivo kao autoritativna i socijalna institucija samo zahvaljujući konvergenciji ponašanja i stavova⁴⁵ među zvaničnicima, izraženoj kroz postojanje konvencionalnog pravila priznanja.⁴⁶

⁴³ Opširnije o ovoj tezi i njenom značaju za pravne pozitiviste, v. Coleman, Jules: *The Practice of Principle*, 70-1.

⁴⁴ Uz "tezu o odvojivosti" (*separability thesis*), koja se najčešće formuliše tako da "određivanje šta pravo jeste, *nužno i konceptualno* ne zavisi od moralnih ili drugih vrednosnih razmatranja o tome šta pravo *treba da bude* u datim okolnostima" (Marmor, Andrei: *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, str. 686-7; slično i Dyzenhaus, David: *Positivism's Stagnant Research Programme*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 20 (2000) No 4, 704, 706, 718). Međutim, danas se dovodi u pitanje ideja da je "teza o odvojivosti", definisana kao *no necessary connection* sastavni deo pozitivističkog creda. U tom pravcu na primer ide argumentacija koju daju Gardner i Grin (v. Gardner, John: *Legal Positivism: 5 ½ myths*, American Journal of Jurisprudence, vol. 46 (2001), 199-227, str. 222-225; Green, Leslie J.: *Legal Positivism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2003, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/legal-positivism/>).

⁴⁵ Za razliku od Ostinove navike, kod koje postoji samo kovergencija ponašanja (ali ne i stavova) - i to među podanicima.

⁴⁶ Ovo je tzv. "slabija" verzija "teze o konvencionalnosti". Postoji i "jača" verzija, prema kojoj RR nameće dužnost zvaničnicima da primenjuju kriterijume važenja kojii su u njemu sadržani. Međutim, ovu "jaču" verziju ne prihvataju svi, i o njenoj kontroverznosti raspravljano je šire u prethodnom odeljku (v. Himma, Kenneth Einar: *Inclusive Legal Positivism*, u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and*

U ovom značenju, tezu o konvencionalnosti prihvataju svi pozitivisti. Ali postoje i oni među njima koji prihvataju da moralna (a hipotetički, i druga vrednosna⁴⁷) razmatranja *mogu* pod određenim okolnostima predviđenim konvencionalnim pravilom, da odredjuju šta je pravo. I upravo povodom ovog pitanja sadržine ključnih, temeljnih pravila priznanja, razvila se u okrilju modernog anglosaksonskog pozitivizma jedna od najživljih debata u poslednje dve decenije, debata koja je podelila pozitiviste na one koji podržavaju tzv. ekskluzivni pozitivizam i na one druge koji se nazivaju inkluzivnim pozitivistima. Ekskluzivni pravni pozitivizam smatra da norma *nikada* nije pravno važeća zbog svog moralnog sadržaja. Prema ovom gledištu važenje prava u potpunosti zavisi od faktičkih izvora prava. A kako to formuliše Raz, “pravo se zasniva na (empirijskom, faktičkom) izvoru ako njegovo *postojanje i sadržaj* mogu da se identifikuju isključivo pozivanjem na društvene činjenice, bez pribegavanja bilo kojem evaluativnom argumentu” (kurziv. G.D.).⁴⁸ Ova takozvana “teza o izvorima” (*sources thesis*) - teza da se celo pravo zasniva na empirijskim izvorima ili možda preciznije, da proces utvrđivanja prava ne uključuje moralne argumente ili kriterijume - ta teza je srž ekskluzivnog pozitivizma.

Inkluzivni pozitivisti, međutim, ne misle tako. Oni stoje na stanovištu da moralnost može⁴⁹ da igra ulogu u određivanju važenja prava. Tako, na primer, jedan od najpoznatijih inkluzivista, Vil Valučov (Waluchow) ističe da se unutar testa važenja prava koji se postavlja pravilom priznanja mogu naći i moralni principi i da se ti moralni principi mogu jednoznačno i jednodušno tumačiti u praksi te da na taj način oni postaju isto tako faktički odredivi i pouzdani kriterijum za utvrđivanje važenja određenih pravila, kao što su to i socijalne činjenice da je recimo zakon donet od određenog tela i na određeni način.⁵⁰ Dakle, nije moralna vrednost norme, sama po sebi, uslov njenog

Philosophy of Law, by Jules Coleman, Scott Shapiro, and Kenneth Einar Himma, Oxford University Press, New York, 2002, 129-135).

⁴⁷ U konceptualnom smislu, nema prepreke da, ukoliko se prihvati mogućnost da kriterijum važenja bude zasnovan na moralnim evaluacijama, i drugi evaluativni razlozi (poput političkih ili estetskih) ne budu isto tako prihvaćeni kao konceptualno mogući.

⁴⁸ Raz, Joseph: *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, str. 37-52; Raz, Džozef: *Vlast, pravo i moralnost*, u *Etika u javnom domenu* - ogledi iz moralnosti prava i politike, Podgorica, CID, 2005, 230, 250 i.d.

⁴⁹ Međutim i oni ostaju privrženi *par excellence* pozitivističkoj „tezi o odvojivosti“ (*separability thesis*) prema kojoj nije *nužno* u svim pravnim sistemima da jedna norma da bi bila pravna *mora* da poseduje moralnu vrednost. za razliku od ove *no necessary connection* teze, postoji i starija *necessary no connection* (i danas uglavnom odbačena) “teza o odvojenosti (*separation thesis*) prema kojoj *nužno ne postoji* ova veza,

⁵⁰ Waluchow, Wilfrid: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 115-116.

važenja, već je to uvek stvar konvencije koju upražnjavaju pravni zvaničnici prilikom identifikovanja prava. A da li će kriterijum važenja koji je konvencijom utvrđen biti (i) moralne prirode to je stvar kontingentna, ali svakako i konceptualno moguća.

Postoji slabija i jača verzija inkluzivizma. Prema prvoj, moralne vrednosti mogu biti *nužan uslov* važenja (uz činjenicu da se norma nalazi u socijalnom izvoru). Prema njoj je moguće da moralnost bude jedna vrsta korektiva ili granice za one norme koje su već utvrđene u faktičkim izvorima. Međutim, prema drugoj, jačoj verziji, moralnost može biti *dovoljan uslov*⁵¹ za vađenje određene norme kao pravne, tj. da bi norma bila važeća dovoljno je da njena sadržina bude u skladu sa sadržinom neke moralne norme. Svakako, i u ovoj drugoj verziji, potrebno je da ovakav uslov bude predviđen konvencijom – jer u suprotnom ne bi više ni imali posla s pozitivističkom, već s jasno jusnaturalističkom pozicijom.

Dakle, ono što spaja ekskluzivni i inkluzivni pozitivizam je njihovo prihvatanje konceptualne teze da je pravo jedna vrsta konvencionalno zasnovane socijalne prakse, sa svojim vlastitim kriterijumom važenja. A da li taj kriterijum važenja može, u makar ponekom slučaju, da upućuje i na moralnost ili naprotiv, kako kaže Gardner, moralnost *nužno nikada ne može biti* uslov za vađenje prava⁵², to je tačka u kojoj se ove dve frakcije pozitivizma razlikuju⁵³

Gde je u ovoj podeli Hartovo mesto? Hart je već u prvom izdanju *The Concept of Law* bio eksplicitan oko eventualnog uključivanja ovih materijalnih principa u pravilo priznanja, kada je na primer ustvrdio da "u nekim sistemima, kao u SAD, osnovni kriterijum pravne validnosti na eksplicitan način uključuje načela pravde ili bitne moralne vrednosti" (CL, 199), a pominjao je takvu tvrdnju i pre toga.⁵⁴ Kasnije, dokazujući da pravni pozitivizam može na valjan način da objasni postojanje važećih *pravnih*

⁵¹ Himma, Kenneth Einar: Inclusive Legal Positivism, u *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 136.

⁵² Gardner, John, *op.cit.*, 201.

⁵³ Ova razlika može na prvi pogled da se poveže i sa, u našoj pravnoj nauci već odomaćenom, razlikom između materijalnih ili vrednosnih i formalnih *izvora prava* (Lukić, Radomir i Košutić, Budimir: *Uvod u pravo*, 20. izd., Beograd, Pravni fakultet, 2004, 289. i.d). Tako bi, grubo rečeno, formalni izvori bili oni o kojima govore ekskluzivisti, a vrednosni (dakako uz formalne koji su i za njih na prvom mestu) bi bili oni koje priznaju inkluzivisti. Međutim, to je samo na prvi pogled tako. Treba, naime, imati na umu da se ova debata ne vodi o samim izvorima prava, već o kriterijumu na osnovu kojeg nešto *jeste/nije* izvor prava. Šta može biti kriterijum za utvrđivanje izvora prava (a ne šta su sami izvori prava), to je pitanje oko kojeg se spore ekskluzivni i inkluzivni pozitivisti. Dakako, prema ekskluzivistima, kriterijumi su takvi da ne mogu biti konceptualno mogući vrednosni izvori prava, dok je prema inkluzivistima to konceptualno moguće.

⁵⁴ Hart, Herbert: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 54-55.

principa (onako kako ih je Dvorkin odredio) a da ne odstupi od svojih osnovnih postavki, Hart je u *Postscriptu*⁵⁵ podvukao da ne postoji ništa u pojmu pravila priznanja što bi sprečilo da, u njemu sadržan test važenja prava, ne predviđa i određene supstancijalne, materijalne, a ne samo formalne kriterijume (*Postscript*, 247, 250-4).

4. Zaključak

Jedan od ključnih uvida Hartove jurisprudencije je ideja da pravni sistem nije samo sačinjen od pravila, već da je i zasnovan na pravilima. Kako je već prethodno i opisano, umesto Ostinove ideje pravno neograničenog Suverena koji je tvorac svih pravnih pravila (kao zapovesti), Hart je zapravo izneo ideju da su pravila ta koja tvore Suverena.⁵⁶ U skladu s ovom idejom koja nesumnjivo predstavlja potpuni zaokret u odnosu na dotadašnju tradiciju anglosaksonskog pravnog pozitivizma, on je predložio i pojam tzv. pravila priznanja, kao posebne vrste društvenog pravila koje određuje status svih drugih pravila kao pravila pravnog sistema i ustanovljava kriterijum njihovog važenja kao pravnih pravila.

Zbog svega toga, čini se da se nesumnjivo nameće zaključak kako je ovaj koncept najznačajniji Hartov teorijski doprinos i to na dva načina. Prvo, svi drugi njegovi pojmovi, koji su takođe doprineli našem boljem razumevanju prava, poslužili su samo kao osnova za ovaj pojam. I drugo, sam pojam pravila priznanja i danas, više nego bilo koji drugi Hartov pojam, pokreće debate, otkriva nove probleme i poboljšava konceptualni okvir pomoću kojeg nastojimo da shvatimo naš savremeni pravni sistem i narocito normativnost kao njegovu bitnu karakteristiku. U ovom članku upravo sam pokušao da ukažem kako je Hart dospeo do tog pojma, koja su glavna svojstva ovog ključnog Hartovog koncepta i najzad oko čega se pletu i najvažnije kontroverze. Kako je sam članak zbog same prirode teme više preglednog nego analitičkog karaktera, to nije bilo prostora da se o ovim (i drugim brojnim) kontroverzama detaljnije raspravlja, već je njegova svrha bila da širu publiku upozna s jednim tumačenjem osnovnih crta Hartove teorije prava koje pretenduje da bude, barem u domaćim okvirima, neupadljiv ali pouzdan putokaz za dalje proučavanje ove značajne pravne teorije.

⁵⁵ *Postscript* – dodatak u Hart, Herbert: *The Concept of Law*, Second Edition with *Postscript*, Raz & Bulloch eds., Oxford, 1994.

⁵⁶ Schapiro, Scott: What is the Rule of Recognition (and does it exist?), 2009, <http://papers.ssrn.com/abstract#1304645>.

Goran Dajović, PhD
Faculty at Law,
Belgrade

HART'S THEORY OF LAW – BASIC ACCOUNT

One of the key insights of Hart's jurisprudence is the idea that legal systems are not only comprised of rules, but also grounded on them. Instead of Austin's idea of an unlimited Sovereign who makes all of the legal rules, Hart proposed a thesis that the rules actually make the Sovereign. Consistent with this "fresh start", he also proposed a concept he described as the Rule of Recognition. This rule is a special sort of social rule which determines the status of every other rule as a part of a particular legal system.

According to this, the article mainly deals with three questions: Hart's critic of Austin's imperative theory of law and afterwards, with two central tenets of Hart's theory. First of all, it is his theory of social rules (so-called practice theory of rules). In the core of this theory is the idea of internal point of view or acceptance of social rules. The internal point with regard to a certain constant pattern of behavior makes this pattern not only regular, but regulated as well (by the accepted social rule). The internal point makes a difference between two widespread social practices: social habit and social normative practice, exhibited in the social rule. Secondly, author analysis the concept of Rule of recognition. The Rule of recognition is the master rule that exists by virtue of the fact of social acceptance (it is a kind of social rule) and it establishes criteria of validity for all other legal rules. Some of the essential properties of the Rule of recognition as a theoretical concept are listed.

In the conclusion, author points out that Hart's crucial theoretical achievement, i.e. his conventional explication of legal system via the concept of the Rule of recognition is still viable and fruitful ground for debates in modern jurisprudence about the nature of law.

Dr Dejan Šuput

Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK:342.25(4-672 EU)

Originalni naučni rad

PRAVNO UREĐIVANJE REGIONALIZACIJE EVROPSKIH DRŽAVA

U ovom radu autor daje prikaz ustavnog i zakonskog regulisanja vrsta i oblika regionalizacije u pojedinim evropskim državama (Italija, Belgija i Španija). Osim toga, u najkraćim crtama objašnjeno je značenje termina kao što su regionalizacija, decentralizacija, dekoncentracija, federalizacija i autonomija, a istovremeno je ukazano na činjenicu da većina srpskih političara u svojim istupanjima koristi nabrojane termine kao sinonime, iako oni to nisu. Ukazano je na činjenicu da zakonodavstva evropskih država prilično neujednačeno određuju pojmove regionalizma i regiona, kao i da se u njima termin regionalizam uglavnom razlikuje od termina federalizam. Konstatovano je da ima i evropskih država koje nisu sprovele regionalizaciju, a kao primer takvih država navedene su Grčka, Malta, Bugarska, Island, Irska i Turska.

U zaključnom delu teksta naglašeno je da eventualna regionalizacija Srbije, kada bude konačno definisana posebnim zakonom i kada bude počela da se sprovodi, u svakom slučaju neće biti čarobni štapić koji rešava sve probleme srpskog društva, države i ekonomije, kako to trenutno prikazuju pojedini stranački lideri i političke partije u Srbiji. Autor je time pokušao da odrbani stav da pri eventualnom sprovođenju regionalizacije Srbije, treba početi od stanovišta da automatsko preuzimanje bilo kog stranog modela i prosto prepisivanje sadržine pojedinih inostranih propisa, bez vođenja računa o specifičnostima Republike Srbije i stanja u njenom sistemu organa vlasti, može da dovede isključivo do stvaranja jednog idealnog teorijskog modela, koji neće imati velikog izgleda za uspeh u praksi.

Ključne reči: regionalizacija, decentralizacija, Srbija, Evropska unija, država.

Pitanje regionalizacije Srbije aktuelizovano je po ko zna koji put u proteklih dvadeset godina stvaranjem političkog saveza „Ujedinjeni regioni Srbije“ u maju 2010. godine. Prilikom osnivanja tog političkog saveza, njegovi lideri izneli su tezu: „da regionalizacija i decentralizacija treba da dovedu do poboljšanja ekonomskog položaja svih građana Srbije, kako bi i oni i njihove lokalne zajednice prestali da budu samo pasivni posmatrači akcija centralne države i kako bi se aktivno uključili u procese odlučivanja

od značaja za sopstveni interes i dobrobit svoje zajednice".¹ Iz navedene, ali i mnogih drugih izjava srpskih političara, vidi se elementarno nepoznavanje materije regionalizacije i svojevrsno nehatno stvaranje terminološke zbrke koja kod građana Srbije izaziva konfuziju i nevericu kada se pomenu termini kao što su: regionalizacija, decentralizacija, federalizacija, dekoncentracija, centralizacija i autonomija. Doprinos kreiranju terminološke zbrke dali su i mnogi novinari, koji, kada pišu članke ili vrše radio ili televizijske prenose političkih skupova i drugih sličnih događaja, upotrebljavaju termine regionalizacija, decentralizacija, dekoncentracija i federalizacija kao sinonime, iako je reč o različitim pojmovima.

Opisano stanje nije nimalo neočekivano. Dovoljno je analizirati sadržinu prethodno navedene rečenice iz saopštenja „*Ujedinjenih regiona Srbije*” i odmah postaje jasan nivo konfuzije i terminološke nepreciznosti prisutne u političkom životu Srbije. Tako se iz saopštenja ne može zaključiti da li su regionalizacija i decentralizacija jedno te isto, ili je reč o dva odvojena procesa koje treba sprovesti. Zatim se pominju građani i „*njihove lokalne zajednice*” (bez naznake da li je reč o jedinicama lokalne samouprave ili nečem drugom), a na kraju se pominje „*akcija centralne države*” i građani „*koji bi trebalo aktivno da se uključe u procese odlučivanja od značaja za sopstveni interes i dobrobit svoje zajednice*”. Kada je reč o „*akcijama centralne države*” verovatno se mislilo na aktivnosti državnih organa u centralizovanoj državi. Umesto toga, laik bi lako mogao da pomisli da u Srbiji postoji jedna centralna država i više manjih, satelitskih ili pratećih država koje je okružuju i koje su sa njom na neki način u savezu ili uniji. Stav da bi građani trebalo „*aktivno da se uključe u procese odlučivanja od značaja za sopstveni interes i dobrobit svoje zajednice*”, još je neprecizniji u odnosu na prethodni. Potpuno je nejasno da li se autor saopštenja zalaže za češću primenu neposrednog odlučivanja građana u okviru modela predstavničke demokratije (npr. ekstenzivnu primenu i sprovođenje narodne inicijative, referendum, plebiscita i narodnog veta), ili zastupa tezu da će regionalizacija nekako doprineti da pojedici lakše ostvaruju svoja prava i zakonom zaštićene interese kada Srbija bude podeljena na regione. Takođe, nejasno je šta znače reči: „*odlučivanje od značaja za sopstveni interes i dobrobit svoje zajednice*” i o interesima koje zajednice je reč – porodične, stručne, socijalne, lokalne, manjinske?

Zbog takve prakse, pre davanja odgovora na pitanje o mogućnosti i modalitetima regionalizacije Srbije i pre razmatranja mogućih metoda i pravnih tehnika za njeno uvođenje, neophodno je izvršiti terminološko razgraničenje i odrediti polazne definicije pojmova iz oblasti ustavnog prava i političkih institucija. Kao što je već rečeno poseban problem predstavljaće

¹ Zašto smo osnovali Ujedinjene regione Srbije, nalazi se na veb-stranici: <http://www.ujedinjeniregionisrbije.rs/index/1-vesti/4-osnovani-ujedinjeni-regioni-srbije.html>.

razgraničenje pojmova regionalizacije i decentralizacije usled terminološke zbrke koja je u našoj državi nastala zbog raznolike i nedosledne upotrebe pojedinih pojmova iz oblasti prava u medijima, stručnim raspravama i političkim saopštenjima. Posle pojašnjenja značenja nabrojanih pojmova, biće mnogo lakše i jednostavnije sagledavanje vrsta i oblika regionalizacije u evropskim državama.

I Regionalizacija i decentralizacija

Regionalizacija nije isto što i decentralizacija, a podela određene države na regione ne mora obavezno da znači da je u toj državi izvršena decentralizacija. Regionalizacija unitarne države, ili federalne jedinice u okviru federalne države, može biti izvršena sa različitim motivima, pa tako postoje geografski, statistički, hidrološki, ekonomski, funkcionalni, kulturni, klimatski i mnogi drugi regioni. Njihovo postojanje ne podrazumeva da je istovremeno uspostavljeno decentralizovano državno uređenje.

Poseban problem pri sagledavanju razlika između regionalizacije i decentralizacije prouzorkuje činjenica da se u političkoj i pravnoj teoriji regionalizam ponekad definiše toliko široko da se poistovećuje sa federalizmom², što samim tim znači da obuhvata i decentralizaciju. Tako se u zvaničnoj američkoj političko-administrativnoj statistici federalne jedinice uključuju u statistiku o administrativnoj podeli i oblicima decentralizacije.³

Međutim, usled činjenice da je regionalizacija mnogo širi pojam od decentralizacije i da ima nekih zajedničkih elemenata sa teritorijalnom decentralizacijom, mnogi političari i predstavnici međunarodnih organizacija poistovećuju ta dva pojma. Tako je Parlamentarna skupština Saveta Evrope u svom Izveštaju o regionalizaciji u Evropi⁴, pošla od stava da regionalizacija ne postoji u svim evropskim državama, da nije primenjena na isti način, u univerzalnom obliku i u istom stepenu u svakoj evropskoj državi. U izveštaju se između ostalog navodi da su regioni u pojedinim evropskim državama, tokom vremena postali izuzetno moćam politički faktor, dok su u drugim proste administrativne jedinice koje služe za izvršavanje centralizovanih administrativnih poslova države. Posebno je zanimljiva konstatacija iz Izveštaja, da su regioni u nekim evropskim država uspostavljeni samo kako bi se stvorio osnov za primanje pomoći iz fondova Evropske unije (EU) i kako bi se sprovodili evropski regionalni projekti u tim državama. Imajući sve to u vidu, a kako bi se u daljoj raspravi rezumelo korišćenje pojedinih pojmova, potrebno je istaći sledeće:

² U svakodnevnom životu se, kako federalizam, tako još više i regionalizam, upotrebljavaju za označavanje različitih oblika stvarnosti, tj. težnje ljudskih zajednica za organizovanjem u celine koje ističu vrednosti pojedinih istorijski konstituisanih ekonomsko-kulturnih celina na koje su se delile nekadašnje imperije ili drevne države.

³ Đorđević J., Popović S. i Kulić D., *Federalizam i regionalizam, Savremena administracija*, Beograd, 1987, str. 5.

⁴ *Regionalisation in Europe*, nalazi se na veb-stranici:

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11373.pdf>.

1. S obzirom na odnos koji se uspostavlja između centralnih i necentralnih organa vlasti, unitarna država može biti centralizovana ili decentralizovana.

2. Dekoncentracija predstavlja instrument čijom primenom se postiže potpuna podređenost necentralnih organa centralnim organima vlasti, čime se uspostavlja centralističko državno uređenje. Poslovi državne uprave se kod dekoncentracije poveravaju državnim organima (predstavnicima države), dok se kod decentralizacije isti ti poslovi poveravaju nedržavnim organima (predstavnicima građana). Glavna osobina dekoncentracije državne vlasti je hijerarhijski izvedena organizacija administrativne vlasti. Zapravo, dekoncentracija je obavljanje poslova državne uprave iz nadležnosti centralnog organa državne uprave van njegovog sedišta, preko njegovih ekspozitura.

3. Decentralizacija je prenošenje poslova državne uprave iz nadležnosti centralnih državnih organa na necentralne organe tipa lokalnih organa uprave ili čak na lokalna predstavnička tela koje bira lokalno stanovništvo (građani biraju neposredno). Zato se decentralizacija posmatra kao prenošenje određenih poslova centralne upravne vlasti lokalnim organima koje su izabrali građani. Decentralizaciju ustanovljava država po svojoj volji - zakonom.⁵

4. Decentralizacija može biti teritorijalna⁶ i funkcionalna⁷.

II Praksa evropskih država

Zakonodavstva evropskih država prilično neujednačeno određuju pojmove regionalizma i regiona. U njima se termin regionalizam uglavnom razlikuje od termina federalizam.⁸ Regioni evropskih država mogu predstavljati s jedne strane, teritorijalne jedinice koje imaju svoje organe sa većim ili manjim pravima i obavezama u okviru pojedine unitarne države, odnosno u okviru pojedine članice federacije ili na nivou federacije, odnosno

⁵ Marković R., Ustavno pravo i političke institucije, Službeni glasnik, Beograd, 1996, str. 494.

⁶ Funkcionalna decentralizacija sastoji se u priznanju određenim javnim službama prava na izvesni deo nezavisnosti koja obuhvata učestvovanje u upravljanju i rukovođenju.

⁷ Teritorijalna decentralizacija suštinski predstavlja nezavisnost kojom raspolažu teritorijalni kolektiviteti, tj. građani koji žive u njima i koji u okviru zakonskih ovlašćenja samostalno upravljaju sobom u sferi lokalnih poslova. Takva decentralizacija predstavlja zapravo decentralizaciju u smislu lokalne teritorijalne samouprave. Ovde je reč o širem značenju decentralizacije. Pojmom teritorijalne decentralizacije može se u najširem smislu obuhvatiti i pojam teritorijalne autonomije. Tada je reč ne samo o autonomiji od centralnih državnih organa u domenu lokalnih poslova, već i u oblasti zakonodavstva koje se dodeljuje u nadležnost jedinica teritorijalne autonomije.

⁸ Popović S., Pravni problemi regionalizma u nekim zapadnim zemljama, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1980, str. 5.

s druge strane, oni mogu imati samo administrativni karakter – mogu postojati samo kao administrativni regioni.

Proces regionalizacije i regionalnog razvoja odvija se u većini evropskih država kontinuirano već više decenija. Taj proces nije identičan, ne samo u evropskim državama, već ni u državama članicama EU. Prisutne su značajne razlike među državama u pogledu forme i načina sprovođenja programa regionalnog razvoja i intenziteta sprovođenja procesa regionalizacije. Neophodno je naglasiti da ima i evropskih država koje nisu sprovele regionalizaciju. Takav primer predstavljaju Grčka, Malta, Bugarska, Island, Irska i Turska koje uglavnom imaju po nekoliko geografskih regiona uspostavljenih iz čisto statističkih i administrativnih razloga.

Za Srbiju su najznačajnija iskustva država članica EU pošto ona već deset godina teži stupanju u članstvo te organizacije i postizanju pravnih standarda koje EU propisuje i nameće, kako svojim sadašnjim, tako i budućim (potencijalnim) državama članicama. Od stvaranja Evropske ekonomske zajednice (EEZ) 1958. godine, regionalna politika je prošla kroz tri faze. Prva je trajala od 1958. do 1975. godine i njena osnovna karakteristika bila je nedostatak ozbiljnog pristupa regionalnoj politici zajednice sve do 1975. godine. Glavne karakteristike druge faze (1975–1988) bile su stvaranje novih instrumenata i jačanje postojećih, kao i mali ali konstantan rast raspoloživih fondova. Treća faza počela je 1989. godine i trajala je, sa izvesnim promenama koje su se vremenom događale do 2007. godine. Glavna karakteristika te faze bio je značajan porast dostupnosti tzv. Evropskih fondova i povećanje efikasnosti korišćenih instrumenata i potrošenih sredstava.⁹ Četvrta faza počela je sa novim budžetskim okvirom, ona još uvek traje i treba da obuhvati period od 2007. do 2013. godine. Još u preambuli Ugovora iz Rima 1958. godine, bilo je navedeno da: „države članice Evropske zajednice teže da obezbede skladan razvoj smanjenjem razlika koje postoje u stepenu razvijenosti određenih regiona i zaostalosti manje privilegovanih regiona”. Sasvim očekivano, države članice su u različitoj meri i na različit način, iskoristile takvu deklarativnu izjavu kako bi unutar svojih granica i u okviru svog pravnog sistema sprovele regionalizaciju.

⁹ Tsoukalis L., *The new European Economy*, Oxford University Press, Oxford, 1993, str. 232-233, navedeno prema: Međak V. i Majstorović S., *Regionalna politika Evropske unije*, Kancelarija za pridruživanje Evropskoj uniji Vlade Republike Srbije, Beograd, 2004, str.11.

1. Italija

Italijanski model regionalizma može se smatrati jednim od zanimljivijih modela regionalizma i jednim od najznačajnijih uporednopravnih iskustava. Po svojoj suštini model regionalizma koji je primenjen u Italiji predstavlja mnogo više od proste administrativne decentralizacije. Italijanski tip regionalizma zasnovan je na principima političke autonomije regiona i predstavlja originalan kompromis između federalnih i unitarnih tendencija koje su se sukobljavale posle propasti fašističkog režima u toj državi.¹⁰ Ustav Republike Italije predviđa decentralizovan sistem državne vlasti sa postojanjem 20 regiona.¹¹

Član 114. Italijanskog Ustava propisuje da je Repblika podeljena na regione, provincije i opštine. Članom 115. predviđeno je da su regioni konstituisani kao autonomna tela, sa ovlašćenjima i sopstvenim funkcijama u skladu sa principima utvrđenim Ustavom. Osim toga član 116. Ustava određuje da su oblici i posebni uslovi autonomije, prema specijalnim statutima usvojenim na osnovu ustavnih zakona, priznati za 5 od 20 regiona. Tih 5 regiona su: Sicilija, Sardinija, Trentin-Visoki Adidži, Friul-Julijska Venecija i dolina Aoste. Time se između italijanskih regiona stvorila značajna razlika, tako što postoje regioni sa specijalnim statusom konstituisanim putem ustavnih zakona i regioni sa običnim (opštim) statusom. Osim toga, u okviru običnog regiona Južni Trentino postoje dve autonomne pokrajine Trento i Bolcano koje imaju značajan obim samouprave.

Posebno važna činjenica je što svaki region poseduje svoj statut, koji donosi regionalni savet, a koji se odobrava zakonom Republike Italije. Kao što je već rečeno, regioni sa specijalnim statusom imaju specijalne statute u formi ustavnih zakona. Ustavni zakoni za četiri specijalna regiona doneti su još 1948. godine, dok je takav Ustavni zakon donet za Friul-Julijsku Veneciju znatno kasnije, 31. januara 1963. godine. Stvaranje regiona običnim statutima nastalo je znatno kasnije.

Regioni imaju svoje organe upravljanja i rukovođenja, a zovu se: regionalni savet, izvršni odbor i predsednik odbora.

Regionalni savet vrši zakonodavna i uredbodavna ovlašćenja, dok je regionalni izvršni odbor organ izvršne vlasti regiona. Predsednik izvršnog odbora regiona predstavlja region, prolašava zakone, rukovodu upravnim funkcijama delegiranim od strane države regionu, a u skladu sa uputstvima centralne vlasti. Regionalni savet bira predsednika i članove izvršnog odbora regiona, a osim toga bira i rukovodioce administracije regiona.

¹⁰ Popović S., op.cit, str. 10.

¹¹ Regionalisation in Europe, nalazi se na veb-stranici:

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11373.pdf>.

Do 2001. godine značajnu ulogu imao je komesar Vlade Republike Italije koji se nalazio i radio u sedištu svakog regiona (u glavnom gradu regiona). Komesar je rukovodio upravnim funkcijama koje izvršava centralna državna vlast u regionu i koordinirao je te funkcije sa funkcijama (poslovima) koje vrši region. Postojanje i uloga komesara bili su propisani članom 124. Ustava Republike Italije. Ustavnom reformom iz 2001. godine obrisani su član 124. i ukinuta je funkcija komesara Vlade. Umesto komesara, uvedena je institucija Predsednika regiona koga građani biraju neposredno na izborima.

Svaki region poseduje finansijsku autonomiju u pojedinim oblastima rada i u granicama propisanim zakonima Republike Italije. Uopšteno posmatrano, zakonske odredbe koje garantuju finansijsku autonomiju regiona istovremeno propisuju pravila za koordinaciju finansijskih aktivnosti regiona sa finansijskim aktivnostima države, provincija i opština. Država dodeljuje posebne subvencije određenim – manje razvijenim – regionima (uglavnom onima koji se nalaze na jugu Italije i pojedinim ostrvima), a sa ciljem njihovog razvoja i mogućnosti da po razvijenosti dostignu regione iz severnog dela Italije. Posebni statuti regiona sadrže precizne i mnogobrojne odredbe koje uređuju upravljanje i korišćenje regionalnim finansijama. Regioni slobodno raspolažu prihodima iz sopstvenih izvora koji se pribavljaju kroz pojedine poreze i takse, a koji su posebno ustanovljeni u regionima. Pojedini prihodi regiona prikupljaju se u vidu određenog procenta od fiskalnih prihoda centralne države.

Pitanje nadležnosti italijanskih regiona je izuzetno složeno. Pet regiona sa tzv. specijalnim statutom imaju značajno pravo da vode zakonodavnu politiku na svojoj teritoriji. Reč je o prilično autonomnoj zakonodavnoj nadležnosti koja se u Italiji naziva primarnom ili ekskluzivnom. Posledica tako jake autonomije pet regiona u oblasti zakonodavne funkcije prouzrokuje stanje u kome su regionalni zakoni iste pravne snage (istog ranga) kao i državni zakoni (zakoni koje donese Senat Republike Italije). To dovodi do toga da regioni pojedinu materiju koja je uređena „državnim“ zakonom mogu na drugačiji način da urede svojim zakonom i da faktički ukinu važenje (primenu) „državnog“ zakona na svojoj teritoriji. Regioni sa specijalnim statutom imaju zakonodavnu nadležnost u značajnom broju oblasti društvenog života. Tako oni mogu da donose zakone i druge propise koji uređuju: privredu (industrija, trgovina, krediti); javnu nastavu i obrazovanje (oblasti osnovnog, srednjeg i višeg obrazovanja); organizaciju lokalnih vlasti; finansije (mogućnost propisivanja neposrednih poreza).

Opisane autonomne zakonodavne nadležnosti nema preostalih 15 italijanskih regiona koji imaju obične statute.

Iako je Ustav Italije priznao regionima značajnu autonomnost u oblasti zakonodavne funkcije, istovremeno je predvideo niz mera

„opreznosti“ i garancija kako bi se osigurala jedinstvenost i nedeljivost italijanskog pravnog sistema (pravnog poretka).

Može se sa pravom reći da je u Italiji primenjena široka normativna decentralizacija, koja naravno ima i izvesnih ograničenja. Jedno od ograničenja sastoji se u tome što normativna funkcija regiona može da se ostvaruje isključivo u posebnim oblastima koje su Ustavom označene kao oblasti (zakonodavna materija) od lokalnog značaja. Tako je članom 117. Ustava propisano da pored organizacije službi i administrativnih tela regiona, regionalnim zakonima mogu da se urede još i pitanja u vezi sa: određivanjem opštinskih područja; gradskom i seoskom lokalnom policijom; sajmovima i tržnicama (pijacama); dobrotvornim zavodima i domovima, bolničkom i sanitarnom pomoći; profesionalnim i zanatskim obrazovanjem; školstvom; muzejima i bibliotekama; urbanizmom; urbanizmom i hotelijerskom industrijom; tramvajskim i autobuskim linijama; putevima, vodovodima i javnim radovima; plovidbom i jezerskim pristaništima; mineralnim i termalnim vodama; rudnicima i tresetištima; lovom; ribolovom u unutrašnjim vodama; poljoprivredom i šumarstvom; zanatstvom. Sasvim očekivano, centralna vlada zadržala je zakonodavne nadležnosti u oblastima kao što su: odbrana, monetarna politika, politika prema inostranstvu, zaštita konkurencije na tržištu, uređivanje izbornog sistema, referendum, uređivanje pravosuđa i sudskih postupaka, krivično pravo i sl.

Važno pitanje za italijanske regione je i uređivanje njihovih upravnih nadležnosti. Kriterijumi i pravila o određivanju upravnih nadležnosti regiona propisani su članom 118. Ustava. U tom članu utvrđena su tri osnovna principa. Prvim principom uspostavljen je paralelizam upravne i zakonodavne nadležnosti regiona. On se karakteriše time što su regioni nadležni za one uprave poslove (za određenu upravnu materiju) u kojima imaju i normativna ovlašćenja. Zapravo, reč je o sopstvenim upravnim funkcijama regiona.

Drugi princip predviđa da centralna državna vlast može delegirati (preneti ili poveriti) regionima vršenje drugih upravnih funkcija (poslova). Reč je o poslovima za koje je Ustavom predviđeno da mogu biti povereni regionima od strane centralne vlade i oni se u italijanskom sistemu državne uprave nazivaju delegirane funkcije. Naravno, u slučaju delegiranih funkcija uprave, centralna vlada zadržava tj. ima pravo i ovlašćenje, da u tom domenu usmerava rad upravnog organa regiona kome je prenet funkcija i da sprovodi kontrolu nad vršenjem upravnih poslova koji su delegirani regionima.

Terći princip iz člana 118. Ustava predviđa da regioni, kako kod vršenja poslova iz sopstvene nadležnosti, tako i kod vršenja poslova koji su im povereni (delegirani) od centralne državne vlasti, ne izvršavaju te poslove neposredno (ne vrše upravne aktivnosti direktno pomoću svojih upravnih službi, organa ili biroa), već to čine na taj način što poveravaju aktivnosti

materijalnog - faktičkog izvršavanja tih poslova subregionalnim lokalnim organima (organima provincija, opština i drugih javnih tela). Uloga koju u tim poslovima ima region sastoji se u tome da region predstavlja subjekt ovlašćen da vrši delegiranje prava, što znači da vrši posebnu upravnu funkciju, s tim što on vrši funkciju usmeravanja, podsticaja i kontrole nad javnim telima koja su mu podređena.¹²

U vezi sa prethodno opisanim principima, neophodno je naglasiti da je država (centralna državna vlast) zadržala za sebe funkciju usmeravanja i koordinacije aktivnosti regiona. Osim toga, organi centralne državne vlasti Republike Italije vrše nad regionima određenu vrstu kontrole, koja nema klasičnu formu hijerarhijske kontrole kakva postoji u strogo centralizovanoj državi. Tako predsednik Republike može da raspusti regionalni savet dekretom. Odluku iz dekreta predsednik mora da obrazloži, a u pojedinim slučajevima raspuštanja koje predviđa Ustav, mora da pribavi i mišljenje parlamentarne komisije za regionalna pitanja. U slučajevima kada je regionalni savet raspušten, funkciju regionalnog saveta privremeno vrši komisija sastavljena od tri osobe koje su ovlašćene da vrše kontrolu u pogledu izvršavanja redovnih upravnih (administrativnih) poslova i da sprovedu izbore i uvedu u dužnost novi regionalni savet. Rok za završetak tih poslova privremene komisije je tri meseca od raspuštanja regionalnog saveta.

Vid kontrole državnih organa nad radom regiona predstavlja i odobravanje statuta regiona od strane parlamenta. Osim toga, kontrola zakonodavne aktivnosti regiona vrši se u dvostrukom vidu, tj. u obliku preventivne i posteriorne kontrole zakonitosti donetih propisa. Sa druge strane, nije dozvoljeno da državni organi ispituju i ocenjuju celishodnost zakonodavnog akta regiona.

Opšta kontrola zakonitosti akata uprave regiona predstavlja takođe oblik kontrole nad radom regiona. Kada su u pitanju akti običnih regiona, sporovi se iznose na rešavanje pred decentralizovani državni organ – kontrolnu komisiju – koja postoji u sedištu svakog regiona. Kod regiona sa specijalnim statusom, takvu kontrolu u regionu Dolina Aosta vrši Komisija za koordinaciju koja ima mešoviti sastav (čine je predstavnici države i regiona). U drugim regionima tu funkciju vrše sekcije računskog suda ili delegirani organi računskog suda.

Sporove u vezi sa rešavanjem sukoba nadležnosti do kojih može da dođe između regiona i organa centralne državne vlasti rešava Ustavni sud Italije.

¹² Popović S., op.cit, str. 12.

2. Belgija

Belgija predstavlja državu koja je poznata po izuzetnoj stabilnosti i dugotrajnosti ustavnih rešenja. Tako je ustavno uređenje Belgije bilo nepromenjeno čitavih sto godina, a sve do značajnih ustavnih promena (ustavne revizije) koje su izvršene u periodu od 1967. do 1971. godine. Do tih promena došlo je, ne samo iz političkih, već i iz ekonomskih razloga.

Posle sprovedene ustavne revizije, u Belgiji su opstala četiri jezička regiona, priznate su tri kulturne zajednice, a država je podeljena na tri ekonomsko-društvena regiona i na pet aglomeracija i federacija opština.

Četiri jezička regiona Belgije su: region francuskog jezika; region flamanskog jezika¹³; region nemačkog jezika; region dvojezičkog karaktera u Briselu kao glavom gradu. Granice jezičkih regiona određene su zakonom i mogu se menjati isključivo izmenom zakona do kojeg dolazi samo ako se u skupštini takva izmena izglasa kvalifikovanim većinom (posebnom većinom u odnosu na prostu većinu).

Kulturne zajednice Belgije su: Kulturna zajednica francuskog govornog područja; kulturna zajednica flamanskog (holandskog) govornog područja; kulturna zajednica nemačkog govornog područja. Te zajednice predstavljaju pravne entitete, sasvim različite od države i one imaju svoje organe.¹⁴ Ti organi nazvani su kulturni saveti i predstavljaju predstavničke skupštine tih zajednica. Kulturni saveti francuske i flamanske zajednice po strukturi imaju identičan sastav. Tako kulturni savet francuske zajednice obuhvata poslanike i senatore Nacionalnog parlamenta, koji pripadaju frankofonskoj jezičkoj grupi, dok kulturni savet flamanske zajednice obuhvata poslanike i senatore Nacionalnog parlamenta, koji pripadaju flamanskoj jezičkoj grupi.

Kulturni saveti francuske i holandske zajednice imaju čak i normativna ovlašćenja zakonodavnog karaktera. Granice njihove normativne nadležnosti propisane su zakonom i svode se na izdavanje dekreta¹⁵.

Kulturni savet nemačkog govornog područja različit je od dva prethodno opisana. On je formiran na osnovu posebnog statuta i odnosi se na zajednicu koja nema više od 60.000 pojedinaca.

Kulturni saveti nemaju pravo da propisuju poreze za svoje područje. Novac dobijaju na taj način što Nacionalni parlament Belgije donosi odluku o njihovom finansiranju, tj. o godišnjoj sumi kojom će saveti raspolagati.

¹³ Na nekim mestima u stručnoj literaturi može se naći i naziv region holandskog jezika, umesto naziva region flamanskog jezika, što nije pogrešno pošto je flamanski jedan od dijalekata holandskog jezika.

¹⁴ Ustav Belgije članom 1. definiše Belgiju kao federalnu državu koja se sastoji od zajednica i regiona.

¹⁵ Opšti pravni akti slični uredbama koje postoje u pravnom sistemu Republike Srbije.

Sva tri kulturna saveta imaju autonomne nadležnosti u oblasti kulture, obrazovanja i jezika.

Društveno-ekonomski regioni Belgije su: Valonski region, Flamanski region i Briselski region. Iako su nazvani regioni, ti entitei su vremenom, a i zbog svojih ovlašćenja i sadržine člana 1. Ustava, postali svojevrsne federalne jedinice.¹⁶ Ustav Belgije predviđa i priznaje postojanje ta tri regiona. Zapravo, tri belgijska regiona imaju najširu moguću autonomiju u okviru Kraljevine Belgije i poseduju ozbiljna zakonodavna ovlašćenja koja pripadaju regionalnim parlamentima (skupštinama). Nadležnosti Valonskog, Flamanskog i Briselskog regiona postoje u oblasti uređivanja i vođenja javne politike u sledećim oblastima: ekonomija, životna sredina, razvojni projekti, energetika, evropski i međunarodni odnosi.

Ustav Belgije propisuje da se zakonom uređuje osnivanje organa regiona, njihova nadležnost i način izbora članova organa regiona.

Zakonom o regionalizaciji iz 1974. godine sprovedena je podela Belgije na tri regiona, a istovremeno je zakonom ustanovljen poseban regionalni ekonomski savet za svaki region. Osim toga, propisano je postojanje ministarskog komiteta za regionalne poslove u okviru Vlade Belgije.

Izvršena društveno-ekonomska regionalizacija Belgije, suštinski predstavlja vid ekonomske decentralizacije. Ona je sprovedena posle detaljnih ekonomskih analiza koje su pokazale značajan nivo različitosti u ekonomskoj razvijenosti pojedinih delova zemlje, a kako bi se započelo sa politikom regionalnog razvoja i ekonomskog napretka manje razvijenih regiona.

3. Španija

Istorija političkog života Španije poznata je po dugogodišnjim zahtevima regionalista i autonomista za decentralizacijom i dobijanjem autonomije u perifernim regionima te države (Katalonija, Baskija, Galicija). U pojedinim periodima takvi zahtevi ličili su po svojoj prirodi na separatističke težnje etničkih zajednica koje do danas nisu realizovane. Reč je o etničkim zajednicama koje imaju svoju specifičnu kulturu, jezik i običaje u odnosu na ostatak Španije (u odnosu na centralni deo Iberijskog poluostrva). Zahteve za regionalizacijom i autonomijom ispostavljale su tokom istorije i provincije Leone i Stara Kastilja, ali iz drugih, pretežno ekonomskih razloga.

Trenutno, Španija ima sedamnaest autonomnih zajednica (regiona). Stepem autonomije koji uživaju ti regioni nije istovetan u svim slučajevima.

¹⁶ Regionalisation in Europe, nalazi se na veb-stranici:

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11373.pdf>.

Specifičan status u odnosu na ostale regione imaju: Katalonija, Baskija, Galicija i Andaluzija. Status Kanarskih i Balearski ostrva kao autonomnih zajednica takođe je specifičan, baš kao i status gradova Milila i Ceuta koji se nalaze u sevrenoj Africi, a potpadaju pod španski suverenitet.

Ustav Kraljevine Španije donet je 28. oktobra 1978. godine. Glavom VIII uređena je teritorijalna organizacija Španije članovima 137. do 158.

Glava VIII Ustava podeljena je na tri odeljka. Prvim odeljkom koji obuhvata članove od 137. do 139, propisani su opšti principi teritorijane organizacije države. Drugi odeljak, članovima 140, 141. i 142. Ustava uređuje materiju lokalne uprave i propisuje principe rada provincija i opština. Treći odeljak je najobimniji odeljak glave VIII Ustava, sadrži šesnaest članova (članove od 143. do 158.) i uređuje materiju „autonomnih zajednica“. Taj odeljak sadrži izuzetno važne odredbe koje stvaraju pravni osnov i pravni okvir za donošenje i primenu statuta posebnih autonomnih zajednica Španije.

Prema Ustavu Španije, autonomne zajednice jesu posebna forma političke upravne organizacije koju formiraju određeni teritorijalni kolektiviteti. Član 143. Ustava propisuje da se autonomne zajednice mogu konstituisati u tri oblika, tj. kao: pogranične pokrajine (provincije) koje predstavljaju teritorijalne kolektivitete koji imaju odgovarajuće - posebne istorijske, kulturne i ekonomske karakteristike; ostrvske teritorije; pokrajine (provincije) koje predstavljaju istorijski regionalni entitet, tj. istorijsku regionalnu jedinicu koja poseduje biće - istorijski prepoznatljiv identitet.

Osim toga, članom 144. Ustava propisan je izuzetak po kome radi ostvarivanja nacionalnog interesa, Generalni kortet (predstavničko telo koje obuhvata Kogres i Senat Španije) može da odobri stvaranje autonomne zajednice u slučaju kada njeno područje ne prelazi obim jedne pokrajine i kada ta zajednica ne ispunjava uslove iz člana 143. Ustava.

Prilikom razmatranja pitanja prava na autonomiju u okviru Španije, neophodno je poći od odrebe iz člana 2. Ustava kojim je proklamovano neraskidivo jedinstvo španske nacije. U okviru istog člana propisano je da zajednička i nedeljiva otadžbina svih Španaca priznaje i garantuje pravo na autonomiju nacionalnostima i regionima koji čine Španiju. Ustavom je takođe propisano da inicijativu za dobijanje, tj. priznavanje autonomije mogu da upute zainteresovani opšti saveti. Opšti savetu su savetodavni organi pokrajina (provincija). Takođe, inicijativu mogu da pokrenu i opštine, pod uslovom da dvotrećinska većina opština koje čine neku pokrajinu ili ostrvo to podrže. Dodatni uslov u tom slučaju je da dvotrećinska većina opština koje čine pokrajinu, istovremeno ima stanovništvo koje obuhvata najmanje prostu većinu biračkog tela pokrajine ili ostrva. Ako inicijativa za dobijanje autonomije ne uspe, može se ponovo podneti tek po isteku pet godina od neuspešno pokrenute inicijative.

Autonomija predviđena španskim ustavnim sistemom sadrži određena ograničenja i sastoji se u raspodeli nadležnosti između države i autonomne zajednice. Pravila o raspodeli nadležnosti propisana su članovima 148. i 149. Ustava.

Opšta ograničenja autonomije proističu iz načela prema kome autonomne zajednice ulaze u opšti okvir funkcionisanja španske države. Tako statuti različitih autonomnih zajednica, ne mogu, ni u kom slučaju predviđati ili implicirati ekonomske ili društvene privilegije te zajednice u odnosu na ostale delove Španije. Slobodno kretanje ljudi i slobodan promet dobara predstavljaju osnovne principe koje autonomne vlasti ne mogu svojim aktima ograničavati. Garantovano je da svi državljani Španije uživaju ista prava i imaju iste dužnosti, bez obzira na to u kom delu države žive. Osim toga, autonomija priznata pojedinim kolektivitetima ne podrazumeva pravo autonomnih jedinica (zajednica) da se međusobno udružuju. Postoji mogućnost zaključivanja pojedinih sporazuma između autonomnih zajednica. Tako one mogu da zaključe sporazum (ugovor) o zajedničkom upravljanju nekim službama, ali takvi sporazumi stupaju na pravnu snagu samo ako ih odobri Kortes (parlament).

Suština i način ostvarivanja autonomije pojedine autonomne zajednice Španije uređuje se njenim statutom. Nacrt statuta se podnosi Kortesu, a kako bi ga on razmotrio i ako je sve u skladu sa Ustavom, usvojio. Usvajanje statuta u Kortesu identično je postupku predviđenom za izglasavanje (donošenje) zakona Španije. Statutima autonomnih zajednica propisuje se ime zajednice. Tom prilikom vodi se računa o istorijskom identitetu zajednice, uređuju se njene administrativne granice, precizira naziv, organizacija i sedište autonomnih institucija autonomne zajednice.

Autonomne zajednice poseduju svoje organe. Glavni organ autonomne zajednice je zakonodavna skupština. Njeni članovi biraju se na izborima, po proporcionalnom izbornom sistemu. Kao korekcija proporcionalnog sistema pojavljuje se dodatni kriterijum prilično srazmernog predstavljanja teritorijalnih zona autonomne zajednice.

Upravni savet vrši izvršne i administrativne funkcije u autonomnoj zajednici. Taj savet ima predsednika koga bira skupština. Predsednik se bira iz reda članova saveta, a imenuje ga Kralj Španije. Predsednik i članovi saveta politički odgovaraju pred skupštinom autonomne zajednice.

Podela nadležnosti između centralne državne vlasti i autonomne zajednice je izuzetno precizna i kreće se u granicama principa koje propisuje Ustav Španije. Preciznost u raspodeli nadležnosti postignuta je time što se članom 148. Ustava taksativno navode nadležnosti autonomnih zajednica, a članom 149. nadležnosti države.

Član 149. stav 3. Ustava uređuje problem sukoba nadležnosti države i autonomnih zajednica. Tako je propisano da nadležnosti koje nisu Ustavom isključivo propisane kao državne, mogu biti vršene od autonomnih zajednica,

ako je to predviđeno njihovim statutima. Sa druge strane, u okviru istog stava člana 149. propisano je da nadležnosti u oblastima koje nisu predviđene statutima autonomnih zajednica, pripadaju državi. Prema tome, u slučaju sukoba (konkurencije) nadležnosti između države i autonomne zajednice, državna nadležnost, tj. nadležnost propisana pravnom normom koju donosi država, prevaguje u svim slučajevima koji nisu isključivo rezervisani Ustavom za autonomne zajednice. Preciznije rečeno, postoji superiornost državnih propisa o nadležnosti u svim oblastima koje nisu izričito propisane za autonomne zajednice odredbama njihovih statuta, a u skladu sa onim što propisuje član 148. Ustava.

Bitno pitanje tiče se i finansijskog statusa autonomnih zajednica. Ono je uređeno članovima 156. do 158. Ustava. U skladu sa prvim iz tih članova Ustava, postoji finansijska autonomija autonomnih zajednica. Ona je stvorena kako bi te zajednice mogle autonomno da vrše i razvijaju svoje nadležnosti. U članu 157. Ustava navedeni su izvori finansiranja autonomnih zajednica. Pojedine izvore finansiranja autonomnim zajednicama ustupa država, tako što daje mogućnost da te zajednice predvide dopunske poreze koje ona sakuplja i transferiše njima. Sa druge strane predviđena je i mogućnost postojanja poreza i taksi koje pripadaju isključivo autonomnim zajednicama i koje ustanovljavaju te zajednice. Autonomne zajednice ostvaruju i prihode od svoje imovine, a mogu se i zaduživati (mogu da uzimaju kredite).

Ustavom je propisano da državni budžet u pojedinim situacijama i slučajevima, može biti izvor sredstava finansiranja autonomnih zajednica. Autonomne zajednice mogu da postupaju kao delegati ili saradnici centralne državne vlasti u domenu ubiranja, upravljanja i izvršavanja sredstava finansiranja rashoda autonomnih zajednica.

Kako bi se ocenio stepen autonomije koju uživaju i ostvaruju autonomne zajednice Španije, neophodno je razmotriti kakav sistem njihove kontrole može da sprovede centralna državna vlast. Sistem kontrole kakav postoji u Španiji, ukazuje na to da postoji izuzetno visok stepen autonomije autonomnih zajednica. Autonomija pomenutih zajednica smatra se suštinskom, zato što je reč ne samo o administrativnoj autonomiji, već i o zakonodavnoj autonomiji koja se ostvaruje na osnovu principa raspodele nadležnosti koji je garantovan odredbama Ustava. Kada je reč o propisima koje donose autonomne zajednice postoji isključivo kontrola ustavnosti koju vrši Ustavni sud Španije.

U slučajevima vršenja zakonodavne funkcije autonomnih zajednica koja je delegirana od strane Kortesasa, a tiče se materije koja prevazilazi raspodelu nadležnosti predviđenu Ustavom, kontrolu vrši Vlada, a po pribavljanju mišljenja Državnog saveta.

Rad autonomne uprave i primenu uredbi koje te uprave donose, kontrolišu upravni sudovi. Računski sud Španije nadležan je za kontrolu akata ekonomskog i finansijskog poslovanja autonomnih zajednica.

Opisana autonomija koja je Ustavom garantovana španskim autonomnim zajednicama je izuzetno široka i zbog toga što se rad njenih organa kontroliše preko sudskih organa, a ne direktno od strane izvršne vlasti Španije.

III ZAKLJUČAK

Eventualna regionalizacija Srbije, kada bude konačno definisana posebnim zakonom i kada bude počela da se sprovodi, u svakom slučaju neće biti čarobni štapić koji rešava sve probleme srpskog društva, države i ekonomije, kako to trenutno prikazuju pojedini stranački lideri i političke partije u Srbiji. Pravilna i ujednačena primena budućeg zakonskog rešenja – modela regionalizacije – kao i primena podzakonskih akata koji će pratiti realizaciju tog procesa, biće složen zadatak, a još u fazi donošenja tih propisa, ne treba gubiti iz vida da je propise lakše doneti, nego pravilno i uspešno primeniti. Pravilno i uspešno sprovođenje regionalizacije biće moguće jedino ako konkretna rešenja koja će biti propisana Ustavom i zakonom budu celishodna, ekonomična i prilagođena specifičnim ekonomskim, demografskim i političkim uslovima u kojima se Srbija nalazi. Takođe, uspešna primena bilo kog modela regionalizacije pretpostavlja i prethodnu kadrovsku i materijalnu osposobljenost državnih organa i organa jedinica lokalne samouprave koji će primenjivati propise koji uređuju regionalizaciju.

Po okončanju jedne ovakve (bilo bi neophodno znatno šire i detaljnije) uporednopravne analize propisa i prakse evropskih država u oblasti regionalizacije, koja treba da prethodi izradi novih propisa koji će urediti tu oblast u Republici Srbiji, posebnu pažnju treba posvetiti izboru primerenih rešenja koja će biti preneti u konkretan zakonski tekst. Kada je reč o korišćenju iskustava drugih država, a pogotovo ako je reč o korišćenju iskustava zemalja u tranziciji, treba biti izuzetno obazriv, i ne samo pažljivo, već i kritički napraviti izbor zemlje, odnosno većeg broja zemalja čija će se iskustva koristiti i preneti u propise Republike Srbije.

Isključivo poređenje sa državama sličnih karakteristika (slična veličina i sličan broj stanovnika, sličan ustavnopravni sistem, bar približno slično stanje u privrednoj i ekonomskoj sferi, tradicija na kojoj počiva uređenje državne vlasti i sistem državne uprave) može doprineti ostvarenju pozitivnih rezultata u zakonodavnoj reformi koja je preduslov regionalizacije. Naravno, ni određena iskustva znatno većih i ekonomski moćnijih država poput Velike Britanije, Nemačke, Španije, Rusije, Sjedinjenih Američkih Država i Kanade ne smeju biti zanemarena, već u

prilagođenoj formi moraju biti uzeta u obzir prilikom budućeg zakonskog uređivanja sprovođenja procesa regionalizacije u Republici Srbiji.

U svakom slučaju, treba poći od stanovišta da automatsko preuzimanje bilo kog stranog modela i prosto prepisivanje sadržine pojedinih inostranih propisa, bez vođenja računa o specifičnostima Republike Srbije i stanja u njenom sistemu organa vlasti, može da dovede isključivo do stvaranja jednog idealnog teorijskog modela, koji neće imati velikog izgleda za uspeh u praksi.

LITERATURA:

1. Balinovac Z. M. i Damjanović J., Vlada i sistem državne uprave u Republici Srbiji, DIAL i Grafolik, Beograd, 2006.
2. Đorđević J., Popović S. i Kulić D., Federalizam i regionalizam, Savremena administracija, Beograd, 1987.
3. Marković R., Ustavno pravo i političke institucije, Službeni glasnik, Beograd, 1996.
4. Međak V. i Majstorović S., Regionalna politika Evropske unije, Kancelarija za pridruživanje Evropskoj uniji Vlade Republike Srbije, Beograd, 2004.
5. Popović S., Pravni problemi regionalizma u nekim zapadnim zemljama, u: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 1980.
6. Regionalisation in Europe, nalazi se na veb-stranici: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc07/EDOC11373.pdf>.
7. Tsoukalis L., The new European Economy, Oxford University Press, Oxford, 1993.

Dejan Šuput, Ph.D

Institute of Comparative Law

LEGAL FRAMEWORK REGULATING REGIONALIZATION IN THE EUROPEAN COUNTRIES

In this article, the author explains and describes the level and models of regionalization of the different European countries, as well as theoretical and practical differences between notion of regionalization and notion of decentralization. Within this text Constitutions and relevant Laws comprising legal norms on regionalization and decentralization issues of the following European countries were analysed and presented: Italy, Belgium and Spain. The example of the countries that remained absolutely centralized were mentioned in this paper too (Greece, Iceland, Ireland...).

The necessity for a comparative analysis of legislative framework, which in some European countries regulate the subject matter of regionalization and decentralization, has arisen due to the fact that the main political parties of the Republic of Serbia recently have started public debate about possibilities for future regionalization and decentralization of the Serbian unitary state. Although comparative analysis presented within this paper contribute to the future process of legal drafting of Serbian regulations that would prescribe the model of regionalization of the Republic of Serbia, it is necessary to stress that automatic takeover of any foreign model and simple copying of foreign laws, without taking into account about specific needs of the Republic of Serbia and conditions in which is its political system, can lead only to creation of ideal theoretical model that would not have a big chance to be efficiently applied in practice. Due to above explained reasons, on the occasion of defining strategical starting points for the development of modern legal framework regulating regionalization of the Republic of Serbia, it is necessary to take into account and fully accept the characteristics of Serbian state, Serbian culture and legal tradition. Besides that, the reform of the legal framework regulating regionalization and decentralization should be observed and treated as the essential part of the more comprehensive reform process of the reform of Serbian Constitutional System.

Key words: regionalization, decentralization, Serbia, European Union, state.

Dr Snežana Miladinović¹
Pravni fakultet Podgorica

UDK:340.137:347.44
Originalni naučni rad

PRAVO NA RAZLIKU I ORGANIZOVANA HARMONIZACIJA UGOVORNOG PRAVA

Autor se u tekstu bavi savremenim procesima harmonizacije i unifikacije prava, ali samo kao polaznom osnovom za postavljanje ključnog pitanja koje se tiče odnosa između ovih procesa i prirodnog i neospornog prava na razlikovanje. Autor nastoji da nađe izvorište prirodnog prava pojedinaca na razlikovanje i različitost, kao i da ukaže na filozofsko utemeljenje ovog prava. O prirodnom pravu na razlikovanje pisali su poznati filozofi kao što je Imanuel Kant, Artur Šopenhauer i Georg Vilhelm Fridrih Hegel.

Iz činjenice da je čovjek umno biće nužno proizilazi i pravo svakog pojedinca na razlikovanje, jedinstvenost i individualnost. Um i Sloboda su "rodno mjesto" prirodnog prava na razlikovanje. Autor u centar pažnje, ipak, stavlja pitanje da li ovo pravo – pravo na razlikovanje, pripada i narodima i da li iz njega proizilazi i pravo na vlastito, nacionalno zakonodavstvo. Iz analiza slijedi zaključak da pravo na razlikovanje pripada kako pojedincima tako i narodima, ali da narodima iz ovog ovog osnovnog derivira i pravo da odlučuju o načinu i obimu usklađivanja svog nacionalno zakonodavstvo sa nacionalnim zakonodavstima drugih naroda ili nadnacionalnih zajednica.

Ključne riječi: pravni poredak, pravo na razliku, ugovorno pravo, harmonizacija, organizovana harmonizacija, Imanuel Kant, Um, Sloboda, narodni duh

¹ Dr Snežana Miladinović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore

Pitanje prava na razliku i, u vezi sa njim, pitanje odgovarajućeg stepena nužnog, opravdanog i oportunog međusobnog razlikovanja pojedinih nacionalnih prava, zaokuplja i intrigira misao kako nekada tako i danas. Danas, očigledno, sve više, jer je i proces harmonizacije prava iz spontanog, neorganozovanog i segmentiranog procesa prerastao u organizovani, planski usmjeravani, i sve češće, iz jednog centra osmišljavani i rukovođeni proces. Proces harmonizacije prava, a posebno organizovane harmonizacije, provocira pravnu i političku teoriju da procijene i ocjene potrebu za ujednačavanje pravnih pravila, a posebno, da procjene mjeru, nazovimo je, „dozvoljene“ različitosti. To nužno nameće pitanja prava na razliku i razlikovanje, prava na samosvojnost i „samorodice“ u pravu, ali i pitanje prava na samostalnu procjenu i odluku o potrebi i stepenu ujednačavanja nacionalnih pravila sa izabranom i svrhovito postavljenom, a nerijetko i direktno spolja nametnutom, „metom“ ujednačavanja.

Čovjek je umno, dakle, voljno i slobodno biće - slobodno da sebi odredi maksime, pravila i zakone i da po njima postupa. Niko mu to pravo ne može osporiti, jer bi to značilo negaciju umnosti koja predstavlja suštinu čovjekovog bića. Vladika Njegoš bi rekao:

„Zloća, zavist adsko nasljedije,
Ovo čojka niže skota stavlja,
Um ga, opet, s besmrtnima ravni!“²

A, „čovjek se rađa naoružan razumom i vrlinom koje može da upotrebi u prvom redu protiv onoga što je tome suprotno.“³ Zato on zna da ima, i zaista ima, ne samo prirodno pravo na razliku, već i snažnu potrebu da se razlikuje. To je ključ njegove egzistencije, zato što je potreba za razlikovanjem najdirektnije vezana za slobodu koja je ne samo izvor i uslov života već, što je daleko važnije, uslov dostojanstvenog života i „dostojnosti čovjeka da bude srećan“.⁴ Razlikovanje pretpostavlja posebnost, jedinstvenost, individualnost. Zar onda treba da čudi zašto je Seren Kjerkegor za epitaf birao: „Bio je individua“?⁵

Različitost je konstanta koja se uvijek i svuda pred nama pojavljuje, iznova strpljivo skreće pažnju na sebe, uvijek spremna da nas uči, nauči ili bar opomene. Dovoljno je da se osvrnemo oko sebe pa da vidimo da je različitost suštinska odlika prirode. U njoj nema dva identična drveta, cvijeta ili kamena⁶, a smjena godišnjih doba donosi sa sobom takve razlike da jedan

² Petar I Petrović Njegoš, „Luča mikrokozma“, Narodna knjiga, Beograd, 2005. str.178.

³ Aristotel – Politika, BIGZ, Beograd, 1975. str.6. 1253a

⁴ Imanuel Kant, Zasnivanje metafizike morala, Dereta, Beograd, 2008. str.15-16.

⁵ Seren Kjerkegor, Osvrt na moje delo, 1981:89,103. – preuzeto od Ivan Kolarić, Filozofska hrestomatija, Užice, 2000. str.237.

⁶ O raznolikosti prirode Vladika Petar II Petrović Njegoš u spjevu „Luča mikrokozma“, Narodna knjiga, Beograd, 2005. str.176. piše: „No vremena pitatelnica mi, / Okićena cvijetnim vremenom, / Okrunjena sunčanim zrakama, / Ali vlase cvijetne pletući, /

isti predeo postaje neprepoznatljiv čak i za veoma pažljivog posmatrača. Razlike postoje ne samo u prostoru, već i u vremenu. Svaki trenutak u vremenu, jedinstven je, neponovljiv i nepovratan (osim u sjećanju).⁷

No, svijet i čovjek su ti za koje možemo reći da su slika i prilika različitosti. Razlika i različitost su, bez pretjerivanja možemo reći, u osnovi ljudske egzistencije. Ljudi se razlikuju po liku, fizionomiji, po otiscima prstiju... To su, ipak, spoljašnje, lako uočljive, ali manje važne razlike. Ljudi se razlikuju po snazi uma, talentima, znanjima, vještinama, vrlinama, razlikuju se karakterom, ponašanjem... Svaki čovjek je jedinstven i na svoj način poseban - svijet za sebe. Potcjenjivati ili osporavati tu različitost i pravo na razlikovanje znači poniziti čovjeka, ljudski um, znači negirati čovječnost.

Kada navedeno imamo u vidu kao nezaobilazna se nameću pitanja: šta znači razlikovanje i razlikovati se? Otkuda čovjeku pravo na razliku? Da li to pravo pripada ne samo čovjeku već i narodima? Da li im se (pojedincima i narodima) to pravo može negirati, ograničavati? Koje su posljedice uskraćivanja ili ograničavanja prava na razliku narodima kroz proces unifikacije prava?

Nama danas nije teško da shvatimo i zaključimo odakle proizilazi pravo čovjeka na razliku, djelatno razlikovanje i jedinstvenost. Nije nam teško kada za putovođe imamo jednog Imanuela Kanta, Artura Šopenhauera i G.V.F. Hegela i njihova „besamrtna“⁸ djela. Najkraće rečeno, pravo na razlikovanje utemeljeno je u pojmovima volje i slobode. Objašnjenje ove tvrdnje na najljepši, i istoriji ljudske misli jedinstven način, dao je Imanuel Kant. „Sloboda predstavlja osobinu volje svih umnih bića, pa nije dovoljno da se sloboda dokaže na osnovu izvesnih vajnih iskustava o ljudskoj prirodi već se mora dokazati da sloboda pripada delatnosti umnih živih bića koja su obdarena voljom.“⁹ Naravno „mi svakom umnom biću koje ima volju moramo nužno da podarimo ideju slodobe pod kojom ono jedino dela.“¹⁰ A „svakome biću, obdarenome umom i voljom, moramo da pripišemo osobinu da se pod idejom svoje slobode odlučuje na delanje.“¹¹ „Čovek u sebi stvarno nalazi moć kojom se razlikuje od svih ostalih stvari, pa čak ukoliko ga aficiraju predmeti, i od sama sebe, a ta moć je um... Kao umno biće dakle, biće koje pripada inteligibilnom svetu, čovek nikada ne može da zamisli kauzalitet svoje volje drugačije do pod idejom slobode.“¹² Kao umno, dakle,

Bisernom ih rosom nasipljući / Pri igranju svetlokosih zv'jezdah, / Da dičnija na jutro izide / Pred očima svoga vladaoa.“

⁷ Zato je Heraklit iz Efesa i rekao: "Ne možeš dva puta ući u istu reku."

⁸ Vladika Petar II Petrović Njegoš, nav.djelo. str.165.

⁹ Imanuel Kant, Zasnivanje metafizike morala, Dereta, Beograd, 2008. str.104.

¹⁰ Isto

¹¹ Isto, str.105.

¹² Isto, str.108.

kao slobodno biće, čovjek bi trebao da djeluje voljno i umno i da usavršava svoje znanje, talenat, vještine. Po tome je jedinstven i time se suštinski razlikuje od drugih ljudi, ali sa njima ga povezuju i ujedinjuju isti umni principi, maksime, pravila i zakoni.

Pravo na razliku ne pripada, međutim, samo pojedincima već i narodima. Ono se ispoljava kroz jezičke, kulturne, vjerske, običajne, folklorne i brojne druge posebnosti naroda. Svaki narod ima svoj karakter tj. ima svoj duh.¹³ Duhom se odlikuje i duhom se narod razlikuje od drugih naroda. Ovo pravo naroda (pravo na razliku) se ne može dovesti u pitanje, jer se time ukida njihov duh, a time i identitet i postojanje. Ni narodi (kao i njihovi predstavnici) se tog prava ne mogu i ne smiju odreći, jer kako lijepo kaže Valtazar Bogišić: „Čega se jednom odrečeš, zaman ćeš poznije tražiti.“¹⁴

Gljučno pitanje u ovom radu jeste upravo pitanje prava naroda na različitost i iz njega izvedeno pravo na nacionalno zakonodavstvo u kojem su „samorodice“ najljepši i najvredniji izraz duha i slobode naroda. „Kao i pojedinac, tako i narodi neće nikad ništa ostvariti ako ne budu svesni samih sebe, sebeljublja, ambicije, svesnosti o svojoj snazi i puni poverenja u same sebe,“ govorio je Đakomo Leopardi.¹⁵

Nacionalna zakonodavstva sadrže propise koji su „obojeni“ duhom naroda i posebnostima njegovog istorijskog razvoja. „Narod, samo kao celina, ali ne pojedinačno, ima pravo zakonodavstva,“ pisao je Kant.¹⁶ To je pravo naroda, ali i izraz njegove slobode i duha. Jer, „narodna individualnost je tako reći srce u ceokupnom pravnom organizmu; opšte ideje i nazoni pak, to su krv, koja teče kroz sve damare toga organizma; te opšte ideje narodne provejavaju, više ili manje, kroz sve pravne ustanove“¹⁷.

O duhu naroda, njegovom smislu, snazi i moći, pisao je i Hegel u „Filozofiji istorije“. Hegel naglašava: „Država, njeni zakoni, njene institucije jesu prava njenih građana; njena priroda, njeno tlo, njena brda, vazduh i vode jesu njihova zemlja, njihova otadžbina, njihova spoljašnja svojina, istorija te države njihova su dela; ono što su stvorili njihovi preci pripada njima i živi u njihovom sećanju. Sve je njihov posed baš kao što i ona poseduje njih, jer to čini njihovu supstanciju, njihovo biće. Njihova predstava time je ispunjena, a njihova volja jeste htenje tih zakona i te otadžbine. To je ta zrela ukupnost koja je suština, duh jednog naroda.“¹⁸

¹³ Fridrih Karl fon Savinji, *Zakonodavstvo i pravna nauka*, CID, Podgorica, 1998. str.13-32.

¹⁴ Valtazar Bogišić, *Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru*, čl. 1010.

¹⁵ *Misli velikih ljudi*, Kreativni centar, Beograd, 2007., str.180.

¹⁶ Immanuel Kant, *Um i sloboda*, Spisi iz filozofije istorije, prava i države, Velika edicija ideja, Beograd, 1974., Odabrani fragmenti iz zaostavštine, Fragment 7691, str.210.

¹⁷ Andra Đorđević, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, (Klasici jugoslovenskog prava) NIU Sl.list SRJ, Beograd, 1996., str. 37.

¹⁸ Georg Vilhelm Fridrih Hegel, *Filozofija istorije*, Fedon, Beograd, 2006. str.63.

Pravo i pravni poredak nisu izdvojeni i izolovani fenomeni. Naprotiv. Osobeni i jedinstveni razvitak narodâ, državâ i pravâ čini istorijski razvitak "lekovitim i plodnim", a "organska povezanost prava sa bićem i karakterom naroda traje i kroz protok vremena... Pravo nema ni trenutka apsolutnog zastoja, ono je potčinjeno istom kretanju i razvitku... Pravo, dakle, raste dalje zajedno s narodom, uobličava se zajedno sa njim, i najzad odumire, kao što i narod gubi svoju svojstvenost..." pisao je Savinji.¹⁹ To su i tu su, dakle, osnove za pojavu harmonizacije i unifikacije prava, ali i pojavu nadnacionalnog prava.

Nesporno je, naime, da je teritorijalna, kulturna, vjerska, jezička i istorijska povezanost i bliskost narodâ i država, imala i ima, konstantan i značajan uticaj na ujednačavanje zakonskih rješenja, kroz proces spontane harmonizacije. Iz svakovrsne bliskosti pojedinih naroda proizilazi i sličnost običajnih i pravih normi. Do tog ujednačavanja dolazi, kroz istoriju evidentnog, smjenjivanja procesa nacionalizacije i internacionalizacije prava. Ovo smjenjivanje za rezultat ima postepeno ujednačenje zakonskih rješenja pojedinih država. Zašto do toga dolazi? Prvo, zato što je um jedan i isti u svima i u svemu.²⁰ Iz rečenog slijedi da bi određena zakonska rješenja (kao izraz uma) trebala da budu istovjetna i jednako prihvatljiva za sve narode i države. No, na žalost, kada um treba da bude primijenjen onda najčešće biva zamagljen i zamućen raznoraznim interesima. Tu se krije jedan od razloga heterogenosti pravnih pravila koja su rezultat razumskog, a ne umnog djelovanja. Ipak, srećom, i ovdje djeluje „lukavstvo uma“²¹ zahvaljujući kome umno postepeno nadvladava ono razumsko u pravu. Ovaj proces se odvija postepeno, lagano, nije ga lako uočiti na primjeru pojedinih pravnih sistema, apstraktno, ali konkretno (u Hegelovom značenju riječi „konkretno“) posmatran uvijek je na djelu.

Drugo, mnogo lakše je uočiti i pratiti ujednačavanje pravnih pravila do kog dolazi posredstvom i zahvaljujući pravnoj nauci. Pravna nauka, između ostalih metoda, koristi i uporedno-pravni metod što je od značaja za procjenu i ocjenu zakonskih rješenja sadržanih unutar pojedinih nacionalnih zakonodavstava. Zahvaljujući zakonskim rješenjima koja afirmišu i pravna nauka na način što ih smatra potepcijalno univerzalno važećim, dolazi do postepenog ujednačavanja nacionalnih zakona. Treće, različiti oblici saradnje među državama i narodima za pretpostavku imaju identična ili bar slična zakonska rješenja. Saradnja, a posebno privredna i ekonomska, ne trpi vještačke granice i ograničenja. Velike razlike u nacionalnim zakonodavstvima stvaraju barijere za uspostavljanje i postojanje saradnje. Na žalost, svijest o potrebi donošenja dobrih zakona rijetko se vezuje za prvi od navedenih razloga, a najčešće se kao opravdanje za ujednačavanje zakonskih rješenja uzima empirija i njeni razlozi. Prozaičnim, uglavnom

¹⁹ Fridrih Karl Fon Savinji, nav. djelo, str.21.

²⁰ Heraklit, Fragmenti, Grafos, Beograd, 1981.

²¹ G.V.F. Hegel, Filozofija istorije, Fedon, Beograd, 2006., str. 40-41.

ekonomskim razlozima, tržišnim mehanizmima i zakonitostima, danas se opravdavaju procesi harmonizovanja pravnih pravila različitih zemalja, a zanemaruju se suštinski razlozi. Sa jačanjem ekonomske i drugih vidova saradnje subjekata različitih država, ali i država samih, povezivanjem unutrašnjih i stvaranjem nadnacionalnih, pa i globalnog tržišta, afirmacijom slobode kretanja roba, radne snage i kapitala, jača ideja i pokušaji organizovane harmonizacije.²²

Ali, činjenica da su u osnovi navedenih procesa bili, uglavnom, ekonomski motivi onda su i rezultati na planu harmonizacije i unifikacije takvi takvi jesu. Najčešće se sve dešava sljedećim redom: prvo se pretenciozno zamišljaju ciljevi, onda se nepravnim sredstvima nameću, doživljavaju uzlet, a onda se pojavljuju sumnje, proces se usporava i počinje traženje novih empirijskih razloga za njegovo snaženje. A kada bi se zasnivali na principima pravne nauke, kao apriorne nauke i na metafizičkim osnovama prava i idejama države i prava, zbilja ovih procesa bi bila sasvim drugačija.

U procesima harmonizacije i unifikacije prava zanemaruju se iznijete činjenice o posebnostima i specifičnostima velikih pravnih sistema današnjice i pojedinih nacionalnih prava koje su izraz prirodnog prava na razlikovanje. Zanemaruje se i još jedna važna činjenica, a to je da sve grane prava nisu jednako podobne za ujednačavanje. Kod nekih grana prava se može uočiti da njihov prirodni tok stremlji ka ujednačavanju. Takvo je u prvom redu ugovorno pravo kao dio obligacionog prava. Upravo zato se zakonska rješenja velikih građanskih kodifikacija u dijelu regulisanja ugovora, uprkos činjenici što su to nacionalni zakони, međusobno nikada nisu istinski i suštinski razlikovali. Dijelovi ovih zakonika koji su posvećeni ugovorima, njihovom zaključivanju, dejstvu i prestanku, pisani su tako da su se imale u vidu potrebe savremenog razvoja, integracije i ekonomska saradnja i na nadnacionalnom nivou, tako da pomenuti zakони ne odražavaju samo nacionalne interese već i interese međunarodnog prometa. Zato je proces spontane harmonizacije u materiji ugovornog prava, doveo do toga da "ovi zakoni po donošenju ostaju nacionalni a prema rešenjima sve

²² Kao veoma uspjeti primjere organizovane harmonizacije u materiji ugovornog prava treba istaći Italijansko-francuski projekt zakonika o obligacijama i ugovorima (Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti) iz 1928. godine, zatim rad "Accademia dei Giusprivatisti Europei" čiji je predsjednik bio A. Trabucchi, a koja je radila na izradi Codice europeo dei contratti (Evropskog zakonika o ugovorima). Tu su zatim i Načela evropskog ugovornog prava, ali i Common Frame Reference for Contract Law ili Zajednički okvir za ugovorno pravo. Detaljnije: Snežana Miladinović, Od harmonizacije ka unifikaciji evropskog ugovornog prava (Načela evropskog ugovornog prava i Zakon o obligacionim odnosima), Zbornik Mediteranske škole evropskog prava, Sloboda i svojina), Sveska I, str. 141-158.; Snežana Miladinović, Zakon o obligacionim odnosima u svjetlu harmonizacije i unifikacije evropskog ugovornog prava - Zbornik radova sa Savjetovanja pravnika, VIII Budvanski pravnički dani 2002., str. 411-428.; Srećko Jelinić, Dubravka Akšamović, Ugovorno pravo EU na prekretnici, Zbornik Pravnog fakulteta u Osijeku, april 2009., str.235-244.

više internacionalni ili kosmopolitski.”²³ Harmonija ugovornih prava ukazuje na kosmopolitski karakter rješenja usvojenih u ovoj oblasti.

Činjenica je da za ostvarenje određenih rezultata, procesu spontane harmonizacije, po pravilu, treba duži i unaprijed neodređen vremenski period. Ova harmonizacija se odvija polako, postepeno, postupno i skoro neprimjetno, ali, upravo u tome se nalaze razlozi što tako ostvareni rezultat imaju i kvalitet i dugotrajnost. Ovako harmonizovana pravila se u nacionalnim zakonodavstvima prihvataju kao vlastita tvorevina. Zato ne postoji ni osjećaj nametanja, spoljašnjeg pritiska ili diktata od strane nekog centra moći. Naprotiv. Harmonizovana pravila nastaju kao rezultat promišljanja unutar granica pravne nauke, nastaju i primjenjuju se dobrovoljno, jer predstavljaju izraz vlastitog htenja i djelanja, a, u suštini, predstavljaju “kapija” kroz koju se mora proći na putu saradnje sa drugim narodima i državama.

Organizovana harmonizacija ima drugačiju prirodu, što, naravno ima direktni uticaj na postizanje cilja i rezultata. Organizovana harmonizacija rezultate daje mnogo brže nego spontana. Po pravilu, unaprijed se određuje vremenski period u kom treba da se izvrši harmonizacija domaćeg prava sa postavljenim “idealom” harmonizacije. Upravo ova činjenica ostavlja prostor za pojavu i razvoj sumnje da li su harmonizacija i njeni rezultati autentični izraz nacionalnog zakonodavstva ili samo kopija. Dolazi, dakle, do postavljanja cilja, njegovog ostvarenja, a da li će rezultati biti dobri i da li će u nacionalnim zakonskim okvirima naći plodno tlo za svoj rast i razvoj, veliko je pitanje. I još nešto. Budući da se ovaj proces ostvaruje u unaprijed određenom i relativno kratkom vremenskom periodu, a imajući u vidu način kako se ostvaruje ujednačavanje, prije se može govoriti o unifikaciji nego o harmonizaciji prava.

Prostorno posmatrano, spontana harmonizacija se odvija na širim područjima i područjima koja nisu unaprijed precizno određena niti su ograničena. Zato se unaprijed i ne zna gdje će dati rezultate. Organizovana harmonizacija se odvija na unaprijed određenim i užim područjima, uglavnom, područjima određenih unija i nadnacionalnih zajednica.

Sadržinska strana harmonizacije je od posebne važnosti za analizu procesa i rezultata harmonizacije. Kao što smo već istakli, neke grane prava pokazuju “sklonost” ka harmonizaciji, dok neke ostaju potpuno neosjetljive na ove procese. Neke grane prava se postepeno, postupno i neosjetno harmonizuju, a zakonska rješenja u okviru njih se uobličavaju do stepena univerzalnosti i opšte prihvatljivosti. Najbolji primjer jeste ugovorno pravo.

Pogledajmo razvoj ugovornog prava i odmah će nam biti kristalno jasno da se radi o oblasti koja je po svojoj prirodi naklonjena ujednačavanju,

²³ Radovan Vukadinović, “Evropeizacija privatnog prava”, Pravni život, br.12/2002. tom 4. str. 407. Za kosmopolitsko pravo Kant je pisao: „To pravo, ukoliko se odnosi na moguće ujedinjenje svih naroda u svrhu izvesnih opštih zakona njihovog međusobnog saobraćaja, može se nazvati kosmopolitskim (ius cosmopolitanum).“ - Immanuel Kant, Metafizika morala, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad, 1993. str.153.

štaviše, da je ono u njegovoj osnovi. Ugovorno pravo za predmet ima zaključenje, dejstvo i prestanak ugovora. Ugovori su osnovni izvor obligacija, instrument prometa roba i usluga i to kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu. Ugovor predstavlja saglasnost volja dvije strane, dakle, on je izraz autonomije stranaka i akt samoregulacije njihovih imovinsko-pravnog odnosa. Obzirom da je volja u osnovi njihovog nastanka i dejstva, ugovori pretpostavljaju, postojanje autonomije stranaka, na njoj se utemeljuju i na njoj se izgrađuju. Ugovorne strane su autonomne (autosam, nomos – zakon), one su, dakle, same sebi zakonodavci, iz čega proizilazi da oblast prava koja reguliše te i takve odnose mora svojom prirodom, duhom i rješenjima da “prati” autonomiju stranaka i da joj daje prostor i snagu da se ostvari i djeluje. Zato je ugovorno pravo tako prirodno povezano, pa čak možemo reći, i sraslo sa idejom harmonizacije i sklono ujednačavanju pravila koja ga čine. O tome svjedoče brojni teorijski, doktrinarni i praktični, legislativni pokušaji harmonizacije u ovoj oblasti. Pogledajmo samo rimsko ugovorno pravo i rezultate recepcije i renesanse rimskog prava.²⁴

Činjenica da je spontana harmonizacija ugovornog prava pokazala tako dobre rezultate dovela je do toga da se u više navrata pristupilo i organizovanoj harmonizaciji. Prvi primjer je Italijansko-francuski projekat zakonika o obligacijama i ugovorima iz 1928. godine (Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti)²⁵. Ovaj projekat predstavlja prvi pokušaj organizovane harmonizacije u materiji obligacija i ugovora na evropskom tlu.²⁶ Projekat je imao za cilj stvaranje jedinstvenih pravila koja su, uz ostale neophodne mehanizme, trebala da olakšaju ekonomsku saradnju evropskih zemalja.²⁷ Drugi dobar primjer organizovane harmonizacije je Projekt koji je osmislila i realizovala “Accademia dei Giusprivatisti Europei”. Na inicijativu profesora pravnih fakulteta u Italiji, a

²⁴ Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Dosije studio, Beograd, 2008., str. 96-111.; Budimir Košutić, *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, CID, Beograd, 2008., str.32-50.

²⁵ O Projektu detaljnije: De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile I*, Milano-Messina 1934, i E. Betti, *Il quarto libro nel quadro del progetto del codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova 1940, na koje upućuje C. Castronovo u radu: *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 1995, I, p. 21-38.

²⁶ Carlo Castronovo, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, str.21-38; Carlo Castronovo, *Contract and the Idea of Codification in the Principles of European Contract Law*, in *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen 1997, str.109-124; Snežana Miladinović, *Zakon o obligacionim odnosima u svjetlu procesa harmonizacije i unifikacije evropskog ugovornog prava*, Budvanski pravnički dani, Zbornik radova sa Savjetovanja pravnika, 3-7. juna 2002, str. 411-427.

²⁷ Detaljnije: Snežana Miladinović, *Od harmonizacije ka unifikaciji evropskog ugovornog prava* (Načela evropskog ugovornog prava i Zakon o obligacionim odnosima), Zbornik Mediteranske škole evropskog prava – Sloboda i pravo (Sloboda i svojina), Sveska I (maj 2002), str. 141-158.

posebno zalaganjem profesora u Paviji, krajem 1990. god. formirana je radna grupa za izradu Evropskog zakonika o ugovorima (Codice europeo dei contratti).²⁸

Ipak, nama vremenski najbliži primjeri organizovane harmonizacije u materiji ugovornog prava jesu Načela evropskog ugovornog prava koja su izašla "iz pera" Lando komisije, kao i Common Frame Reference for Contract Law (Zajednički okvir za ugovorno pravo) koji predstavlja još ambiciozniji projekt u oblasti harmonizacije ugovornog prava koji je izradila Study Group on a European Civil Code osnovana 1998. godine.²⁹

Ali, činjenica da je u materiji ugovornog prava moglo da dođe do ovih tekstova i rezultata, ne znači da se to može i u drugim oblastima i granama prava. Naprotiv. Protezanje jednog dobrog primjera van njegovih stvarnih okvira i mogućnosti ima iste posljedice koje su imali gosti u Prokrustovoj postelji.

Navedena konstatacija nije pretjerana, jer je činjenica da konačan rezultat organizovane harmonizacije zavisi od brojnih faktora – od pravnih i političkih principa na kojima se zasniva, od subjekta (ili subjekata) koji je sprovodi, od prostora na kom se odvija, od osnova od kojih se polazi, kvaliteta ponuđenih legislativnih pravila i subjekata koji će ta pravila primjenjivati i na koje će se primjenjivati. U pitanju je višestruka zavisnost, što se neminovno mora negativno održiti na konačan rezultat, a zatvaranje očiju pred ovim činjenicama i nekritičko forsiranje i vještačko ubrzavanje ovih procesa, dovodi do stvaranja otpora prema procesu harmonizacije, do njegovog usporavanja, pa i do zaustavlja.³⁰ Apoteoza nikada nije dobra, a najmanje je to u oblastima koje traže kritički, stručan, ujednačen i znalački pristup.

Navedeni primjeri nam sugerišu kao suštinski zaključak da se empirijski, teorijski, legislativni i filozofsko-pravni aspekti harmonizacije pojedinih segmenata prava moraju u svemu poklapati i voditi istom cilju.

²⁸ Detaljnije: Piero G.Gaggero - Il progetto di un codice Europeo dei contratti: L'attività del gruppo di lavoro pavese, Rivista di diritto civile, n.1/1997., str.113-120.

²⁹ Detaljnije: Srećko Jelinić, Dubravka Akšamović, nav.djelo, str.235-244.

³⁰ De Boer, The Relationship Between Uniform Substantive Law and Private International Law, u knjizi Towards a European Civil Code, Hartkamp et al. (ed.), 1994. (Preuzeto od Jelinić, Akšamović, nav.djelo, str 221.): "Pravo bilo koje države je poput jezika nekog naroda, dio njegova kulturnog nasljeđa. Ono je jedan od elemenata nacionalnog identiteta. Stoga, ukoliko ne želimo iskorijeniti pravnu tradiciju stvaranu stoljećima, moramo biti oprezni da očuvamo one segmente nacionalnog prava koji imaju posebnu važnost za zajednicu u kojoj je takvo pravo nastalo i primjenjivano. Kako se ne bismo morali odreći nacionalnog identiteta i prihvatiti kozmopolitske pravne vrijednosti, harmonizacija prava treba se sprovesti samo u segmentu gdje su ugrožene zajedničke vrijednosti i specifične potrebe svih članica Zajednice. Proces evropskog integriranja ima za cilj ostvarenje ekonomskog, političkog i pravnog jedinstva. On ne treba ići tako daleko da rezultira ukidanjem svih razlika, uključujući tu i privatno pravo država članica, posebno u onom segmentu koje je odraz kulturnog i pravnog identiteta svake države članice."

Samo takve produkte harmonizacije prihvataju nacionalna prava. Tek tada, to nisu strana tijela u organizmu nacionalnog prava, već njihov sastavni dio.

Rečeno ukazuje na još jedan važan zaključak. Naime, subjekti koji su uključeni u proces usklađivanja tj. harmonizaciju i unifikaciju nacionalnog prava, imaju posebnu odgovornost i te činjenice moraju biti svjesni u svakom momentu. Veliki grčki filozof Aristotel je svoje radove počinjao riječima, da „svako istraživanje u nauci, isto kao i rad i odlučivanje uopšte, teže nekom dobru; stoga su pravilno definisali dobro kao ono čemu sve teži. Međutim, javlja se izvesna razlika u ciljevima (za kojima se teži): negde je cilj sam čin rada, a negde je to osim rada i njegov ishod, neko delo. U ovim slučajevima gde, osim delatnosti, postoje i ovi dalji ciljevi proizvedena dela imaju veću vrednost od uloženog rada.“³¹ Slijedi da u procesu harmonizacije prava naglasak treba staviti ne na harmonizaciju kao „čin rada“³², kao što se često čini, već i na njegov „ishod, neko delo“.³³ A to „djelo“, u našem slučaju, jesu ni manje ni više nego zakonski tekstovi, pravila ponašanja koji će se primjenjivati na unaprijed neodređen broj subjekata i njihovih odnosa. Samo ova činjenica treba i mora da uliva strahopoštovanje svim onim koji su i koji će biti angažovani na tako složenom zadatku kakav je harmonizacija i unifikacija prava.

Iz rečenog se nužno nameće zaključak da na poslovima vezanim za harmonizaciju prava moraju biti angažovana stručna lica, ali i stručnjaci iz različitih oblasti, jer se samo tako može doći do objektivne procjene potrebe, obima i vremenskog intervala u kom treba da dođe do harmonizacije i, što je daleko važnije, dobrih zakonskih tekstova, jer im samo kvalitet može obezbijediti primjenu i trajanje.

Podsjetimo na Hegelove riječi - narod ima svoj duh, a ne zaboravimo „njemu pripadaju jedinke; svaki pojedinac jeste sin svog naroda i ujedno, ukoliko je njegova država u razvoju, sin svog vremena, niko ne zaostaje za vremenom, niti ga ko preskače. Ta duhovna suština (duh vremena u kom pojedinac živi) jeste poedinčeva – pojedinac je njen predstavnik, to je ono iz čega on proizilazi i u čemu on postoji.“³⁴

Pojedinci i narodi imaju pravo na individualnost, posebnost, imaju pravo na razliku i razlikovanje. Ono je utemeljeno u pojmovima volje i slobode. Ovo pravo – pravo na razlokovanje je nesporno i neosporno. Ono se manifestuje i na planu stvaranja i primjene prava. I ne samo da se manifestuje – to je njegov izvor i rodno mjesto jer je, kao što Hegel lijepo kaže „pravo sloboda koja sebi daje život“.

³¹ Aristotel – Nikomahova etika, BIGZ, Beograd, 1980. str.3. - 1094 a)

³² Isto

³³ Isto

³⁴ G.V.F. Hegel, nav.djelo, str. 63.

Snežana Miladinović PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Montenegro

HARMONIZATION OF THE CONTRACT LAW AND THE RIGHT TO DIFFERENCE

This study examines contemporary processes of harmonization and unification of law and the relationship between these processes and the natural right to difference which all individuals have. The author tries to find the source of natural individual's right to difference and to find the philosophical foundation of this right as well.

Philosophers Immanuel Kant, Arthur Schopenhauer and Georg Wilhelm Friedrich Hegel wrote about the Reason, the Freedom and the natural right to difference. From the fact that the man is reasonable being it follows necessarily the right to difference, uniqueness and individuality of all individuals. The fact is, the Reason and the Freedom are the birthplace of the natural right to difference. The author puts into the limelight the question of whether this right - the right to difference belongs also to the nations and whether this right stems from the right to a proper national legislation. From the analysis it follows the conclusion that right to difference belongs both to individuals and nations, but nations are entitled, whether spontaneous or organized, to harmonize their national legislation with the right of others nations or international communities.

Key words: *Legal system, The right to difference, Contract law, Harmonization, organized harmonization, Immanuel Kant, Reason, Freedom, National spirit*

Mr Milica V. Matijević
Dr Aleksandra Rabrenović
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK: 341.123 (OUN)
Originalni naučni rad

OPERACIJE UJEDINJENIH NACIJA ZA IZGRADNJU MIRA I POJAM «ODRŽIVOG MIRA»

Završetak Hladnog rata i širenje građanskih sukoba postavili su nove izazove pri rešavanju pitanja globale bezbednosti. Potreba da se pronađu načini uspostavljanja bezbednosti koji više ne bi bili sputani načelom suvereniteta rezultirala je pojavom strategija za izgradnju mira ("peacebuilding"). Ujedinjene nacije su postale međunarodna radionica u kojoj su se radale kompleksne misije za izgradnju mira. Podizanje i osnaživanje institucija demokratije i tržišne privrede dobili su centralno mesto u mirovnim misijama koje su vremenom počele da obuhvataju i upravljanje teritorijama na kojima su uspostavljane. Pojam "održivog mira" ključan je za razumevanje načina na koji su ove novovremenske misije Ujedinjenih nacija koncipirane, njihovog odnosa sa savremenim teorijama o rešavanju sukoba i njihove suštinske usklađenosti sa vizijom iz koje su potekle.

Ključne reči: mirovne misije, strategija izgradnje mira, održivi mir, teorije o rešavanju konflikta, liberalni mir.

Uvod

Pad Berlinskog zida kojim je obeležen kraj Hladnog rata obeležio je ujedno i radikalne promene na polju međunarodnih mirovnih aktivnosti. Slabljenje nekada neprikosnovenog principa suverenosti, novonastala ideološka monolitnost i širenje građanskih sukoba kao novog bezbednosnog izazova tražile su nova rešenja koja nisu mogla da se realizuju u okviru mandata misija zasnovanih na konceptu "održavanja mira" ("peacekeeping").

Pod krovom Ujedinjenih nacija počele su da se rađaju misije potpuno novog karaktera čiji je osnovni postulat ležao u konceptu "izgradnje mira". Na ovom konceptu zasnivala se i njihova usmerenost na izgradnju i jačanje institucija upravljanja. Misije za izgradnju mira postajale su sve

kompleksnije da bi vremenom specijalizacija unutar strukture ovih misija dovela do nastanka misija prelazne uprave.

Ekspanzija i razvoj novih vidova mirovne prakse Ujedinjenih nacija samo su delimično bili zasnovani na dostignućima teorija o rešavanju sukoba. Nastojanje da se strategije za izgradnju mira povežu sa novim teoretskim dometima nauke o sukobu kako bi time stekle prizvuk metodološke utemeljenosti doživelo je svoje ovaploćenje u pojmu "održivog mira".

Osnovni cilj ovog rada je da analizira odnos između pojma "održivog mira" i strategija "izgradnje mira" kroz stavljanje akcenta na napetost koja postoji između ova dva koncepta. Rad time nastoji da doprinese daljem razumevanju nekih od osnovnih manjkavosti u načinu funkcionisanja misija Ujedinjenih nacija za izgradnju mira, kao što je proizvoljnost u formulisanju izlaznih strategija i nemogućnost merenja njihovih rezultata.

Prvi deo rada pruža kratak pregled razvoja mirovnih aktivnosti Ujedinjenih nacija i promene nastale završetkom Hladnog rata koje su bile od značaja za razvoj strategija izgradnje mira. Drugi deo posvećen je razmatranju osnovnih karakteristika misija za izgradnju mira sa naročitim osvrtom na misije prelazne uprave. U trećem delu analiziran je pojam "održivog mira" i njegov odnos sa konceptom "izgradnje mira", dok su u četvrtom delu izložene specifičnosti misija Ujedinjenih nacija za izgradnju mira koje proizilaze iz ovog odnosa. Način na koji su liberalno demokratski standardi postali recept za društvo bez ratova, odnosno za izgradnju održivog mira, tema su poslednjeg, petog dela ovog rada.

1. Mirovne misije Ujedinjenih nacija i kraj Hladnog rata

Od kraja II svetskog rata i osnivanja Ujedinjenih nacija pa sve do pada Berlinskog zida, mirovne misije za održavanje mira ("peacekeeping missions") bile su osnovno sredstvo međunarodne zajednice za vraćanje mira u države pogođene ratom. Prva značajnija mirovna operacija Ujedinjenih nacija bila je uspostavljena na teritoriji Egipta nakon što su Izrael, Velika Britanija i Francuska izvršile invaziju na njegovu teritoriju 1956. godine.¹ Zadatak ove misije formirane uz saglasnost kako država okupatora tako i samog Egipta bio je da kontroliše povlačenje stranih trupa sa egipatske teritorije i obezbedi njegovu granicu sa Izraelom. Mandat Misije Ujedinjenih nacija za vanredna dejstva (UNEF)², kako je ova misija bila nazvana, zasnivao se na dva principa – zabrani upotrebe sile izuzev u slučajevima samoodbrane i zabrani bilo kakve političke aktivnosti osoblja misije.

¹ Rezolucija Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija br. 340, usvojena 25. oktobra 1973..

² United Nations Emergency Force (UNEF).

Tokom narednih decenija ova dva ograničenja će postati postulati mirovnih aktivnosti Organizacije Ujedinjenih nacija i kao takvi će biti utkani u sve misije sprovedene u periodu Hladnog rata. Uz dva izuzetka,³ mirovne misije Ujedinjenih nacija su po pravilu bile sastavljene od lako naoružanih kontigenata mirovnjaka zaduženih da nadgledaju primirje kojima nije bilo dozvoljeno da se mešaju u unutrašnje poslove države domaćina.⁴

Kraj Hladnog rata doneo je nagli porast broja građanskih sukoba i nasilje nezapamćenog još od kraja II drugog svetskog rata.⁵ Kada je strana pomoć počela da presušuje, diktatorski režimi koji su svoju političku moć zasnivali na podršci velikih sila, okončani su u brutalnim građanskim ratovima⁶ koji su “zamaglili granice između ratovanja i kriminalnog nasilja”.⁷ Do tada obuzdavanje etničke tenzije počele su iznova da se rasplamsavaju a potom su poslužile kao okidač za niz novih civilnih sukoba koji se širili bivšim komunističkim državama. Tokom 1990. broj građanskih ratova je uveliko premašio broj takozvanih “proksi ratova” karakterističnih za prethodni period. Odnos između broja civilnih žrtava u odnosu na broj nastradalih vojnika takođe je doživeo radikalnu promenu. Dok su na početku XIX veka vojna lica činila oko 90 posto žrtava ratova, procena je da su tokom devedesetih civilni činili 90 posto onih koji su izgubili život u ratnim dejstvima.⁸

2. Misije Ujedinjenih nacija za izgradnju mira

Nova vremena tražila su iznalaženje novih načina za hvatanje u koštac sa sve rasprostranjenijim i rasplamsanijim sukobima. Tradicionalne mirovne misije za održavanje mira razvijene kao odgovor na međudržavne

³ Izuzetke su činile Misija Ujedinjenih nacija u Kongu (ONUC), uspostavljene 1960, koja je sadržala izvestan broj aktivnosti za izgradnju mira, i Privremena uprava Ujedinjenih nacija nad Zapadnom Papuom (UNTEA) koja je, kako već iz samog njenog imena proizilazi, uključivala vršenje jednog broja aktivnosti izvršnog i zakonodavnog karaktera.

⁴ Na ovu temu videti, na primer, Izveštaj Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o sprovođenju Rezolucije Saveta bezbednosti br. 425 kojom je 1978. bila uspostavljena misija u Libanu (UNIFIL). *Report of the Secretary-General on the Implementation of Security Council Resolution 425*, March 19, 1978 (UN doc. S/126II), in Paris (2004), str. 14.

⁵ Procene su da je u svetu od završetka Hladnog rata do 2000. godine izbilo ukupno 93 oružana sukoba, u kojima je život izgubilo 5.5. miliona ljudi, što je ukupno 25 posto svih ljudskih žrtava od 1945. Podatak sadržan u: Beer, D., *Peacebuilding on the ground: Reforming the Judicial Sector in Haiti*, u Keating, T., Knight, W. A. (ur.), *Building Sustainable Peace*, Edmonton, Tokyo, The University of Alberta Press, United Nations University Press, 2004.

⁶ Shvaćenog u smislu rata u kome sukobljene strane okvirno pripadaju jednoj istoj kulturi, društvu ili političkoj zajednici.

⁷ Paris, R., *At War's End: Building Peace after Civil Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, str. 16.

⁸ Keating, T., Knight, W. A. (ur.), *Building Sustainable Peace*, Edmonton, Tokyo, The University of Alberta Press, United Nations University Press, 2004, str. 367.

ratove nisu mogle biti od velike pomoći u građanskim sukobima. Postalo je jasno da "vojne akcije ili masivna humanitarna pomoć mogu za neko vreme eliminisati simptome nasilja ali ne i ukloniti njegov izvor".⁹

1992. godine, Butros Gali (Boutros Boutros-Ghali), tadašnji Generalni sekretar Ujedinjenih nacija, izložio je ovu doktrinalnu strategiju rešavanja sukoba pod nazivom "izgradnja mira" ("peacebuilding").¹⁰ Ovim je obeležen početak takozvane "druge generacije mirovnih operacija". Prema onome što je bilo sadržano u poznatoj "Agendi za mir", ovaj novi tip misija trebalo je da obuhvati čitav spektar potpuno novih zadataka koji su bili nezamislivi tokom godina Hladnog rata:

"Da bi bile istinski uspešne, misije za održavanje mira i misije za izgradnju mira moraju da uključe sveobuhvatne napore da se identifikuju i podrže strukture koje bi mogle dovesti do konsolidacije mira [...]. Kroz sporazume o prekidu civilnog stradanja, one bi mogle obuhvatiti razoružavanje prethodno zaraćenih strana i uspostavljanje reda, čuvanje i uništavanje oružja, repatrijaciju izbeglica, savetovanje i obuku bezbednosnih struktura, nadgledanje izbora, unapređenje napora za zaštitu ljudskih prava, reformu ili jačanje državnih institucija i promociju formalnih i neformalnih procesa političke participacije."¹¹

Tako je pojam "izgradnje mira" počeo da služi za imenovanje svih onih međunarodnih inicijativa kojima bi se, nakon što je primirje uspostavljeno, jačale ili iznova gradile institucije i mehanizmi upravljanja s ciljem da se umanjí mogućnost ponavljanja nasilja.

U prvoj deceniji nakon pada Berlinskog zida, broj mirovnih operacija bio je skoro udvostručen a velike promene kojima je ova aktivnost Ujedinjenih nacija bila izložena postale su uočljive i u pogledu strukture i širine mandata misija. Nova ovlašćenja i novi zadaci koje su mirovne misije dobile u skladu sa konceptom "izgradnje mira" prevazilazili su domen tradicionalnog "mirovnjaštva" Ujedinjenih nacija, koji je bio sputan zabranom mešanja u unutrašnje poslove države na čijoj su teritoriji misije bile uspostavljene.

⁹ Chopra, J., Hohe, T., *Participatory Peacebuilding*, in Keating, T., Knight, W. A. (ur.), *Building Sustainable Peace*, Edmonton, Tokyo, The University of Alberta Press, United Nations University Press, 2004, str. 242.

¹⁰ Boutros-Ghali, B., *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peacekeeping*, Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, A/47/277-S/24111, 17 June 1992.

¹¹ *Ibidem*, para. 21, 55.

2.1 Misije prelazne uprave

Sledeći korak u nastojanju Ujedinjenih nacija i međunarodne zajednice da unaprede mirovnjačku praksu ogledao se u jačanju izvesnih komponenata unutar strukture misija za "izgradnju mira". Delom usmeravan rezultatima istraživanja sprovedenih u okviru teorija o rešavanju sukoba, a delom kao posledica apsolutne dominacije liberalnih koncepata, izbor je pao na jačanje političkih i upravnih komponenti ovih misija. Ova prekretnica dovela je do stvaranja potpuno novog podtipa misija za "izgradnju mira" u čijoj su strukturi politički i upravni elementi dobili centralnu ulogu.

Osnovna ideja sadržana u ovim kompleksnim neoliberalnim poduhvatima usmerenim na izgradnju državnih institucija¹² bila je da je za postojan mir neophodno uspostaviti ili ojačati političku, pravnu, i ekonomsku infrastrukturu na teritoriji ugroženoj sukobom. Novoformirane ili osnažene institucije potom bi postale kičma demokratske vladavine i liberalno-ekonomskog razvoja datog teritorijalnog entiteta ili države. Iako su u početku zvaničnici Ujedinjenih nacija izbegavali da priznaju potpuno novi karakter misija prelazne uprave,¹³ vremenom je postalo sasvim jasno da širina ovlašćenja koja Ujedinjene nacije kroz njih vrše sasvim prevazilazi ovlašćenja sadržana u klasičnom konceptu "izgradnje mira".¹⁴

Najuočljivija odlika ovih novih tipova mirovnih misija jeste postojanje ovlašćenja za vršenje poslova iz domena sve tri grane vlasti. Osnovni cilj misija privremene uprave obično je dvostruk: a) obavljanje izvršne, zakonodavne i sudske delatnosti na svim nivoima, i b) uspostavljanje i nadzor nad radom participativnih struktura na centralnom nivou i nivou lokalne samouprave. Ovako određen skup ovlašćenja najčešće podrazumeva jedan izuzetno širok krug poslova koji mogu biti toliko raznoliki da istovremeno obuhvataju pisanje zakona, upravljanje zdravstvenim sistemom i uklanjanje mina.

¹² Превод израза који користи Оливер Ричмонд ("liberal state-building enterprise"). У: Richmond, P. O., *Peace in International Relations*, Routledge, 2008, стр. 105.

¹³ Видети, на пример, Приручник Ујединјених нација за спровођење мултидимензионалних мировних операција, у коме се каже: "Требало би снажно подвући да су мандати који укључују вршење управних овлашћења изузетак пре него правило када су у питању мировне мисије". У: Peacekeeping Best Practise Unit, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, United Nations Department of Peace Operations, December, 2003In: Peacekeeping Best Practise Unit (2003), стр. 35.

¹⁴ Caplan, R., *A New Trusteeship? The International Administration of War – torn Territories*, New York, Oxford University Press, 2002, стр. 9.

3. Pojam "održivog mira"¹⁵

Promene koje su zahvatile svet sa krajem bipolarizma i Hladnog rata iznedrile su i nove konceptualizacije mira. Pojava misija za "izgradnju mira" kojima je međunarodna zajednica pokušala da odgovori na sve brojnije i sve surovije građanske ratove u snažnoj je vezi sa pojmom "održivog mira".¹⁶ Od "Agende za mir"¹⁷, pojam "održivi mir" nalazi se u žiži nastojanja "da se identifikuju i učvrste one strukture koje bi mogle sprečiti ponovno pomaljanje konflikta – strukture koje bi promovisale pozitivan umesto negativnog mira".¹⁸

"Održivi mir" je pojam koji rečito govori o suštini pokušaja da se uspostavi veza između teorija o rešavanju sukoba i prakse sadržane u misijama za "izgradnju mira" i time ovim misijama pribavi dodatni legitimitet. "Ako želimo da tek uspostavljeni mir bude trajan", objašnjava Koni Pek (Connie Peck), "moraćemo da ga podržimo dugoročnim pristupom koji će dotaći strukturne uzroke sukoba i negovati institucije koje promovišu onaj tip distributivne i proceduralne pravde za koji je dokazano da umanjuje izgleda za pojavu nasilja".¹⁹

3.1. Definisanje pojma "održivog mira"

Uprkos tome što je pojam "održivog mira" već skoro dve decenije deo standardnog "mirovnog" vokabulara Ujedinjenih nacija i stoga često korišten i u akademskim tekstovima, on je do danas ostao veoma slabo teoretski utemeljen. Manji broj teoretičara usudio se da se upusti u kontekstualnu analizu ovog pojma, odnosno pokušao da istraži da li je i koliko dodavanjem epiteta "održiv" pojam mira postao odrediviji.²⁰

Razlikovanje direktnog, fizičkog nasilja i takozvanog "strukturnog nasilja" te teoretska objašnjenja o uzrocima sukoba koje je sredinom prošlog

¹⁵ Iako se ovaj pojam najčešće vezuje za mirovnu praksu Ujedinjenih nacija, zapravo ga je prvi put upotrebio Džon Galtung, jedan od glavnih teoretičara nauke o istraživanju mira..

¹⁶ Veza između mira i održivosti u kontekstu mirovnih operacija Ujedinjenih nacija formulisana je u nekoliko bitnih dokumenata. Tako u izveštaju tadašnjeg Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o prevenciji oružanih sukoba stoji: "[...] Efektivna prevencija konflikta je uslov za stvaranje i očuvanje održivog mira koji je pak uslov održivog povratka." U: Security Council – General Assembly, Report of the Secretary-General on the Work of the Organization. Prevention of Armed Conflict, New York, 7 June 2001.

¹⁷ Boutros-Ghali (1992).2001.

¹⁸ Richmond, O., *Maintaining Order*, New York, Palgrave, 2002, str. 144.

¹⁹ Peck, C., *Sustainable Peace: The Role of the UN and Regional Organizations in Preventing Conflict*, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, New York, 1998, ctp. 15 <http://wwics.si.edu/subsites/ccpdc/pubs/role/toc.htm>

²⁰ Videti, na primer, Strazzari, F., *Between 'Messy Aftermath' and 'Frozen Conflicts': Chimeras and Realities of Sustainable Peace*, HUMSEC Journal, br. 2, 2008.

veka iznedrila teorija o rešavanju sukoba ključni su za razumevanje simbioze između pojma "održivog mira" i strategija za "izgradnju mira".

Još 1969. Džon Galtung (John Galtung) je u svojim radovima pokazao da fizičko nasilje nije jedini mogući vid nasilja uperenog protiv pripadnika određene društvene grupe.²¹ Situacija u kojoj postojeće somatske i mentalne sposobnosti ljudskih bića bivaju korištene ispod njihovog potencijala usled deprivacije koja je usađena u samu strukturu datog društvenog sistema ukazuju na postojanje "strukturnog nasilja".²² Dve decenije kasnije, Džon Burton (John Burton) nastavio je Galtungovim stopama razvivši svoju teoriju o suštinskim uzrocima sukoba. Burton smatra da je u korenu sukoba sistemsko uskraćivanje zadovoljenja osnovnih ljudskih potreba kao što su potreba za identitetom, bezbednošću i distributivnom pravdom.²³

Za razliku od ranijih teorija o rešavanju sukoba i njihovom razumevanju mira kao odsustva direktnog nasilja, na kome su počivale misije Ujedinjenih nacija za "održavanja mira", za Galtunga i njegove sledbenike, kršenja ljudskih prava su samo simptomi a ne uzroci sukoba. Strukturno nasilje leži u nepravdi i represiji ugrađenoj u sam društveno-politički sistem. S toga je cilj aktivnosti usmerenih na izgradnju mira uspostavljanje "pozitivnog mira"²⁴ u kome je "socijalna pravda zamenila strukturno nasilje".²⁵

3.2. "Održivi mir" kao dugoročni proces

Bitna odlika pojma "održivog mira" posmatranog u kontekstu mirovnih strategija je da je on određuje mir kao *proces* stvaranja uslova koji će umanjiti mogućnost ponovnog izbijanja sukoba. U njega je utkana dugoročna perspektiva i kao takav on postulira dugo trajanje mirovnih misija. Arhitektura održivog mira može biti sagrađena samo kroz dugoročne mirovne aktivnosti.

S druge strane, prekid nasilja odnosno "negativni mir" je preduslov za otpočinjanje rada na "izgradnji mira". Sama priroda sukoba i njegovih

²¹ Galtung, J., Violence, Peace and Peace Research, «Journal of Peace Research», no. 3, London, Sage, 1969.

²² *Ibidem*, str.168.

²³ Burton, J., *Resolving Deep Rooted Conflict (Handbook)*, Lanham, University Press of America, 1987, str. 29..

²⁴ U teoriji se ponekad koristi i termin "pravedni mir". Videti: Fetherston, A. B., *Peacekeeping, Conflict Resolution and Peacebuilding: A Consideration of Theoretical Frameworks*, u: Ramsbotham, O., Woodhouse, T. (eds.), *Peacekeeping and Conflict Resolution*, London, Portland, Frank Cass, 2000, str. 202.

²⁵ Cabezudo, A., Haavelsrud, M., Rethinking Peace Education, u: Webel, C., Galtung J., *Handbook of Peace and Conflict Studies*, Routledge, 2007, str. 280.

ciklusa nalaže da misije za izgradnju mira obuhvate kako dugoročne tako i kratkoročne ciljeve. Kenet Buš (Kenneth Bush) zato izgradnju mira opisuje kao "dvostruki proces *dekonstrukcije* struktura nasilja i *konstrukcije* struktura mira".²⁶ Po njemu, mirovne intervencije koje uključuju samo jedan od ova dva elementa ne mogu proizvoditi dejstvo koje se pripisuje strategijama za izgradnju mira.²⁷

4. Izlazne strategije i merenje uspešnosti misija za izgradnju mira

Nepostojanje jasne definicije pojma "održivog mira" i složenost uzročno-posledične veze između kratkoročnih i dugoročnih ciljeva koja je utkana u odnos između ovog pojma i savremenih mirovnih misija Ujedinjenih nacija, izvoriste je mnogih nedoumica koje prate njihov rad.

Jedna od tih nedoumica sadržana je u pitanju koliko dugo jedna misija Ujedinjenih nacija za izgradnju mira treba da traje. Osnovna je odlika svih mirovnih operacija to da su one privremenog karaktera i da ni jedna misija ne bi trebalo da postoji duže nego što je to neophodno za ostvarenje njene svrhe. Odgovor pak na pitanje kada je svrha misije postignuta ne bi trebalo da se nalazi u ovlašćenjima Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija da životni vek jedne misije okonča ili produži već u tome da li je i u kojoj meri misija postigla zadate joj ciljeve.

"Merenje uspeha" je sledeći fundamentalan problem koji prati koncept "izgradnje mira" a koji takođe proističe iz neodređenosti pojma "održivog mira" i dugoročne perspektive na kojoj počiva. U ovom smislu interesantan je teoretski pokušaj da se ova manjkavost misija za izgradnju mira prevaziđe primenom definicije pojma "održivost" pozajmljene iz organizacionih nauka.

Organizacione nauke pojam "održivosti" određuju kao: "sposobnost određenog programa da proizvede rezultate i korist koji su dovoljno dobro vrednovani da dovedu do kontinuiranog snabdevanja programa sredstvima neophodnim za njegovo sprovođenje i time osiguraju kontinuitet u rezultatima."²⁸ Međutim, primena ove definicije na aktivnosti koje proizilaze iz koncepta "izgradnje mira" kao što je, recimo, strategija izgradnje institucija, nailazi na ozbiljna ograničenja. Naime, uočava se da je definicija pojma "održivosti" primenjiva samo na nivou kratkoročnih ciljeva kao što bi u odabranom primeru mogao da bude, recimo, nivo razvoja upravnih kapaciteta lokalnih institucija. S druge strane, dugoročni ciljevi ugrađeni u

²⁶Bush, K., *Commodification, Compartmentalization, and Militarization of Peacebuilding*, u: Keating, T., Knight, W. A. (eds.), *Building Sustainable Peace*, Edmonton, Tokyo, The University of Alberta Press, United Nations University Press, 2004, str. 25.

²⁷*Ibidem*, str. 25.

²⁸Citirano u: Keating, T., Knight, W. A. (ur.), *Building Sustainable Peace*, Edmonton, Tokyo, The University of Alberta Press, United Nations University Press, 2004, str. 122.

strategiju izgradnje institucija koji treba da se manifestuju na nivou ponašanja, ličnih i grupnih sklonosti i društvenih normi²⁹, ostaju potpuno van domašaja ovog metoda.

4.1. Srednjoročni ciljevi, standardi i konkretizacija pojma "održivog mira"

U procesu planiranja misije za izgradnju mira veza između dugoročne perspektive sadržane u pojmu "održivog mira" i potrebe da se uspešnost misije ipak podvrgne nekoj vrsti iole egzaktnije provere nastaje obično u vidu konkretnih programskih ciljeva srednjoročnog karaktera.³⁰

Ovi srednjoročni ciljevi po pravilu su determinisani fazom u kojoj se nalazi data misija. Mandat i aktivnosti mirovnih misija Ujedinjenih nacija se menja tokom vremena u skladu sa tempom kojim različite komponente misije ostvaruje svoje ciljeve. Na primer, krajnji cilj upravne komponente u misijama prelazne uprave je da stvori uslove za postepeni prenos njenih ovlašćenja na lokalne strukture. Kada se to konačno desi, uloga ove komponente biva redefinisana sve dok pred njom više ne bude neostvarenih programskih ciljeva.

Sprovođenje ovog postupka nije pak moguće bez unapred uspostavljenih standarda putem kojih bi se vršila procena uspešnosti svake komponente misije ponaosob i u svakoj njenoj fazi. Kao što ćemo videti u narednom poglavlju, specifični programski koraci misije i na njih naslonjeni standardi određeni su tako što se pojam "održivog mira" vezuje za liberalnu ideološku matricu.

5. "Liberalni mir"

Iako je pojam "održivog mira" u središtu retorike o strategijama "izgradnje mira" on je tokom vremena zapravo postao zamenjen pojmom "liberalnog mira". Standardi savremene liberalne demokratije potpuno su ispunili polje pojma "održivog mira" i postali recept za društvo u kome će izvori strukturnog nasilja biti eliminisani. Kofi Anan, nekadašnji Generalni sekretar Ujedinjenih nacija, na sledeći način određuje koji se to elementi "liberalnog mira" provlače pod sloganom "održivog mira":

"[...] sa završetkom Hladnog rata, na površinu je izronilo novo razumevanje koncepta mira i bezbednosti. Fokusiranjem na prirodu održivog mira i elemente koji grade njegovo zdanje, kao što su društveni i ekonomski razvoj, dobro upravljanje i demokratizacija, vladavina prava

²⁹ Nivoima na kojima bi trebalo da se odražava glavni uticaj jedne savremene mirovne misije.

³⁰ Videti: Peacekeeping Best Practise Unit, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, United Nations Department of Peace Operations, December, 2003.

i poštovanje ljudskih prava, dopunjavamo tradicionalni koncept kolektivne bezbednosti.³¹

5.1. Instant demokratizacija i izgradnja liberalnih tržišnih ekonomija

Od 90-tih godina prošlog veka najuočljivija odlika mirovnih projekata Ujedinjenih nacija ogledala se u tome što su svi oni, bez obzira na karakteristike sukoba, "sprovodili istu opštu strategiju za promovisanje trajnog mira u ratom razorenim državama: demokratizaciju i uspostavljanje tržišnih ekonomija".³² Sledeća objedinjujuća karakteristika ovih misija je brzina kojom su odabrane liberalne institucije uspostavljane. Izbori su postali osnovni standard uspešnosti misija za izgradnju mira. Priprema izbora i uvođenje liberalnih ekonomskih reformi bi po pravilu bili inicirani odmah nakon uspostavljanja misije.

Uniformnost ovog metoda navela je neke autore da okarakterišu strategije za izgradnju mira kao način širenja liberalne ideologije pod okriljem mirotvoračkog rada u kome bi pojam "održivog mira" služio samo kao izvor legitimiteta.³³ Oni primećuju da, iako izbori jesu važan metod identifikacije lokalnih lidera i put ostvarivanja političkih ciljeva nenasilnim sredstvima, organizovati ih u tako ranom stadijumu misije zapravo rađa rizik od destabilizacije mirovnog procesa.³⁴

³¹ Izveštaj Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija o načinima sprečavanja oružanog sukoba, Pedeset peto zasedanje Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, A/55/985S/2001/574, str. 9. Videti i Boutros-Ghali, B., An Agenda for Democratization (Supplement to Reports A/50/332 and A/51/512 on Democratization), 17 December 1996.

³² Paris (2004), str. 19. Ovo je postalo moguće zahvaljujući ideološkoj monolitnosti koja je nastupila sa iščezavanjem bipolarizma.

³³ Videti, na primer, Paris (2004), Ramsbotham (2000) and Bush, K., *Commodification, Compartmentalization, and Militarization of Peacebuilding*, 2004.

³⁴ Štaviše, u mnogim slučajevima sprovedeni izbori postaju okosnica izlazne strategije međunarodne zajednice, način da se pokaže da je misija uspešno ostvarila svoje mirotvoračke ciljeve. Videti: International Peace Academy, *You, the People: Transitional Administration, State-Building and the United Nations (Conference Report)*, International Conference, New York, 18 – 19 October, 2002, str. 8; Kofi Annan, *No exit without strategy: Security Council decision-making and the closure or transition of United Nations peacekeeping operations, Report of the Secretary-General*, S/2001/394, 2001, para. 10.

Zaključak

Razvijan na krilima posthladnoratovskog poleta ali i iz stvarne potrebe da se zaustave sile destrukcije i ljudska stradanja izazvana građanskim ratovima, koncept "izgradnje mira" se tokom godina sve više udaljavao od teorija o rešavanju sukoba kao svog izvorišta. Umesto da budu zasnovane na specifičnostima ratom pogođenih država i naroda, strategije za izgradnju mira pretvorile su se u set taksativno nabrojanih koraka za uspostavljanje tržišne demokratije. Izgubivši vezu sa suštinom vizije, strategije Ujedinjenih nacija su se, umesto da grade potencijal ratom pogođenih društava da stvore i održavaju uslove za održivi mir, pretvorile u alatke za nametanje instant rešenja. Time misije Ujedinjenih nacija za izgradnju mira postaju same sebi svrha a procenjivanje njihove uspešnosti sve teži zadatak. Umesto da stepen ostvarenja ideala održivog mira bude meren na osnovu postignute ekonomske, socijalne, političke i fizičke sigurnosti stanovnika teritorija pogođenih ratom, on se sve češće procenjuje na osnovu spolja nametnutih standarda liberalne demokratije i tržišne ekonomije.³⁵ Na taj način, pojam "održivog mira" menja i svoj osnovni smisao i svrhu i postaje samo okvir za nesmetano širenje ideologije liberalnog kapitalizma.

³⁵ Ili, po Stracariju, možda čak i pukog pristajanja na ove "hegemonijske diktate". Strazzari (2008), str. 49.

Milica V. Matijević, M.A.

Aleksandra Rabrenovic, PhD.

Institute of Comparative Law, Belgrade

UNITED NATIONS PEACEBUILDING MISSIONS AND THE NOTION OF SUSTAINABLE PEACE

The end of Cold War and the outbreak of highly destructive civil conflicts across the globe mandated a new approach to human security that would go beyond the constraints contained in the principle of state sovereignty. The peacebuilding strategies became its embodiment while the United Nations grew into an international workshop in which new, complex peacebuilding missions were born. The institution building directed at creating stable institutions of democratic governance and market economy gained prominent place in these new types of peace operations. Further development of the peacebuilding praxis lead to the raise of international administration missions the main feature of which was exercise of quasi-governmental functions in the war-torn countries. The notion of "sustainable peace" is key for understanding of the way in which these new types of UN missions were devised, what is their relationship with the conflict resolution theories and to which extent they match to the vision from which they rose.

Key words: peace operations; peacebuilding strategies; sustainable peace; conflict resolution theories; liberal peace.

Dr Miroljub Jevtić

Fakultet političkih nauka, Beograd

UDK: 21+314.3: 34

Originalni naučni rad

RELIGIJA I NATALITET¹

U obradi problema nataliteta u Srbiji se religijska pripadnost stanovništava nije dovoljno uzimala u obzir. A to je veoma važno. Zato što se pokazuje da u uslovima istih ekonomskih uslova života različite verske grupe imaju različitu stopu rađanja. Jasno se vidi da muslimanska populacija prednjači u broju rađanja. Ali je slična situacija i kod drugih verskih zajednica kada se radi o stvarno religioznim ljudima. Te činjenice ostavljaju značajne političke i demografske posledice i zato bi nauka morala da im posveti daleko više pažnje.

Ključne reči: natalitet, religija, pravo, politikologija religije, uticaj, političke posledice

Jedno od najvažnijih političkih pitanja savremene Evrope jeste pitanje biološke obnove stanovništva. Stoga je to pitanje podložno ozbiljnom pravnom regulisanju. Istovremeno pitanje je kao političko značajno za politikologiju. U ovom slučaju tekst će se baviti uticajem religije na natalitet, samim tim ovaj rad će biti obrađen sa tačke gledišta politikologije religije². Što će, nadamo se, pokazati koliko je pravno regulisanje ovoga fenomena jedan od najznačajnijih zadataka EU. Demografski pokazatelji u svim zemljama Evrope pokazuju već dugo da broj dece po majci opada. Naprimera u Nemačkoj se 1998. godine manje beba rodilo nego što je bio broj umrlih³. Zbog smanjenog broja rađanja smanjio se broj potrebnih regruta za služenje vojske. Po pisanju minhenskog lista Fokus, nemačko ministarstvo odbrane je počelo da snižava kriterijume za prijem u vojsku. Prema tim podacima oni koje su od 90-tih godina prošlog veka počeli da primaju za regrute su čak u nečemu hendikepirani. Oni ranije ne bi mogli da budu ni trećepozivci⁴. Kada se tome doda podatak da 160.000, onih koji su

¹ Ovaj tekst je rađen u okviru projekta 179008, koji podržava Ministarstvo nauke Srbije

² Miroljub Jevtic, Political Science and Religion, *Politikologija religije*, br.1/2007. Godina 1. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/srpski/godina1_broj1/Political_science_and_religion.pdf (5.9.2011.)

³ *Politika*, 3.7.1999.str.5.

⁴ isto 21.6.1996, str.14.

sposobni da služe vojsku, odbija da to čini slika postaje kompletna⁵ Zbog toga se dovodi u pitanje biološka obnova koja je uslov da društvo preživi. Posebno je važno da je do pada nataliteta došlo i u onim sredinama Evrope koje su do skoro važile za pronatalitetne. A takve su Italija i to njen jug, zatim Španija, Portugal, Grčka i Irska koja je do skoro slovila za veoma sklonu rađanju. To se vidi prostim uvidom u situaciju u bilo kojoj zemlji zapadne Evrope, odnosno EU. Veliki broj radnih mesta u tim zemljama zauzimaju stranci. Masa tih stranaca je različite rase od domaćina. Tako se vidi da recimo gradsku čistoću u mnogim zemljama skoro potpuno popunjavaju strani radnici, ali i građevinsku operativu, zatim i kontrolori u javnom saobraćaju itd. Ali sve više i više i ostale delatnosti. Tako je još pre više od desetak godina, 2011. na jednom festivalu kompjuterske tehnike tadašnji kancelar Nemačke Gerhard Šreder izjavio da Nemačka zaostaje u primeni kompjuterske tehnike, odnosno u informatici, i da će ako brzo ne reši problem i ne zadovolji potrebe za stručnjacima toga profila početi ekonomski da zaostaje. Stoga je rekao da Nemačka mora da uveze nekoliko desetina hiljada kompjuterskih stručnjaka iz Indije. Na to su oštro reagovali sindikati, dokazujući svoju reakciju podatkom da u Nemačkoj ima više miliona nezaposlenih i da bi trebalo zaposliti njih, a ne uvoziti strance. Ali Šreder ne bi bio premijer Nemačke da nije imao spreman odgovor. On je rekao da je imao u vidu tu činjenicu i da zna koliko je nezaposlenih, te da je vlada sve učinila da ih osposobi za kompjuterske stručnjake, ali da je uspela da od tih nekoliko miliona samo nekoliko desetina hiljada obuči da rade posao u informatici, a da su ostali nezaposleni nesposobni da nauče da rade na nivou, koji neophodni stepen kompjuterizacije zahteva. Stoga ili će se dovesti Indusi ili nema kompjuterizacije.

Zbog smanjenja stope rađanja već od poslednje decenije 20 veka svako treće domaćinstvo u Nemačkoj broji samo jednog člana. Znači, ne da ima jedno dete, nego u svakom trećem domaćinstvu živi samo jedna odrasla i već u godinama osoba⁶. Setimo se nekadašnjih sportskih reprezentacija. Danas za neke od njih više skoro da ne igraju domicilni igrači već samo naturalizovani sportisti. Najkarakterističniji je slučaj Francuske. I nije problem što za reprezentaciju igraju Arapi i Afrikanci sa francuskim pasošem. Problem je što nacija od 65 miliona ljudi nije u stanju na rodi jedanaest momaka koji će biti u stanju da igraju fudbal, što pre pedesetak godina nije bio slučaj. Zbog svega toga je još pre desetak i više godina predviđeno da će četiri najveće zemlje Evrope uključujući i Nemačku morati da u narednih 50 godina uvezu oko 35 miliona radnika, da bi mogle da funkcionišu⁷. Na šta bi tada Nemačka ličila u rasnom smislu možemo da

⁵ isto

⁶ isto, 4.9.1996. str. 22

⁷ *Blic*, 11.7.1999. str. 2.

zamislimo, jer je već pre desetak godina, prema pisanju Frankfurter Rundšaua u Frankfurtu živelo 28,5% stranaca u Berlinu 12,6%, Štutgartu 24,1% i Minhenu 22,8%⁸.

Situacije sa natalitetom je slična i u Srbiji⁹. I u drugim balkanskim državama, osim Albanije, i muslimanskom populacijom naseljenih regiona Srbije.

Ta situacija je već dosta dugo predmet raznih analiza i stručnih procena. Svi vide da će takva situacija izazvati katastrofalne posledice, jer se broj zaposlenih i penzionera polako izjednačava. Stručnjaci raznih profila su davali svoje analize i uglavnom se njihovi zaključci svode na to da je natalitet posledica modernih uslova. Kada se kod nas uzmu te analize onda se vidi da se većina njih svodi na konstatacije da je smanjena stopa rađanja posledica ekonomske nerazvijenosti, nedostatka finansijskih sredstava da se započne brak i izdržava porodica. Slično reaguju i potencijalne porodilje kao i njihovi muževi. Svi u principu svaljuju krivicu na državu i društvo koje ne daje dovoljno novca, pa se stiče utisak da svi oni misle da su pare jedini problem i kada bi bilo para da bi natalitet naglo skočio. Pri tome je to postalo opšte mesto. Ili recimo, stalno se tvrdi da nema dece u seoskim područjima jer su devojke napustile sela i ne žele tamo da žive, pa momci nemaju sa kim da se žene i samim tim ne može biti dece. Međutim, šta pokazuje prost uvid u stanje? Što se tiče ovoga drugog da se brakovi ne sklapaju u selima jer nema devojaka, te teze padaju pred prostom činjenicom da je broj neoženjenih i neudatih u istom životnom dobu skoro isti u novobeogradskim blokovima kao i u zabačenim selima na Pešteru. Ali posebno je važno da se na Pešteru taj problem oseća samo kod pravoslavnih. Kod muslimana je i broj sklopjenih brakova i broj dece u istim selima mnogo veći nego kod pravoslavnih.

Ali najvažnija netačnost se vidi u insistiranju na nedostatku novca kao uzroku niskog nataliteta. Prosto poređenje sa gore navedenim zapadnim zemljama, gde je stopa nataliteta ista ili slična onoj u Srbiji pokazuje da tamo gde ima obilje novca i gde je socijalna politika veoma razvijena, a majka i dete zaštićeni kao prinčevi, natalitet je isti kao i u Srbiji. I da se tačno vidi da nema ni jedne razvijene zemlje na svetu, razvijene u smislu koji tome pojmu daju međunarodne ekonomske institucije, a da joj natalitet nije nizak. Nizak do nivoa da ugrožava biološki opstanak. I da nema ni jednog izuzetka od tog pravila. Osim ako se ne radi o fundamentalističkim

⁸ Ovde citirano prema *Politika* 24.11.1998.str.6

⁹ Dragan Novaković, *Islamska zajednica u funkciji ostvarivanja albanskih nacionalnih interesa, Politikologija religije*, br.1/2007. Godina 1. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/srpski/godinal_broj1/Islamska_zajednica_u_funkciji_ostvarivanja_albanskih_nacionalnih_interesa.pdf (2.9.2011.)

delovima razvijenih nacija¹⁰. To je recimo slučaj mormona u državi Juta, gde se propagira poligamija, rana udaja devojčica itd. i svuda gde ima hrišćanskih fundamentalista u SAD. Tako npr. statistike rađane u SAD 2006 pokazuju da najvišu stopu rađanja ima pomenuta država Juta. Ona iznosi 2,63, a najmanju Vermont čija je ukupna stopa nataliteta 1,69. Objasnjavajući zašto je to tako autor teksta veli "Kroz ove podatke, takođe, možemo videti da Vermont ima najnižu stopu rađanja a Juta najvišu. Zašto je to tako? U *Juti visoka stopa nataliteta je bez sumnje zbog visokog procenta mormona u državi*, koji imaju tendenciju da imaju veće porodice. Prema pisanju Tajms Argusa u Vermontu se niska stopa nataliteta, , pripisuje rasnoj homogenosti i *visokim nivoom obrazovanja žena* – faktorima koje ne može lako da menja intervencija vlade. Ali hispanske žene, koji čine manje od jedan odsto stanovništva države, statistički imaju veću stopu nataliteta"¹¹. Sam guverner države Vermont Daglas o tome kaže "Poslodavci navode kvalifikovanost radne snage koja je neophodan uslov za uspeh u Vermontu. Imamo poslodavce koji su stvorili dobra radna mesta i žele da otvore još, ali im je potrebna kvalifikovana radna snaga za te poslove".¹²

Birajući između školovanja koje ih osposobljava za dobro plaćene poslove, nefundamentalistički nemotivisane žene u Vermontu biraju da rađaju manje i da se posvećuju karijeri¹³. Za razliku od toga fundamentalistički orijentisane mormonke, koje od malena uče da treba da rađaju decu i da je to važnije od školovanja, jer to tako želi Bog u koga slepo veruju, to i čine. Zato je natalitet veći u Juti nego u Vermontu¹⁴.

Sa druge strane, kao i u Juti, vidi se da je natalitet izrazito visok kod drugih nacija kod kojih je religija veoma prisutna u javnom životu. I da kao što nema razvijene zemlje koja nema problema sa natalitetom, isto tako nema zemlje u kojoj je natalitet visok a da se to ne poklapa sa veoma velikim uticajem religije na narod. Što je posebno važno ta se činjenica vidi i u razvijenim zemljama. U zemljama EU u Parizu, Londonu, Berlinu gde

¹⁰ Luca Ozzano, *Religious Fundamentalism and Democracy*, *Politikologija religije* br.1/2009, Godina 3. Dostupno na http://www.politicsandreligionjournal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=18%3Agodina3-broj1&catid=8%3Aarhiva-izdanja&Itemid=9&lang=en (9.9.2011).

¹¹ <http://www.rickety.us/2009/01/united-states-fertility> (Dostupno 2.9.2011).

¹² isto

¹³ O zameni religijskih vrednosti za sekularne pogledati u John Rex, *Secular Substitutes for Religion in the Modern World*, *Politikologija religije*, br.1/2007, Godina 1. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume1_no1/Secular%20substitutes%20for%20religion%20in%20the%20modern%20world.pdf (9.9.2011.)

¹⁴ O uticaju protestantizma na pronatalitetno ponašanje pogledati Stephen Hunt, *Pentecostal Political Activism in the USA and the UK: a Comparative Analysis*, *Politikologija religije*, br.1/2008- Godina 2. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume2_no1/06_stefan_hunt.pdf (12.19.2011.)

Nemci imaju jedno ili nemaju ni jedno dete, Turci imaju porodice sa po 5-6-toro pa i desetoro dece¹⁵. U Parizu Arapi imaju takođe po 5-6 dece a Francuzi jedno ili ni jedno. Ili u Briselu, gde kvartovi u kojima su muslimani većina bujaju, a tamo gde su autohtoni Begijanci vlada neverovatna tišina. Naročito uveče u belgijskim četvrtima se ne čuje ni muva, a u muslimanskim sve puca od života¹⁶. Slično je i sa porodicama autohtonih Evropljana ili Amerikanaca koje imaju brojno potomstvo. Primećuje se da su sve te porodice tradicionalne i da poštuju verska osećanja. Tako dolazimo do ključnog pitanja ovog rada "veze religije i nataliteta". Ponovićemo sasvim jasno ono što smo gore nagovestili, tačno se vidi da se broj dece koje majke rađaju povećava ako se radi o religioznim porodicama i što je posebno važno povećavaju se i u odnosu kojoj religiji pripadaju porodice u kojima se rađaju deca.

Sva velika verska učenja su pronatalitetna, i sva uče svoje pripadnike da rađaju decu bez ograničenja, bilo da se radi o objavljenim bilo o religijama druge vrste kakav je budizam. Tako npr. jevrejstvo i hrišćanstvo koje imaju istu svetu knjigu Bibliju, kao stav o rađanju uzimaju ono što piše u Prvoj knjizi Mojsijevoj koja se zove Postanje. Tamo u poglavlju 1, u stihu 28 stoji "I blagoslovi ih Bog i reče im Bog: rađajte se i množite se, i napunite zemlju, i vladajte njom, ...". Na osnovu toga razvijen je jevrejski i hrišćanski stav prema rađanju. On čini sastavni deo učenja o društvenom ponašanju pripadnika ovih dveju vera. Na osnovu njega suština braka u hrišćanstvu je prođužeatk vrste a ne naslada. Zato se propoveda vernicima da je preljuba greh, da se ne sme koristiti prezervativ, kontraceptivna sredstva, a pogotovu ne nasilan prekid trudnoće. Oni vernici koji ne postupe po ovim propisima rizikuju paklene muke zbog osuda na sudnjem danu. Zato sve dok je versko osećanje među hrišćanima bilo jako, nije bilo problema sa natalitetom. Ljudi su rano sklapali brakove jer je kult porodice bio veoma razvijen, u braku je trudnoća logična posledica bračne veze, a ako su zdravi i mladi ljudi imali stalne seksualne potrebe, trudnoće su bile česte. Pošto nikom nije padalo na pamet da trudnoću shvati drukčije nego kao posledicu božje volje, logično je sa su se deca stalno rađala. Čak i sa razvojem nauke, kod onih koji su hrišćanski orijentisani se ništa nije promenilo, iako mogu da vide da li je recimo plod zdrav ili ne, oni koji doslovno shvataju poruku iz knjige Postanja ne žele da prekinu trudnoću, jer i takvu trudnoću doživljavaju kao božju volju kojoj ne žele da se suprotstave. Takav je slučaj potpredsedničkog kandidata republikanske stranke SAD na izborima 2008. Sare Pejlin. Ona je

¹⁵ Miroljub Jevtic, Religion and Relations between genders, *Politikologija religije*, br.1/2008. Godina 2. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume2_no1/04_jevtic.pdf (11.9.2011.)

¹⁶ Stéphane Kovacs, L'islam, première religion à Bruxelles dans vingt ans. Le Figaro, 21/03/2008, Pariz

u toku trudnoće kada je nosila svog poslednjeg sina Triga, koga je rodila 2008. saznala da je Trig bolestan od Daunovog sindroma. Ali je ipak odbila da nasilno prekine trudnoću, jer je kao hrišćanka smatrala da je to plod božje volje i da ona mora da rodi i gaji i takvo dete. To je inače njeno peto dete¹⁷.

Prema tome, religiozni hrišćani nisu prekidali trudnoće, rano su sklapali brakove i rađali su puno dece. I tada hrišćanske zemlje nisu imale problema s natalitetom. Kao karakterističan primer navodimo Španiju i Osmansko carstvo u 16. veku. Španija je tada imala toliko naroda da je imala ogroman broj obučenih konjanika za svoju konjicu. Ali nije imala dovoljno konja. Tako da je mogla da izvozi tj. da šalje u emigraciju svoje stanovništvo u Latinsku Ameriku. Da protera stotine hiljada Jevreja u osmansku carevinu, da protera stotine hiljada muslimana u severnu Afriku i da opet ne zna šta će sa narodom, jer su Španjolke verne rimokatolkinje toliko rađale. Za razliku od toga vrlo pronatalitetno osmansko carstvo sa poligamijom i masovnim konverzijama i odvođenjem hrišćanskog naroda u ropstvo, danku u krvi kojim su pravljene janičari nije moglo da obezbedi dovoljno konjanika. Ali konja su imali na pretek¹⁸. Ali šta se desilo, hrišćanstvo je sa vremenom počelo da umire. Broj religioznih je počeo da opada, zavladała je druga koncepcija odnosa među polovima, kontraceptivna sredstva i nasilni prekid trudnoće su postali normalna stvar, kao što je uzimanje lekova kad ste bolesni. Kao rezultat počeo je da se smanjuje broj rođene dece.

Kad smo spomenuli osmansko carstvo onda nas to upućuje na islam koji je bio vladajuća ideologija te države. Islam kao i hrišćanstvo ima apsolutno pronatalitetnu ideologiju. Ali on za razliku od hrišćanstva seksualnom činu koji je uslov za rađanje dece daje i elemente uživanja. Ali to uživanje ne sme da koristi kontracepciju. Dakle cilj ljubavnog čina u kome se uživa prema islamu treba da bude začecje i rađanje. Pri tome je važno istaći da je islam bitno pravno praktična ideologija i da se izražava kroz pravo. Svako pravo pa i islamsko je sastavljeno od normi. Norme su sa druge strane sastavljene od dispozicije i sankcije¹⁹. Dakle za nepostupanje po dispozicijama sledi kazna. Zato je islam nemoguć bez islamske države, što sa hrišćanstvom nije slučaj, kako smo već rekli. Dakle, islam kažnjava prekršioce zakona, a jedan od propisa jeste i sprečavanje pobačaja. Islamsko pravo, šerijat, dozvoljava abortus samo ako doktori sa potpunom sigurnošću potvrde da bi trudnoća štetila zdravlju žene. Svi se islamski pravници slažu da kad je embrion formiran i kada je u njega ušla duša da je abortus haram tj.

¹⁷ <http://www.sarahpac.com/sarahs-story> (Dostupno 2.9.2011.)

¹⁸ Courbage Youssef, Philippe Fargues, *Chrétiens et Juifs dans l'islam Arab et Turc*, Fayard, Pariz, 1992.

¹⁹ Miroljub Jevtić, Fanefijski fikh i moderna srpska pravna istorija, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2007, Godina 55.

zabranjen²⁰. Normalno, postoje određene situacije kada se dozvoljava. Npr. posle silovanja kada se pod određenim uslovima dozvoljava ženi da spreči začeće. Tu se vodi računa i o zdravlju dece, a ne samo majki. Što je svetski prihvaćena pravna praksa.²¹ Uglavnom pošto se u islamskom svetu religioznost očuvala i pošto je posle izvesne oseke od kraja drugog svetskog rata do janskog rata 1967. opet počela da cveta, to su islamska društva poziciju religije ustavno definisala i verske norme nastavile da primenjuju kao pozitivno pravo. Samim tim se primenjuje i ova norma o zabrani abortusa. Kako se radi o društvima gde je islam osnovni regulator života to se forsiraju sve islamske norme, a jedna od njih je i ta da se muslimani moraju što ranije ženiti, formirati porodice i rađati što više dece.

Opšte je poznato da je osnovni izvor islama Kuran. Ali je nemuslimanskoj javnosti manje poznato da je drugi izvor islamskog prava posle Kurana, Hadis, ili tradicija vezana za Muhameda i njegove saborce. Hadis su izreke o postupcima koje je Muhamed odobravao²². Jedna od njih kaže da je Muhamed rekao svojim sledbenicima: „Ženite se i množite se, jer želim da pomoću vas nadmašim ostale“. Ovim se hadisom jasno poručuje muslimanima da je cilj braka rađanje što više dece, da bi muslimani postali brojniji od drugih. Jedan naš istraživač koji je istraživao natalitet Albanaca kaže da je razgovarao sa Albancima i da mu je jedna od njih koja je abortirala rekla, da joj je hodža posle povratka sa abortusa kazao da je dete koje je "ubila" u bolnici, čeka na onom svetu i da vrišti bez prestanka. I takvu će je dočekati kad i ona bude umrla sa vrištećom otpužbom, koja nikada neće prestati "ti si me ubila...". Takvo vaspitanje muslimanske ženske populacije uklanja mogućnost da one i krišom obave abortus kod seoskih priučenih babica. Jer ako se plaše muža, a ne i Boga, mogu abortirati skrivenu trudnoću. Ali kad same umiru od straha od paklenih muka, zbog abortusa za koji svedeći Bog zna, onda im ne pada na pamet da takvu stvar i učine. Pronatalitetna politika se stalno forsira. Poznata je stvar da u muslimanskim zemljama majke koje su rodile sinove oko gležnja na ruci nose crne metalne narukvice. A svaka narukvica je dokaz da je rodila sina. Koliko sinova je rodila toliko i narukvica ima. Time joj raste ugled ako je rodila više sinova. Njene se ćerke lakše udaju jer se veruje da su i one predodređene da rađaju više sinova. A isto tako i sinovi se lakše žene jer se veruje da će i oni praviti više sinova. Tako se na osnovu verskih ideja štiti pronatalitetna politika, i ona je vidljiva u svim muslimanskim sredinama bilo kakvog da su ekonomskog razvoja. Veoma veliki broj dece rađaju muslimanke i u visoko razvijenom Kataru i u siromašnoj Somaliji. Samo što deca rođena u Somaliji imaju manje šansi da prežive dečije bolesti,

²⁰ O tome pogledati u Anani Linda, *Women in contemporary Arab and Islamic legal system*, *Strani pravni život*, br.1/2009.

²¹ Olga Jović, Pravo deteta i zdravstvena zaštita, *Strani pravni život*, br.1-2/2007.

²² Mahmut Karalić, *Hadis i hadiske znanosti*, El Kelimeh, Novi Pazar 2010.

nehigijenu i siromaštvo u kome su rođeni. Tako npr. u superbogatom Kataru gde je društveni bruto proizvod po glavi stanovnika u 2010. bio 143.300 dolara, stopa rađanja po glavi stanovnika u istoj godini bila 15,4 na 1000 stanovnika.²³ Iste godine u Somaliji je društveni bruto proizvod po glavi stanovnika bio samo 600 dolara, dakle više od 200 puta manje. Istovremeno broj rođene dece na 1000 stanovnika u Somaliji je 43.33.²⁴ Koliko to nema veze sa ekonomijom vidi se iz podatka da je broj novorođene dece u Somaliji samo tri puta veći, a životni standard više od dvesta puta manji. Pri tome se u broj novorođenih mora uračunati i broj prekinutih trudnoća koje se u visokorazvijenom Kataru sprovode kada je utvrđeno da je plod oštećen, pa se abortus vrši u cilju zaštite zdravlja žene. Tako da bi broj rođenih u Kataru bio još veći ako bismo uračunali i broj dece koja se abortiraju zbog medicinskog saveta. Dok se u Somaliji rađaju sva deca, jer tamo i nema ginekologa koji bi prateći trudnoću savetovao prekid zbog oštećenja ploda. Ili recimo Brunej koji ima bruto produkt po glavi stanovnika od 50,300 u 2010. imao je u istoj godini stopu rađanja od 18 na 1000 stanovnika.²⁵ A Džibuti čiji je bruto produkt po glavi stanovnika 2800 dolara po glavi stanovnika imao je u istoj godini stopu rađanja od 25.58 na 1000 stanovnika.²⁶ Dakle, Brunej koji ima skoro dvadeset puta veći bruto produkt po glavi stanovnika ima skoro istu stopu rasta kao i siromašni Džibuti.

Dakle, definitivno se vidi da visok životni standard ne utiče previše na natalitet. Ali zato kulturni model koji se nudi itekao utiče. Forsira se shvatanja da žena i muškarac ne mogu imati ista prava. Da muškarac može imati četiri žene, dok žene istovremeno mogu imati samo jednog muža. Propagira se da razvod braka mnogo lakše može ostvariti muškarac. Da deca obavezno pripadaju ocu. Da žena ne sme da putuje u inostranstvo bez pristanka muža, a muž može da putuje sam gde hoće. Da žensko dete nasleđuje dva puta manje nego muško, utiče na kulturni model, a taj model propagira i zabranu abortusa i neprekidno rađanje sve dok se začće u životu žene dešava. A sve su to islamske norme. Tako da se vidi da rađanje mnogo više zavisi od kulturnog modela nego od ekonomije. Zbog svega toga sve svetske prognoze pokazuju da broj muslimana u ukupnoj svetskoj populaciji raste, i da će ako se sve to tako nastavi muslimani jednoga dana biti apsolutna većina svetske populacije sa tendencijom da praktično sve svetske religije osim islama nestanu i da ostane samo islam. Tako se predviđa da će

²³ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/qa.html> (dostupno 10.2.2010.)

²⁴ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/so.html> (dostupno 12.2.2010.)

²⁵ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/bx.html> (dostupno 12.2.2010.)

²⁶ <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/dj.html> (dostupno 12.2.2010.)

Avganistan sa 27 miliona stanovnika u 2007, do 2050. narasti na skoro 70 miliona. Alžir sa 33 miliona na 48 miliona, Bangladeš sa 158 na 255, Egipat sa 75 na 127 i tako dalje. Istovremeno će se stanovništvo povećavati i u najrazvijenijim i najbogatijim islamskim zemljama. Od 390 hiljada u Bruneju 2007. do 2050. stanovništvo će narasti na 690 hiljada, u Bahreinu od 753.000, 2007. na 1.115.000 2050, u Kuvajtu će od 2.851.000, 2007. do 2050. stanovništvo narasti na 4.900.000. Za to vreme pogledajmo šta će se desiti u razvijenim zemljama Zapada zahvaćenih sekularizmom. Belgijsko stanovništvo koje je 2007. brojalo 10.457.000, će se uprkos enormnoj imigraciji smanjiti u 2050. na 10.200.000, Finska će 2050. imati oko 400.000 manje nego što ih je imala 2007. Danska će 2050. imati 140.000 stanovnika manje nego što ih je imala 2007. A opet moramo imati u vidu da je i ona zemlja snažne imigracije. U nju se svake godine kao i u Belgiju sliva sve više, vrlo pronatalitetnih staranaca. Ali većinsko domicilno i sekularizovano stanovništvo toliko malo dece rađa da ni ti novodošli ne uspevaju da održe barem postojeći broj stanovnika.²⁷

Kako to izgleda sa tačke gledišta prosečne starosti stanovništva neka pokažu sledeći podaci. U zemljama gde je religijska tradicija jaka i gde nema emancipacije žene zamišljene na evropski način rađa se veoma mnogo dece, zato je prosečna starost stanovništva daleko niža nego u zemljama gde je sekularizacija zahvatila široke slojeve stanovništva, a emancipacija žena, koja odbacuje religiozne norme, veoma prisutna. Tako su najmlađe stanovništvo 2005. godine imali: Uganda sa prosečnom starošću 15,3 godine; Mali 16,0; Niger 16,0; Gvineja Bisau 16,2; Kongo 16,3; Malavi 16,4; Avganistan 16,4; Liberija 16,4; Angola 16,6; Jemen 16,7. Kako vidimo ovde izrazito muslimanske zemlje: Mali i Niger sa skoro 100% stanovnika muslimanske veroispovesti imaju najmlađe stanovništvo na svetu, zajedno sa sa Ugandom. U Ugandi je samo 16% muslimana. Ali ima i 18% paganskih vernika, dok je ostatak podeljen na rimokatolike i protestante čije je hrišćanstvo impregnirano tradicionalnim paganskim verovanjima.²⁸ Normalno, ovde je veoma važno izneti jednu činjenicu da na prosečnu starost ne utiče samo broj rađanja već i visoka smrtnost, zato što se radi o nerazvijenim zemljama. Ali je definitivno tačno i da su 10 pobrojanih zemalja pod velikim uticajem tradicionalnog načina života inspirisanih religijom. Od njih 10, 7 su članice Organizacije islamske konferencije (OIK). A u ostale tri su tradicionalna verovanja i paganski običaji toliko jaki da se zbog njih rađa veoma veliki broj dece. To su zemlje u kojima je i pored prisustva hrišćanstva veoma prisutno pagansko verovanje, bilo u formi čistog paganstva kao u Liberiji gde je pagana 40%, a muslimana 20%, ili kao

²⁷ Svi podaci navedeni prema 2008 *The New York Times, Almanac*, str.481-482.

²⁸ Isto, str. 480.

u Kongu gde je takođe 48% pagana, pored 50% hrišćana.²⁹ Paganska afrička verovanja podrazumevaju poligamiju, mnogo širu od islama, jer paganska afrička poligamija dozvoljava da muškarci imaju više desetina žena. A kada se radi o plemenskim poglavicama onda se taj broj može meriti i stotinama. Tako npr. Zambija koja ima hrišćansku većinu od 50-75%³⁰, ima dozvoljenu poligamiju, zato što je to plemenski običaj zasnovan na tradicionalnoj kulturi i religijskim verovanjima koji su sačuvani i kod sadašnjih hrišćana. Tako da neki izveštaji govore da je 16% brakova u Zambiji 2003. bilo poligamno.³¹

Stav islama o obavezi rađanja je sasvim legitiman. A kao što smo prethodno rekli identičan je stav drugih religija. Jer i Biblija poručuje da jevreji i hrišćani treba da se množe, da napune zemlju i vladaju njome. Dakle tu nema razlike. Druga je stvar što je u hrišćanskoj Evropi hrišćanstvo razbijeno i sve se više svodi na tradiciju. Pa takozvani hrišćani ili posthrišćani kada se njihovi sebični interesi sukobe sa zahtevima vere, u koju i ne veruju nego je prihvataju kao tradiciju, odlučuju se za svoje interese. To znači da odbijaju da rađaju decu nego seksualno zadovoljstvo koriste samo za individualno uživanje.

Koliko je hrišćanstvo razbijeno vidi se iz podataka da u Zapadnoj Evropi broj religioznih stalno opada. Svake godine u zemljama kao što je Nemačka, gde se plaća crkveni porez, broj onih koji taj porez plaćaju se smanjuje. Ali to ne znači da broj ateista raste u ukupnom rezultatu. Jer smanjenje religioznosti smanjuje i natalitet kako smo rekli, pa oni koji odbacuju religiju a to je domicilno stanovništvo, se stalno smanjuju u ukupnom stanovništvu. Istovremeno raste broj imigranata koji su potrebni da popune radna mesta koja fale, a koja su ostavili praznim domaćini koji ne rađaju. Tako da se broj religioznih u ukupnoj masi ne smanjuje. Jer su imigranti, pre svega muslimani, ali i ostali veoma religiozni. Samo se menjaju proporcije verskih zajednica. Sada je hrišćana manje a muslimana više. I taj se broj sve više menja u korist muslimana. *Mislimo da nije zgoreg ponoviti gore iznete činjenice* da pojedini analitičari predviđaju da će jednog dana Evropa postati dominantno muslimanska. To bi se moglo desiti jer je broj rođene dece po majci u Evropi pao na 2,1 dete a to je nedovoljno da bi se pariralo stopi smrtnosti. Ako se ne bi dozvolio priliv stranaca do 2075. godine broj stanovnika Evrope bi pao za 100 miliona. Muslimani sada čine oko 5% stanovnika i njihov natalitet je daleko veći. Što je posebno važno, priča se da će se mnogi Evropljani zbog straha od broja muslimana čak iseliti u SAD³².

²⁹ Isto, str. 558.

³⁰ Isto, str. 703.

³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Polygamy_in_Zambia (dostupno 15.2.2011.)

³² <http://www.serbianna.com/columns/jevtic/011.shtml> (Dostupno 2.9.2011.)

Samo ona hrišćanska društva u kojima je religioznost velika, imaju i veliki natalitet. To je slučaj sa Latinskom Amerikom gde je uticaj rimokatoličke crkve vrlo jak. Slične se tendencije viđaju na Filipinima i u nekim zemljama crne Afrike. Ali, kako smo gore rekli pronatalitetna politika u zemljama crne Afrike je posledica veoma velikog uticaja tradicionalnih verovanja. Ta verovanja su toliko jaka da onemogućavaju planiranje porodice, abortuse itd. Među najpoznatijim poligamnim ljudima u Africi bio je Asentus Ogvela Akuku poznatiji kao Akuku Opasnost. Umro je oktobra meseca 2010. godine, znači naš je savremenik. On je imao u toku života više od 100 žena, razveo se od 30, optužujući razvedene za neverstvo. Imao je 160 dece.³³ Koliko je to rašireno najbolje se vidi iz činjenice da predsednik Južne Afrike Džekob Zuma, koji je na funkciju stupio 2009. ima tri supruge³⁴. U isto vreme on je pripadnik protestantske verske zajednice "Puna jevanđeoska crkva Južne Afrike".³⁵ A notorna je činjenica da hrišćanstvo propagira bračnu vernost i jedan legalni brak. Predafrička verovanja su ovde toliko jaka da ih čak i hrišćanske crkve prihvataju. Sasvim je jasno da se iz takvih brakova rađa puno dece. Zuma je otac 20-oro naslednika. Zuma je poznat kao religiozan čovek koji svoju i vladavinu vladajuće partije "Afrički nacionalni kongres" opravdava božjom voljom.³⁶

Kako vidimo, tradicionalna verovanja kombinovana sa hrišćanstvom na koje se predsednik Zuma poziva, pokazuju kako je poligamija i rađanje velikog broja dece posledica tog religijskog uverenja. Pogotovu zato što pozivanje na Isusa, što Zuma čini, obavezno upućuje i na seksualnu smernost a ne poligamiju. Time je više nego očigledno da su opravdanje za poligamiju koju Zuma konzumira, posledica politeističke tradicije koja je prethodila hristijanizaciji, i da je religija koju Zuma ispoveda sinkretičko jedinstvo hrišćanstva i politeizma odnosno tradicionalnog afričkog verovanja.

Problem sa kojim se suočavaju protestantske crkve u Africi još više muči rimokatoličku crkvu. Veliki broj ljudi krštenih u rimokatoličkoj crkvi je u poligamnim vezama. Te poligamne veze kao što su brojni brakovi pomenutog Akukua dovode do veoma brojnog potomstva, što je dokaz muškosti, a ona je dar od Boga, koji ovde otelovljuje razna urođenička božanstva. Ali problem je za crkvu što ona ne može da prihvati takve

³³ <http://www.capitalfm.co.ke/news/Kenyanews/Polygamist-Akuku-Danger-dies-at-94-10028.html> (dostupno 12.2.2011.)

³⁴ Mokong Simon Mapadimeng, *Culture versus Religion: A Theoretical Analyses of the Role of Indigenous African Culture of Ubuntu in Social Change and Economic Development in the Post-Apartheid South African Society*, *Politikologija religije* br.1/2009. Godina 3. Dostupno na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/mokong%20simon.pdf (12.9.2011.)

³⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Jacob_Zuma#Wives (dostupno 12.2.2011.)

³⁶ <http://www.ekkleisia.co.uk/node/8133> (dostupno 12.2.2011.)

brakove, jer nisu sklopljeni prema crkvenim zakonima već prema tradicionalnim predhrišćanskim religioznim normama. O tome je veoma otvoreno, kao o velikom problemu, govorio Džozef Onsei Bonsu, biskup iz Gane. Biskup konstatuje da je veliki broj ljudi u Africi poligaman i da stoga ne može da prima svete tajne, jer su crkvena pravila jasna. Ne može se biti poligaman i biti član crkve. Međutim, te se stvari tolerišu, jer religiozna predhrišćanska verovanja preživljavaju. U takvim poligamnim zajednicama se rađa puno dece, što utiče na visok natalitet.³⁷

Slična je situacija i u drugim religijama. Tako je npr u hinduizmu pronatalitetna politika utkana u veru i panteon indijskih bogova ima i mnoštvo boginja. Njihova božanska ličnost je povezana iznad svega sa materinskom ulogom. O tome su veoma detaljno pisali brojni autori³⁸

Za sam kraj teksta valja potvrditi sledeće: više je nego očigledno da religija veoma bitno utiče na natalitet. Utiče mnogo više nego neki drugi činioci koju su do sada isticali kao uzrok pronatalitetnog ponašanja. Stoga svako ko se bavi politikom međuverških odnosa na planeti ili demografskom politikom mora da na ovu činjenicu obrati više pažnje.

Bibliografija

- Anani Linda, Women in contemporary Arab and Islamic legal system, *Strani pravni život*, br.1/2009.
- Babita and Sanjay Tewari, The History of Indian Women: Hinduism at Crossroads with Gender, *Politikologija religije* br1/2009. Godina 3.
- *Blic*, Beograd
- Dragan Novaković, Islamska zajednica u funkciji ostvarivanja albanskih nacionalnih interesa, *Politikologija religije*, br.1/2007. Godina 1.
- *Le Figaro*, Paris
- John Rex, Secular Substitutes for Religion in the Modern World, *Politikologija religije*, br.1/2007. Godina 1.
- Luca Ozzano, Religious Fundamentalism and Democracy, *Politikologija religije* br.1/2009, Godina 3.
- Courbage Youssef, Philippe Fargues, *Chrétiens et Juifs dans l'Islam Arab et Turc*, Fayard, Pariz, 1992.
- Mahmut Karalić, *Hadis i hadiske znanosti*, El Kelimeh, Novi Pazar 2010.
- Miroljub Jevtic, *Political Science and Religion*, *Politikologija religije*, br.1/2007. Godina 1.

³⁷ www.ccee.ch/ressourcen/download/20080512151154.doc (dostupno 12.2.2011.)

³⁸ Babita and Sanjay Tewari, The History of Indian Women: Hinduism at Crossroads with Gender, *Politikologija religije*, br1/2009. Godina 3. Dostupno i na http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/babita%20tewari.pdf (9.9.2011.)

Miroljub Jevtić, Fanefijski fikh i moderna srpska pravna istorija, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2007, Godina 55.

-Miroljub Jevtic, Religion and Relations between genders, *Politikologija religije*, br.1/2008. Godina 2.

- Olga Jović, Pravo deteta i zdravstvena zaštita, *Strani pravni život*, br.1-2/2007

Politika

Stephen Hunt, Pentecostal Political Activism in the USA and the UK: a Comparative Analyses, *Politikologija religije*, br.1/2008- Godina 2

- Mokong Simon Mapadimeng, Culture versus Religion: A Theoretical Analyses of the Role of Indigenous African Culture of Ubuntu in Social Change and Economic Development in the Post-Apartheid South African Society, *Politikologija religije* br.1/2009. Godina 3

-The New York Times, Almanac 2008

Sajtovi

<http://www.sarahpac.com/sarabs-story>

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/qa.html>

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/so.html>

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/dj.html>

http://en.wikipedia.org/wiki/Polygamy_in_Zambia

http://www.politicsandreligionjournal.com/images/pdf_files/engleski/volume3_no1/mokong%20simon.pdf

http://en.wikipedia.org/wiki/Jacob_Zuma#Wives

<http://www.ekkesia.co.uk/node/8133>

www.ccee.ch/ressourcen/download/20080512151154.doc

Miroljub Jevtić, PhD

Faculty for Political science,
Belgrade

RELIGION AND BIRTHRATE

Treating fertility problems of Serbia 's populations, authors neglected religious affiliation. But it is very important. Because, facts shows that in terms of the same economic conditions different religious groups have different birthrate .It is obvious that Muslim population leads in the number of births. But the situation is similar with other religious communities if we speak about people with strong faith. Those facts make significant political and demographic consequences .Thats'why researchers have to pay more attention to this problem.

Keywords: Birthrate, Religion, Law, Politology of Religion, Influence, Political consequences

Mr Vesna Ćorić Erić
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK:336.2.026.26:395
Originalni naučni rad

UPOREDNOPRAVNA ANALIZA PORESKIH OLAKŠICA U OBLASTI KULTURE

U radu se prvenstveno izlažu poreskopравни režimi određenih evropskih zemalja u pogledu propisanih poreskih olakšica, koje se odnose na kulturni sektor. Autor, uprkos usredsređenosti na analizu indirektnih izvora finansiranja kulture, izvesnu pažnju posvećuje i direktnim vidovima finansijske podrške kulturnom sektoru. Takođe, osim standardnih izvora finansiranja kulturnog sektora, proučavaju se i pojedine inovativne mere finansijske podrške kulture. Nakon toga, u završnom delu rada iznose se zaključci do kojih je autor došao analizom uporednopравnih rešenja u domenu poreske politike.

Ključne reči: poreske olakšice; poreska politika; kultura; finansiranje, upoređivanje

I UVODNA RAZMATRANJA

Poreska politika predstavlja moćan instrument koji značajno doprinosi funkcionisanju i unapređivanju kulturnog sektora. I pored toga, mere poreske politike ne treba smatrati jedinim izvorom finansiranja kulturnog sektora. Budžetska izdvajanja za kulturu i donacije privatnog sektora, pored poreza, takođe predstavljaju značajne izvore finansiranja kulturnih delatnosti.

Uprkos nesumnjivom značaju svih vidova finansiranja kulture, analiza se usredsređuje na proučavanje mera poreske politike, ne ulazeći, pri tom, u detaljno proučavanje direktnih izvora finansiranja kulturnog sektora. Tako se postupa zbog značaja koji se pridaje merama poreske politike. Naime, poreska mere se smatraju ne samo ključnim izvorom finansiranja kulture, već i faktorom koji pospešuje delovanje direktnih izvora finansiranja kulture. Tako mere poreske politike kao indirektan izvor finansiranja kulture, neposredno utiču na direktne izvore finansiranja kulture i to kako na javno, tako i na privatno finansiranje.¹

¹ The Way to Cultural Diversity in Tax Policies“ *The Ernst &Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector*, November 2010, str. 17, dostupno na Internet adresi:

Naime, razmere privatnog finansiranja kulture, koje se ostvaruje putem donacija, poklona i dobrotvornih davanja, su u velikoj meri uslovljene postojećim sistemom poreskih olakšica u datom društvu.

Takođe, obim direktnog javnog finansiranja kulturnog sektora odn. budžetskog izdvajanja za kulturu je zavistan od sredstava prikupljenih merama poreske politike. U tom smislu se svaka država suočava sa izazovom pronalaženja odgovarajućeg balansa između, s jedne strane, pribegavanja merama direktnog javnog finansiranja odn. izdvajanja za kulturu iz državnog budžeta i s druge strane, oslanjanja na tehnike poreskih olakšica.

Pitanje iznalaženja adekvatnih i efikasnih mera poreske politike kojim bi se unapredilo finansiranje i razvijanje kulture je postalo posebno aktuelno u uslovima globalne ekonomske krize, s obzirom da su pojedine države ograničile direktna izdvajanja za kulturu,² dok je u drugima zaustavljen dalji rast direktnog javnog finansiranja kulture.

U radu se proučavaju poreski tretmani koji se primenjuje na kulturni sektor u državama članicama Evropske unije (Velika Britanija, Italija, Španija, Slovenija, Bugarska). Takođe se izlaže poreskoppravna regulativa Ukrajine koja nije članica Evropske unije kako bi se stekao uvid u postojeće različitosti između država članica i nečlanica EU u pogledu poreskoppravnih režima u oblasti kulture. Između ostalog, prikazuju se, uz klasične mere poreske politike i izvesni inovativni vidovi finansijske podrške kulturi, koji mogu poslužiti kao primeri dobre prakse pri daljem unapređivanju nacionalne poreske regulative.

II PORESKA REGULATIVA VELIKE BRITANIJE

Britanski model je dugo vremena karakterisala aktivna uloga privrednih društava u pružanju podrške kulturnom sektoru, dok pojedina novija rešenja dovode do sve intenzivnijeg učešća pojedinaca, odnosno jačanja individulane podrške umetnosti.

Naime, od aprila 2000, u okviru vladine strategije *Podsticanje dotiranja*, počeo je da se primenjuje izmenjeni režim kako bi se podstakla davanja u dobrotvorne svrhe. Nakon izmene zakona kojim se reguliše oporezivanje dobrotvornih organizacija,³ ministar nadležan za finansijska

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/International-survey_tax-policies-favoring-culture/\\$FILE/The-way-to-cultural-diversity-in-tax-policies.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/International-survey_tax-policies-favoring-culture/$FILE/The-way-to-cultural-diversity-in-tax-policies.pdf). 10.07.2011.

² Na primer, Velika Britanija, Španija, Ukrajina, Sjedinjene Američke Države, Brazil, Južnoafrička Republika, Meksiko, videti: "The Way to Cultural Diversity in Tax Policies" *The Ernst & Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector*, November 2010, str. 27.

³ Vid. *Charity Tax Law*, navedeno prema *Country Profile -United Kingdom*, dostupno na: <http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-download.php?pcid=1490>, 11. 06. 2011.

pitanja predložio je značajna poboljšanja poreskog tretmana za poklone koji se daju u dobrotvorne svrhe. Izmene su delom izvršene kako bi se ohrabrila izdvajanja privatnog sektora kulturnom, odnosno da bi se dopunila javna sredstva koja se izdvajaju za umetnost, muzeje i kulturno nasleđe, kao i u cilju povećanja novčanih iznosa koji se daju dobrotvornim organizacijama. Mnoge kulturne organizacije u Velikoj Britaniji imaju status dobrotvornih organizacija, te zahvaljujući pomenutim izmenama zakona mogu da koriste navedene poreske povlastice.

Postoje brojne poreske olakšice koje imaju za cilj da podstaknu saradnju između javnog i privatnog sektora. Na primer, ukoliko preduzeće privremeno pomaže zaposlenog u dobrotvornoj ili obrazovnoj ustanovi, koja u pojedinom slučaju može biti i umetnička organizacija, troškovi zarade i drugi troškovi, koje bi poslodavac i dalje plaćao, odbijaju se od poreza.

Vlada je uvela investicionu šemu s ciljem pomaganja malim preduzećima da prikupe novac. Investicionom šemom se predviđaju oslobođenja od poreza na kapitalni dobitak za investitore koji ulažu minimalni iznos od 1000 britanskih funti.⁴

Britansko pravo predviđa mogućnost tzv. *Preuzimanja umesto*, koja je ustanovljena još 1947. godine.⁵ Naime, njome se omogućava poreskim obveznicima, da izmire bilo deo duga po osnovu dospelog poreza na nasleđivanje, poreza na prenos kapitala ili poreza na imovinu, bilo obavezu u celosti, ustupanjem umetničkog dela ili drugog predmeta u javnu svojinu Upravi unutrašnjih prihoda. Da bi bio podoban za oslobođenje od poreza, predmet mora biti od posebnog nacionalnog, naučnog, istorijskog ili arhitektonskog značaja. Najčešće se radi o antikvitetima, umetničkim delima, pa i o arhivskoj građi.

Na osnovu pomenutog programa, tokom 2006-2007, Velika Britanija je prikupila umetnička dela i predmete iz zaostavštine u približnom iznosu od 25.3 miliona britanskih funti. U ime Vlade, ovaj program sprovodi Savet muzeja, biblioteka i arhiva (MLA), tačnije desetočlana komisija koju Savet obrazuje.⁶ Pojedinci koji ustupaju predmete po osnovu programa *Preuzimanja umesto* imaju pravo da ostanu anonimni, mada se izvesni broj njih, zbog lične promocije i reputacije koju stiču na taj način, ipak opredeljuje da bude imenovan. Atraktivnost ove šeme objašnjava se pogodnostima koje imaju poreski obveznici koji se opredele za njenu primenu odnosno koji se podvrgnu predviđenom režimu. Naime, korisnicima

⁴ *Ibid.*

⁵ Tačnije, začeci pomenute šeme se nalaze u Zakonu o finansiranju iz 1910. godine kojim se omogućava da se poreske obaveze namiruju ustupanjem dobara. Vid: „Acceptance in Lieu Report 2009-2010“, http://www.mla.gov.uk/what/cultural/tax/acceptance_in_lieu.

⁶ Osnovna nadležnost Komisije se svodi na ispitivanje i ocenu podobnosti i tržišne vrednosti ponuđenih predmeta. U tom cilju se konsultuju kustosi, procenitelji i nezavisni stručnjaci. Više o tome: In-Practice, Acceptance in Lieu, Give and Take, dostupno na: <http://www.coramjames.com/press/pdf/acceptance-in-lieu.pdf>.

šeme se ustupanjem odnosnog dobra odobrava odbitak od poreza u iznosu od pune tržišne vrednosti odnosnog dobra. Pri tom se u proseku ostvaruje za 17% veća vrednost primenom šeme *Preuzimanja umesto* nego što bi se ostvarila prodajom dobra na slobodnom tržištu po identičnoj tržišnoj ceni. Do toga dolazi pre svega zbog toga što se primenom šeme *Preuzimanja umesto* pruža posebna pogodnost korisnicima šeme na taj način što se izbegava plaćanje dodatnih troškova koji su imanentni prodaji na slobodnom tržištu. Pored toga, korisnicima šeme se odobrava trajno umanjeње iznosa odnosnog poreza za 25%.⁷

Knjige su oslobođene od plaćanja poreza na dodatu vrednost. Od poreza su izuzeti i pojedini, poimenično određeni, umetnički artikli.

Uprava unutrašnjih prihoda je međutim odlučila da se umetnici oporezuju u pogledu primljenih nagrada i dobroćinih davanja.

Kreativni umetnici, poput pisaca, dirigenata, dramskih pisaca, itd. mogu da se sporazumeju s predstavnicima Uprave unutrašnjih prihoda da porez paušalno plaćaju, ukoliko su u mogućnosti da dokažu da su njihovi prihodi u značajnoj meri fluktuirajući, usled toga što u određenom periodu više vremena provode u stvaralačkom procesu, kada ostvaruju prihod niži nego obično.

Od 2000, odnosno nakon izmena Zakona iz 1989,⁸ neprofitne organizacije čiji se prihod koristi isključivo za održavanje nasleđa mogu da zahtevaju oslobođenje po osnovu ostvarenih donacija – u iznosu od 28 penija na svaku doniranu britansku funtu.

Izdvajanje dela prihoda Nacionalne lutrije za podršku kulturi svakako predstavlja značajnu inovativnu meru finansiranja kulture.⁹

⁷ Vidi: Mike Watson, „The Tax Laws and Art Collecting“, <http://www.artcollecting.co.uk/art-collecting-and-tax-law.html>. 20. 07. 2011.

⁸ Zakonom o finansiranju iz 1989. godine je bilo uvedeno da se oslobođenje primenjuje isključivo na novčane donacije u minimalnom iznosu od 600 funti, dok je Zakon o finansiranju iz 2000. godine ukinuo predviđena ograničenja. Vidi: Inland Revenue, Gift Aid and Admission Charges, http://www.hmrc.gov.uk/charities/day_memberships_letter1.pdf. 22. 07. 2011.

⁹ Finansiranje kulture prihodima državne lutrije poznaju i mnoga druga evropska zakonodavstva. U Saveznoj Republici Nemačkoj se saveznim aktom o državnoj lutriji prepušta federalnim jedinicama da detaljno regulišu raspodelu prihoda ostvarenih igarama na sreću. Tako, na primer zakonodavstvom Donje Saksonije predviđa se da se iz pomenutih prihoda najčešće finansiraju programi iz oblasti kulture, umetnosti, zaštite životne sredine i razvojni projekti. Vid. „Uporednopravna regulativa u oblasti priređivanja igara na sreću“, str. 9, dostupno na: www.toto-lotto-nds.de. 12.06.2011. U Švarcaskoj se saveznim Zakonom o lutriji prepušta kantonima da dele prihode od državne lutrije. U kantonu Argau u Švajcarskoj se iz odnosnih prihoda na projekte za kulturu u širem smislu izdvaja 3/4 prihoda – dok su socijalna zaštita i druge oblasti od opšteg interesa u drugom planu. Takođe u pogledu izdvajanja lutrijskih prihoda za finansiranje kulture, videti Zakon o priređivanju igara na sreću i nagradnih igara Republike Hrvatske i Zakon o igrama na sreću Republike Srpske, dostupan na Internet adresi:

Nacionalna lutrija je ustanovljena sredinom devedesetih godina prošlog veka u cilju pružanja podrške projektima od društvenog značaja. U projekte od društvenog značaja koji se finansiraju iz lutrije spadaju umetnost, dobrotvorne organizacije, sport, očuvanje kulturnog nasleđa, zdravlje, obrazovanje i zaštita životne sredine. Dok je način delovanja Nacionalne lutrije u početku bio kritikovan zbog usredsređenosti na kapitalne projekte, kasnije su nastupile promene kako bi se omogućilo finansiranje i manjih projekata odnosno dostupnost sredstava širem krugu subjekata. Među predstavnicima kulturnog sektora je u velikoj meri osporavana, izazivajući oštre i negativne reakcije, odluka o finansiranju Olimpijskih igara 2012. godine iz sredstava Nacionalne lutrije, imajući u vidu da takva odluka neminovno dovodi do umanjavanja lutrijskih sredstava koja se izdvajaju za kulturu.

III PORESKA REGULATIVA ŠPANIJE

Fondacije i udruženja koji obavljaju delatnost od javnog interesa, kao i međunarodne razvojne agencije, ukoliko ispunjavaju uslove predviđene Zakonom kojim se regulišu poreske olakšice za neprofitne organizacije i sponzorstva uživaju prava na različita poreska oslobođenja.¹⁰ Ovim zakonskim aktom se detaljno uređuju oslobođenja od državnih i lokalnih dadžbina na koja polažu prava neprofitne organizacije, obuhvatajući, između ostalog, opštinske takse na kapitalnu dobit stečenu prodajom gradskog zemljišta.

Fizička lica i privredna društva, koja su dotirali i investirali u nevladine organizacije, imaju pravo na oslobođenje od poreza na dohodak odn. dobit u visini novčanog iznosa koji je dotiran odnosnim neprofitnim organizacijama.

Slična poreska oslobođenja su predviđena i za regionalne kulturne organizacije, državne univerzitete i fakultete, Institut *Servantes* i druga tela koja su ustanovljena radi promovisanja regionalnih jezika. Naime, prethodno pomenuta tela mogu da uživaju poreske pogodnosti u pogledu učinjenih donacija.

Niža stopa poreza na dodatu vrednost predviđena je za pojedina kulturna dobra i usluge (npr. knjige, novine, umetnička dela, antikviteti, karte za pozorište, bioskop, muzeje, sportske manifestacije).¹¹ Zbog

http://www.narodnaskupstinars.net/lat/zakoni/zakon.php?id_zakona=550. 12. 06. 2011, kao i pravne akte Italije, Poljske, Danske i Finske. *Ibidem*.

¹⁰ *Act on Tax Exemptions for Non-profit making Organisations and on Sponsorship*, (49/2002 Act). Vid: "Funding Contemporary Art Collections and Collecting in the Regions: Models, Partnerships and International Comparisons," June 8, dostupno na Internet adresi: www.artscouncil.org.uk/.../full_report.doc. 22. 07. 2011.

¹¹ *Zakon o porezu na dodatu vrednost* (37/1992).

ekonomske krize, povišena je 2010. godine standardna stopa poreza na dodatu vrednost i pri tom je ukinuta primena niže stope u pogledu pojedinih kulturnih dobara.

Važno je napomenuti da je za umetnike predviđeno poresko oslobođenje za značajne književne ili naučne nagrade.¹²

Pravni poredak takođe predviđa jedan specifičan hibridni i inovativni oblik finansiranja kulture. Naime, ustanovljeni su posebni doprinosi za finansiranje održavanja i unapređivanja kulturnog nasleđa, u visini od 1% od troškova izgradnje objekata.¹³ U načelu, najveći broj poreskih olakšica predviđen je upravo za oblast zaštite kulturnog nasleđa.¹⁴

IV PORESKA REGULATIVA ITALIJE

Izveštaj *Ernst & Young* o poreskoj politici u kulturnom sektoru iz 2010. godine svedoči da su poreske olakšice najzastupljenije u oblastima muzičke i filmske produkcije i u domenu zaštite kulturnog nasleđa.¹⁵ Tako su, između ostalog, 2008. godine stupili na snagu posebni fiskalni podsticaji, u vidu poreskih kredita, koji se primenjuju na ulaganja u kinematografsku industriju.

Osamdesetih godina prošlog veka je usvojen zakon u cilju podsticanja dotiranja kulturnog sektora kroz učešće privatnog sektora. Naime, Zakon (582/82) je predvideo potpuni odbitak od oporezivog prihoda:

- 1) svih donacija i sponzorstva učinjenih od strane pojedinaca i privrednih subjekata,
- 2) kao i izdataka za restauraciju objekata kulturnog nasleđa koji su u privatnoj svojini.

Pomenuta rešenja su dovela do naglog porasta kapitalnih investicija za obnavljanje palata, dvoraca i istorijskih vrtova.¹⁶

Iznos pomenutih podsticaja je bio progresivno umanjivan naknadnim budžetskim zakonima, a naročito Zakonom o budžetu iz 1992. godine, kada su poreski odbitci, koji su bili povoljniji za građane koji su podvrgnuti višim poreskim stopama bili preinačeni u poreske kredite, do 19 % od iznosa

¹² Član 7.1. Zakona o porezu na prihode (35/2006) i član 3. Odluke (439/2007) kojom se odobravaju propisi koji regulišu porez na dohodak.

¹³ "The Way to Cultural Diversity in Tax Policies" *The Ernst & Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector*, November 2010, str. 15.

¹⁴ "The Way to Cultural Diversity in Tax Policies" *The Ernst & Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector*, November 2010, str. 7.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Country Profile – Italy*, str. 45, dostupno na Internet adresi: <http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-news.php?cid=1250>, 17. 07. 2011.

donacije, kako bi bili jednaki za sve građane, neprofitne organizacije i privredna društva.¹⁷

Nakon približno 20 godina, uvode se ponovo potpuni odbitci po osnovu privatnih donacija učinjenih pod zakonom propisanim uslovima. Naime, privatne donacije, ukoliko su namenjene za neku od kulturnih organizacija, sa liste koju je sastavilo ministarstvo nadležno za pitanja zaštite kulturne baštine, ponovo se u potpunosti odbijaju od oporezivanja. Zakon iz 2000. godine, doduše, predviđa u tom pogledu ograničenja ukoliko se kao donatori pojavljuju privredna društva. Tačnije, Zakon¹⁸ propisuje za privredna društva maksimalni iznos potencijalnih gubitka prihoda države po osnovu odbitaka dotiranog iznosa koju su ta društva učinila u prethodno navedene svrhe. Postavljena gornja granica iznosi 52 miliona evra.¹⁹

U početku, primena zakona nije dala očekivane rezultate. Iznos prikupljenih donacija je bio 16 miliona evra u 2001. godini. Narednih godina, iznos ostvarenih donacija je značajno porastao, tako da je 2007. godine dostigao 31, 6 miliona evra.

U cilju daljeg podsticanja izdvajanja privatnog sektora za kulturu, nastojali su se učiniti što atraktivnijim poreski podsticaji za pojedince i neprofitne organizacije. Zbog toga je ocenjeno da bi trebalo slediti model SAD-a, gde približno 75% privatnih donacija zapravo potiču od pojedinaca.²⁰ Pogodnije poreske olakšice mogu značajno pospešiti podršku pojedinaca kulturnom sektoru. U svakom slučaju, konačni dogovor između Ministarstva kulture, koje je, između ostalog, nadležno za zaštitu kulturnog nasleđa i Ministarstva privrede još uvek nije postignut, što nije ni malo iznenađujuće, imajući u vidu da se Ministarstvo privrede, istorijski, uvek protivilo takvim merama.

U Italiji je propisana niža stopa poreza na dodatu vrednost za kulturna dobra u poređenju sa redovnom stopom poreza na dodatu vrednost.²¹

Italijanski pravni poredak takođe predviđa finansiranje kulturnog sektora iz ostvarenih prihoda Nacionalne lutrije. Specifičnost italijanskog modela, u poređenju sa prethodno analiziranom regulativom Velike Britanije ogleda se

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Law 342/2000, *Official Journal of the Italian Republic* No 276 of 21/11/2000, dostupno na Internet adresi: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/220366/220366_683333_5_1.pdf

¹⁹ Minicifre per la Cultura 2009, videti: International Tax Alert, International Tax Services, January 30, 2004. dostupno na Internet adresi: [http://www.ey.be/EYBE/inttaxal.nsf/f9f46399e47ff7f5c12573d000344642/13b42763f0088752c1256e32003ee79f/\\$FILE/A2004-06.pdf](http://www.ey.be/EYBE/inttaxal.nsf/f9f46399e47ff7f5c12573d000344642/13b42763f0088752c1256e32003ee79f/$FILE/A2004-06.pdf). 22. 07. 2011.

²⁰ "Sponsorship and Alternative Financing for Culture - Broadening the fiscal support base for cultural activity", dostupno na: <http://www.labforculture.org/en/home/contents/floating-pages/articles/sponsorship-and-alternative-financing-for-culture>. 20. 07. 2011.

²¹ Country Profile – Italy, dostupno na Internet adresi: <http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-news.php?cid=1250>, 17. 07. 2011.

u fiksnim iznosima koji se na godišnjem nivou izdvajaju iz Nacionalne lutrije za zaštitu kulturnog nasleđa. Nasuprot tome, režim Velike Britanije (kao uostalom i pojedinih drugih država, npr. Poljske, Finske, Danske) je varijabilan pošto predviđa da se za kulturu izdvajaju sume u određenom procentu od ukupno ostvarenih prihoda.²²

V PORESKA REGULATIVA BUGARSKE

U cilju podsticanja pojedinaca i privrednih društava na sponzorisanje razvoja umetnosti i kulture, poresko pravo predviđa poreske odbitke, kako za rezidentna, tako i za nerezidentna fizička i pravna lica. Taj odbitak iznosi do 10% za donacije u kulturne svrhe, kao i za konzervaciju i restauraciju istorijskih i kulturnih spomenika.²³

Umetnici plaćaju poreze na osnovu Zakona o porezu na dohodak, koji im omogućava da odbiju 25% odnosno 40% izdataka, od oporezovog prihoda, u zavisnosti od toga da li su ih ostvarili stvaranjem umetničkih, naučnih i kulturnih dela, po osnovu narodne umetnosti i zanatstva, ili kroz naknade za autorska dela.²⁴ Imajući u vidu, specifičnost kreativnog rada, zakonodavstvo pruža mogućnost za uprosečavanje prihoda koje su ostvareni stvaralačkim radom, u periodu dužem od jedne godine (npr. pisanje knjige), a kraćem od četiri godine. Umetnici su dakle u mogućnosti da izbegnu podvrgavanje progresivnom godišnjem porezu na dohodak.

U Bugarskoj se primenjuje jedinstvena stopa poreza na dodatu vrednost od 20% na sve vrste proizvoda – uključujući kulturna dobra i usluge.²⁵

Trenutno se pred Narodnom skupštinom razmatra predlog zakona kojim bi se predvidele poreske olakšice kojima bi se podstakao razvoj nacionalne kulture.²⁶

²² Klammer, A., L. Petrova and A. Mignosa, 2006, *Financing the Arts and Culture in the European Union*, European Parliament's Committee on Culture and Education, dostupno na Internet

adresi:

<http://www.europarl.europa.eu/EST/download.do?file=13231#search=%20Financing%20the%20arts%20and%20culture%20in%20the%20Eu%20>, 18. 07. 2011.

²³ Iznos poreskih odbitaka je bio povećan sa 5% na 10% po osnovu izmena i dopuna Zakona o porezu na dobit privrednih društava, koje su usvojene početkom 2002. godine. Videti: *Report of the National Commission of the Republic of Bulgaria for UNESCO*, March 2003, str. 1, dostupan na Internet adresi:

<http://portal.unesco.org/culture/en/files/33855/11781239843Bulgaria.doc/Bulgaria.doc>, 09. 07. 2011.

²⁴ Vid: The Personal Income Tax Act, State Gazette – No. 94/30.11.2010, stupa na snagu 01.01.2011, dostupan na Internet adresi: <http://sb-bg.com/2011/02/11/personal-income-taxes-act/>, 11.07.2011. Do stupanja odnosnog zakona na snagu, obračunavala se jedinstvena stopa od 50%.

²⁵ *Country Profile Bulgaria*, str. 38, dostupno na Internet adresi:

<http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-news.php?cid=1090>, 11. 07. 2011.

VI PORESKA REGULATIVA SLOVENIJE

Od januara 2005. godine, autori više nemaju pravo na odbitak u vrednosti od 40% poreza na dohodak po osnovu materijalnih izdataka. Ovaj odbitak je bio umanjen na 10%, bez ikakvih mogućnosti da se opravdaju stvarni troškovi. Ukoliko autor redovno prijavljuje svoje aktivnosti, smanjenje iznosi 25%.

Samozaposleni u oblasti kulture i dalje uživaju pravo da odbiju 40% iznosa od oporezive osnovice poreza na prihode, ukoliko zarade manje od 25 000 evra. Ukoliko njihova zarada premašuje 25 000 evra, oni moraju da podnošenjem priznanica i računa opravdaju svoje stvarne troškove.

Novi Zakon o porezu na dohodak koji je stupio na snagu 2007. godine, sadrži izvesne izmene.²⁷ Tako se na primer, umesto odbitka u iznosu od 2% za kupovinu određenih dobara i usluga (uključujući knjige, slike i ulaganje u spomenike) uvodi se nova odredba na osnovu koje se utvrđuje odbitak u iznosu od 0,5 % u svrhe javnog interesa, obuhvativši kulturu tom formulacijom.

Novi Zakon o porezu na dobit je uveo odbitak u iznosu od 0.3% za donacije u različite svrhe, kao i poseban odbitak za kulturu u iznosu od 0, 2% oporezive dobiti, uz mogućnost njegovog uprosečavanja u trogodišnjem periodu.²⁸

Umanjena stopa poreza na dodatu vrednost se primenjuje na knjige, bioskopske karte i priredbene manifestacije, dok redovna stopa iznosi 20%. Kulturne usluge koje pružaju neprofitne organizacije u oblasti kulture su oslobođene od plaćanja poreza na dodatu vrednost. Oslobođenje od poreza na dodatu vrednost se primenjuje i na umetnike ukoliko njihov godišnji poslovni promet ne prelazi 25 000 evra i ukoliko se oni izjasne u tom pravcu. Od posrednog oporezivanja se izuzimaju pokloni učinjeni muzejima, bibliotekama i arhivima.²⁹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Slovenian Personal Income Tax Act (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 117/06) and subsequent amendments, dostupno na Internet adresi: www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TIES/Documents/SLOVENIA_2010_TIES.pdf; 11. 07. 2011.

²⁸ Slovenia: Domestic Corporate Taxes, dostupno na Internet adresi: http://www.lowtax.net/lowtax/html/slovenia/slovenia_domestic_corporate_taxation.asp; 22. 07. 2011.

²⁹ *Country Profile - Slovenia* str. 49, dostupno na Internet adresi: <http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-news.php?cid=1430>; 11.07. 2011.

VII PORESKA REGULATIVA FRANCUSKE

Iako nisu propisane posebne poreske mere koje bi se odnosile na kulturni sektor u celini, mnogobrojne specifične mere se primenjuju u različitim segmentima kulture.

Tačnije, poreske mere se primenjuju u pet oblasti koje se tiču kulture:

- književna i umetnička dela;
- zaštita kulturnog nasleđa;
- razvoj i širenje kulture;
- bioskopi;
- audiovizuelna i snimljena muzika;
- štampa i izdavaštvo.

Ove mere prevashodno obuhvataju: oslobođenje od poreza na dohodak, umanjeње ili oslobođenje od poreza na dodatu vrednost (5,5%, 2,1% ili za određena dobra potpuno oslobođenje); izuzimanje od plaćanja poreza na ekstra dohodak i registarskih taksi. Primenjuju se pod zakonom propisanim uslovima.³⁰

Specifičnost francuskog sistema finansiranja kulture predstavlja, pre svega, visok stepen direktnog učešća javnog sektora u finansiranju kulture.³¹ Takođe, nasuprot ranije izloženom konceptu britanskog prava, osobenost francuskog modela ogleda se u tome što poreske olakšice koje su uvedene 2003. godine podstiču pre svega donacije korporativnog sektora, ali ne i individualna dotiranja pojedinaca.³² Naime, pod podrškom privatnog sektora se u „francuskom smislu reči“ ima u vidu prvenstveno pomoć privrednih društva, ali ne i pojedinaca. U daljem radu će biti konkretizovani određeni vidovi podsticaja koji su propisani za privredna društva.³³

³⁰ *Country Profile - France*, str. 33, http://www.culturalpolicies.net/down/france_122007.pdf, 15.07. 2011.

³¹ „*Funding Contemporary Art Collections and Collecting in the Regions: Models, Partnerships and International Comparisons*”, Wendy Law, Dr Tina Fiske, June 2008, str. 24, dostupno na Internet adresi: http://www.artscouncil.org.uk/media/uploads/downloads/executive_summary.doc, 20. 07. 2011.

³² *Funding Contemporary Art Collections and Collecting in the Regions: Models, Partnerships and International Comparisons*”, Wendy Law, Dr Tina Fiske, June 2008, str. 13.

³³ Iako je pomenuta karakteristika francuskog modela oštro suprotstavljena britanskom konceptu, važno je istaći da su pojedine države, po tom pitanju, u ispoljenom ekstremizmu, otišle i korak dalje od Francuske. Tako, na primer, poreski sistemi Litvanije i Švedske poreske olakšice čine dostupnim isključivo pripadnicima poslovnog sektora, dok je pojedincima koji dotiraju fondacije onemogućeno da koriste poreska oslobođenja. Detaljnije o tome vid.

Zakonom iz 1987. godine kojim se reguliše sponzorstvo³⁴ podstiče se saradnja između javnog i privatnog sektora. Tačnije, odnosnim zakonom navode se uslovi pod kojima sponzori mogu da koriste niz poreskih podsticaja.

Privredna društva mogu odbiti od njihovih oporezivih prihoda poklon umetničkog sadržaja učinjen dobrotvornim organizacijama ili organizacijama od opšteg interesa, sve do 0, 225% (ili pod određenim okolnostima do 0,325%) iznosa njihovog poslovnog prometa.

Posebna odredba odnosi se na savremenu umetnost. Naime, privredna društva koja kupuju originalna dela od umetnika koji su živi, mogu u roku od 20 godina, odbiti od svojih oporezivih prihoda iznos jednak njihovoj kupovnoj ceni. Da bi se ova povlastica mogla koristiti zahteva se da odnosno privredno društvo javno izloži dati rad.³⁵

Zakon iz 1990. godine,³⁶ kojim se reguliše osnivanje korporativnih fondacija, ovlašćuje privredna društva da osnivaju kulturne fondacije, utvrđujući njihov delokrug rada.

Kao inovativan vid finansiranja kulture treba spomenuti postojeći doprinos za umetničko stvaralaštvo, u visini od 1% od ukupnog iznosa troškova izgradnje ili budžeta namenjenog za izgradnju. Drugim rečima, izvođač radova je u obavezi da 1% budžeta namenjenog za izgradnju investira u delo određenog živog umetnika odn. savremenika koje mora biti izloženo i čuvano u novoizgrađenom objektu.³⁷

VIII PORESKA REGULATIVA UKRAJINE

Zakon o dobrotvornim organizacijama koji je stupio na snagu 1997. godine, predviđa poresko oslobođenje za sredstva koja se dobrovoljno prenetu u državni budžet, lokalne budžete ili neprofitne organizacije najviše do iznosa od 4% oporezivog prihoda.³⁸ U uslovima sive ekonomije,³⁹ ova

Funding Contemporary Art Collections and Collecting in the Regions: Models, Partnerships and International Comparisons”, Wendy Law, Dr Tina Fiske, June 2008, str. 13.

³⁴ Law No. 87-571 of 23 July 1987 on the Development of Sponsoring, dostupno na Internet adresi: <http://www.fondationdentreprisehermes.org/eng-GB/mentions/0/mentions.htm>.

³⁵ Country Profile - France, str. 33.

³⁶ Law No. 90-559 of 4 July 1990 Creating Corporate Foundations and Modifying the Content of Law, dostupan na Internet adresi:

<http://www.usig.org/countryinfo/laws/France/France%20Law%20No%2090-559%20of%20July%204th,%201990%20creating%20corporate%20foundations%20and%20modifying%20the%20disposals%20of%20law%20n°87-571%20on%20the%20Development%20of%20Philanthropy.pdf>. 16. 07. 2011.

³⁷ “The Way to Cultural Diversity in Tax Policies“ The Ernst & Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector, November 2010, str 15.

³⁸ Law on Charity and Charitable Institutions, dostupan na Internet adresi: <http://blacksea.bcnl.org/en/articles/33-ukraine-law-on-charity-and-charitable-institutions.html>

³⁹ Udeo sive ekonomije u ukrajinskoj privredi se procenjuje na više od 60%.

pogodnost se pokazala nedovoljnom u praksi, s obzirom da nije bila podržana drugim političkim i socijalnim merama. Novi Zakon kojim bi se regulisale dobrotvorne organizacije i sponzorstva još uvek je u pripremi. Ministarstvo kulture je 2006. godine iznelo na javnu raspravu nacrt Zakona o finansijskoj podršci umetnosti.⁴⁰

Za sada ne postoji poseban zakon o neprofitnim organizacijama, a posebno ne o organizacijama koje deluju u kulturnom sektoru. Zakonom o kulturi iz 2011. godine se ustanovljava da "u cilju privlačenja dodatnih finansijskih sredstava za razvoj, Vlada treba da obezbedi povoljne poreske uslove za fizička i pravna lica koja dotiraju novac za razvoj kulture."⁴¹

Ne postoji posebna stopa poreza na dodatu vrednost za kulturne dela ili usluge, izuzev što su ukrajinski proizvođači knjiga oslobođeni plaćanja poreza na dodatu vrednost.⁴²

Značajno je napomenuti da je Narodna skupština odobrila 18. februara 2010. godine izmene Zakona o kinematografiji, na osnovu kojih se ukrajinska filmska produkcija oslobađa plaćanja poreza na dodatu vrednost u narednih pet godina.

Članom 13. Zakona o kulturi ustanovljava se podrška nacionalnim kulturnim stvaraocima predviđajući povoljne poreske uslove i pružajući finansijsku pomoć za proizvodnju i distribuciju knjiga, filmova i drugih vrsta kulturnih dela na ukrajinskom jeziku, kako na teritoriji, tako i van teritorije Ukrajine.

Na osnovu novog poreskog zakonika iz 2010, proizvođači knjiga i filmski producenti su oslobođeni od plaćanja poreza na dodatu vrednost do 2015. godine, dok su producenti domaćih filmova oslobođeni plaćanja dadžbina za zemlju u pogledu filmskih studija.⁴³

Ukrajinsko pravo, pored navedenih, ne predviđa dodatne poreske olakšice za umetnike.

⁴⁰ *Country Profile -Ukraine*, str. 34, dostupno na Internet adresi: <http://www.culturalpolicies.net/web/profiles-news.php?cid=1480>, 11. 06. 2011.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Videti: *Value Added Tax*, dostupno na Internet adresi: <http://www.pwc.com/ua/en/solutions/obg-vat.jhtml>.

⁴³ Videti: *The New Ukrainian Tax Code*, dostupno na Internet adresi: <http://salans.com/~media/Assets/Salans/Publications/2011/20110111-Salans-Kyiv-Client-Alert-New-Ukrainian-Tax-Code-Eng.ashx>.

IX ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uporedni prikaz svedoči da u svim državama, koje su, u ovom radu, bile predmet analize, postoje različite poreske olakšice koje doprinose unapređenju i funkcionisanju kulturnog sektora, bilo u celini, bilo pojedinog njegovog aspekta. Najveći broj poreskih olakšica u ispitivanim državama odnosi se na podršku filmskoj industriji i na očuvanje kulturnog nasleđa.

S druge strane, smatra se da oslobođenje i umanjenje stope poreza na dodatu vrednost predstavlja ključni mehanizam kojim nosioci poreske politike mogu da znatno utiču na unapređenje i funkcionisanje kulturnog sektora.⁴⁴ Naime, posredstvom poreza na dodatu vrednost ostvaruju se značajni prihodi u odnosu na druge mere poreske politike i stoga oslobođenja i umanjenja odnosnih iznosa imaju takođe značajne implikacije na kulturni sektor, kao uostalom i na druge sektore koji su podvrgnuti privilegovanom poreskom tretmanu. Tako, na primer, u Francuskoj, približno 50% od ukupno ostvarenih poreskih prihoda čine prihodi ubrani po osnovu poreza na dodatu vrednost. Stoga, ne čudi ni da 70% od ukupno ostvarenih poreskih olakšica u kulturnom sektoru je realizovano po osnovu umanjenja stope poreza na dodatu vrednost (približno bilion evra za 2008 godinu).

Uporednopravni prikaz ukazuje, međutim, da među analiziranim državama poreska regulativa u pogledu poreza na dodatu vrednost nije ujednačena i da bi tome trebalo težiti u perspektivi. Naime, postoje razlike kako u pogledu visine stope poreza na dodatu vrednost, tako i u pogledu predviđenih poreskih olakšica propisanih za kulturni sektor. Tako pojedina zakonodavstva predviđaju mogućnost oslobođenja od poreza u vezi sa izvesnim artiklima kulturnog sadržaja (npr. pravo Velike Britanije), dok najveći broj propisuje jedino umanjenje stope poreza na dodatu vrednost. S druge strane poreskopравни sistem Bugarske predviđa isključivo jedinstvenu stopu poreza na dodatu vrednost za sve proizvode, dok su u poreskopравnom sistemu Španije ukinuta snižena stopa poreza na dodatu vrednost 2010. godine za pojedine umetničke artikle godine.

Analiza dalje pokazuje da pojedine države uvode inovativne hibridne instrumente finansijske podrške kulturnom sektoru, poput mehanizma finansiranja iz prihoda ostvarenih Nacionalnom lutrijom (Velika Britanija i Italija) i finansijske podrške putem ustanovljavanja posebnih doprinosa za kulturu odn. umetnost (Španija, Francuska). Odnosne inovativne tehnike svakako bitno doprinose finansiranju kulture, primenjujući se paralelno sa direktnim i indirektnim vidovima finansiranja

⁴⁴ The Way to Cultural Diversity in Tax Policies“ *The Ernst &Young International Survey on Tax Policies in the Cultural Sector*, November 2010, str. 21.

kulture. Uvođenje ovih hibridnih mehanizama bi bilo preporučljivo i u drugim državama koje su podvrgnute analizi u okviru ovog rada.

S obzirom na globalnu ekonomsku krizu i sama poreska politika bi trebalo da postane što efikasniji instrument kojim bi se unapredilo finansiranje kulture. Tako, pre svega, proaktivne poreske olakšice kojima se podstiču ulaganja privatnog sektora u kulturu bi trebalo da budu što zastupljenije i delotvornije kako bi doprinele unapređivanju kulture, istovremeno neostavljajući negativan uticaj na postojeći deficit državnog budžeta. Prednost izloženih mera poreske politike ogleda se u tome što na taj način ne dolazi do značajnog umanjenja poreskih prihoda za državu.

Analiza dalje ukazuje da se u državama sa ograničenom državnim intervencijom, poput Velike Britanije, kultura finansira prvenstveno na osnovu poreskih olakšica kojima se stimulišu davanja privatnog sektora za kulturu.

Takođe je bitno naglasiti da među proučavanim sistemima koji predviđaju poreske olakšice za donacije privatnog sektora postoje izvesne razlike. Naime, pojedine države poreskim tretmanom favorizuju prvenstveno davanja koje potiču od pojedinaca (npr. Velika Britanija), dok druge posebno povlašćuju izdvajanja pripadnika poslovnog sektora (npr. Francuska). U Evropi pojedine države uopšte ne predviđaju privilegovan poreski tretman za donacije pojedinaca što predstavlja svakako neodgovarajuće rešenje (npr. Litvanija i Švedska). Čini se adekvatnijim istovremeno podsticanje kako donacija privrednih društava tako i donacija pojedinaca.

Imajući u vidu da je pitanje adekvatnog poreskog režima za finansiranje kulture, posebno aktuelno u uslovima ekonomske krize prepoznaje se očigledna potreba da se u okviru svake države izvrši ocena efikasnosti poreske politike i da se sagledaju njeni stvarni fiskalni i ekonomski dometi. Na taj način će nosioci poreske politike biti u mogućnosti da dalje razvijaju i unapređuju postojeću poresku politiku. Uporedni prikaz ukazuje da trenutno u pravnim porecima odnosnih država ne postoji dovoljna transparentnost stvarnih efekata poreske politike na kulturni sektor i da je neophodno izvršiti poboljšanja u tom pogledu, kako bi se i poreska politika odnosnih država mogla dalje razvijati.

Vesna Ćorić Erić, MA
Institute of Comparative Law

COMPARATIVE ANALYSIS OF TAX BENEFITS FOR CULTURAL SECTOR

This article identifies, describes, analyzes and compares the main tax provisions in favor of culture in the following countries: United Kingdom, Spain, Italy, Bulgaria, Slovenia, France and Ukraine. Besides the usual tax benefits and incentives, the paper identifies some innovative hybrid instruments, constituting mix of the tax tool and other techniques. It assesses given tax policies and their efficiency as to identify improvement areas and new opportunities.

Key words: tax benefits; financing; culture; United Kingdom; Italy; Spain, Bulgaria; France; Ukraine; comparisons

Dr Hajrija Mujović-Zornić¹
Institut društvenih nauka, Beograd

UDK: 614.253.83:347.514
Originalni naučni rad

MEDICINSKE GREŠKE U OKVIRIMA GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI

Članak se bavi opštim značenjem različitih grešaka koje se često dešavaju u svakodnevnoj praksi zdravstvene zaštite. Polazi se od pojma tzv. medicinske pogrešne prakse (medical malpractice) proizašlog iz anglosaksonskog prava, koja predstavlja praksu nepropisnog činjenja ili propuštanja da se nešto preduzme, a što sve rezultira štetom po pacijenta. Navodi se zbirno značenje greške koje uključuje različite vrste medicinskih grešaka, posebno lekarskih grešaka. Takođe se diskutuje bliži pojam medicinske greške, koji se više ne shvata samo kao klasična lekarska greška u tome što je nešto urađeno bez potrebne veštine (medicinski pojam), već i kao greška koja vređa bazična pacijentova prava i koja ima, u krajnjem, pravne konsekvence (pravni pojam). Naime, zbog specifičnosti medicinske delatnosti, sagledavanje greške poprima duplu aksiomatsku dimenziju, istovremeno komplementarnu i različitu: medicinsko određenje, gde je greška okarakterisana prema važećoj naučnoj normi, i pravno određenje, koje je u vezi sa manjkavostima u izvršavanju pravno preuzetih obaveza. Odgovornost lekara predstavlja u osnovi odgovornost za grešku i to jeste tekovina sudske prakse. U svakom spornom slučaju bitan element odgovornosti sastoji se u tome da se ustanovi greška, kao kršenje dužnog ponašanja na strani lekara ili drugog profesionalca. Pri tome, uočava se uporednopravno da viši stepen zaštite ljudskih prava u oblasti zdravlja isto tako zahteva i širi pojam shvatanja lekarske greške, sa akcentom na njenu pravnu prirodu.

Ključne reči: građanska odgovornost, medicina, greške, zbirni pojam, medicinski pojam, pravna priroda greške (pravni pojam)

¹ Institut društvenih nauka u Beogradu, viši naučni saradnik, upravnica Centra za pravna istraživanja, generalni sekretar Udruženja za medicinsko pravo Srbije, hmujevic@idn.org.rs

UVOD

Uprkos velikim uspesima medicine i strogoj podeli rada u službama zdravstvene zaštite, problematika grešaka u medicini i dalje ostaje veoma aktuelna. Vezano za neželjene posledice po ljudski život i zdravlje do kojih dolazi zbog pogrešnih postupaka, ustalio se naziv *lekarske greške* ili, šire posmatrano, *medicinske greške*. U stručnoj literaturi iz oblasti medicinskog prava o lekarskim greškama mogu se čitati uglavnom mišljenja pravnika. Izostaju mišljenja lekara o svojim greškama, zbog čega se stekao utisak da se njihova gledišta poklapaju sa pravničkim.² Razlike naprotiv postoje, a uzrok tome često leži već u polaznoj poziciji zbog drugačijeg medicinskog i pravnog pristupa. U razvijenim zemljama pripadnici medicinskog staleža greškama u zdravstvu pristupaju više praktično i statistički. To čine, pre svega, sa preventivnog aspekta u okviru studija o redukovanju medicinskih grešaka, unapređenju pacijentove sigurnosti i podizanja kvaliteta zdravstvenih usluga. Od strane specijalizovanih zdravstvenih institucija beleže se i kvantifikuju po vrsti tipične lekarske greške, koje se u praksi najčešće dešavaju. U takvim izveštajima sačinjava se lista uzroka grešaka koja govori bliže o radu zdravstvenih službi. Jedna američka studija došla je do podataka da su u strukturi grešaka 44% tehničke greške, 17% loše dijagnoze, 12% greške da se spreči dalja šteta, i 10 % greške u medikaciji. Kritična mesta gde se dešavaju greške jesu: bolnica (48%), lekarska ordinacija (22%), operaciona sala (7%), klinika (5%), hitna služba (5%), apoteka (4%), kuća (3%) medicinska laboratorija (1%), sestrinska soba (1%) i drugo (5%). Evidentirani su i uzroci opisanih grešaka, koji su prema učestalosti navedeni sledećim redom: nepažnja, nekompetentnost, losa komunikacija, pogrešna dijagnoza, prezaposleno osoblje, pogrešno pročitani recept ili apotekarska greška, i drugi uzroci. Istovremeno studija je pokazala da se za oko 70% grešaka smatra da mogu biti predupređene.³ Na ovakav način razmatrane greške shvataju se u širem smislu i obuhvataju sve greške do kojih u obavljanju

² O stavovima u medicinskoj literaturi i o "pravu na grešku", videti više: Jakov RADIŠIĆ, "Pojam lekarske greške", *Pravni život*, 9/2010, str.182.

³ "To Err Is Human" Report, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington, D.C. (2000); National Patient Safety Foundation Survey, Report (1997); www.quic.gov/report/mederr8.htm, 23.10.2009; Troyen A. BRENNAN, "The Institute of Medicine Report on Medical Errors – Could It Do Harm?", *The New England Journal of Medicine*, 15/2000, str.1123/1125.

zdravstvenih delatnosti može doći, bez obzira da li su one pravno značajne, odnosno da li proizvode štetne posledice po pacijenta.⁴ Za razliku od pristupa sa stanovišta medicinskih službi, pravni pristup je baziran na pravnoj valjanosti procedura u medicini, poštovanju pacijentovih prava, kao i sankcionisanju pravno relevantnih grešaka kao nedozvoljenih postupaka kroz izvođenje tzv. medicinske odgovornosti za štetu (*medical liability*). O greškama se govori i piše ne samo sa stanovišta zaštite pacijentovog prava na optimalno lečenje, nego i sa stanovišta zaštite interesa lekara koji greške čine. Kažnjivi i protivpravni postupci u obavljanju medicinske delatnosti dugo su se vezivali isključivo za krivičnopravnu problematiku, a često i nisu bili predmet sankcionisanja. Moderan pojam lekarske greške upravo se razvio na razlici između krivičnopravne i građanskopravne zaštite pacijenta u takvim slučajevima. Shvatilo se da postoje greške koje ne čine krivično delo ali pravno traže sankcionisanje na drugi način, naročito imajući u vidu da je reč o nehatnim greškama i povredi pravom zaštićenih ličnih dobara, života, tela i zdravlja. Krivična odgovornost je najozbiljnija i vezana striktno za ispunjenje bića krivičnog dela, merilo za krivicu i pažnju je subjektivno, nema pretpostavke o elementima odgovornosti, nema dokaznih olakšica, niti osiguranja od odgovornosti. Građanska odgovornost je šira i za pacijenta sa olakšanim dokaznim postupkom, gde postoji pretpostavka krivice tuženog, a neke zemlje usvajaju i proporcionalnu naknadu štete po sistemu *izgubljene šanse* za izlečenje odnosno preživljavanje. Ipak, osnovna razlika između građanske (odštetne) i krivične odgovornosti jeste u standardu dužnosti pažnje koju lekar treba da prekrši kako bi usledila odgovornost (krivična odgovornost sledi samo za grubu nepažnju, dok se kod građanske odgovara i za običnu nepažnju). To donekle objašnjava situaciju da je odgovornost za štetu zbog grešaka u medicini danas u svetu dominantan oblik odgovornosti i da po broju daleko nadmašuje krivične predmete. Smatra se da je to adekvatniji oblik sankcionisanja, budući da nije u prvom planu društvena opasnost štetnih radnji (grešaka), već povreda ličnih dobara i ličnih prava nastalih kršenjem dužnog ponašanja tj. nepažnjom. Dok je građanskoj odgovornosti lekara glavni cilj da se nadoknadi šteta

⁴ "Medical Errors", Special Eurobarometer, 241/Wave 64.1&64.3 – TNS Opinion & Social, European Commission, Luxembourg Statement on Patient Safety, april 2005; videti više: Herman NYS, "The factual situation on medical liability in the member states of the Council of Europe", *The ever-growing challenge of medical liability - national and European responses*, Strasbourg 2008, str.18.

žrtvi, glavni cilj krivične odgovornosti je zaštita interesa društva i vaspitna funkcija samog krivičnog postupka i presude putem kojih se nastoji da se učvrste određene moralne i društvene vrednosti. Kad je u pitanju položaj pacijenta, i tu se zaključuje da on time dobija bolje mogućnosti za pravnu zaštitu.⁵

U Srbiji se još uvek ne pristupa na organizovan način sagledavanju grešaka u zdravstvu, a naročito ne lekarskih grešaka. Ono što postoji i što je vidljivo kroz izveštaje sudsko-medicinskih odbora, koji veštače u spornim slučajevima i većinom o krivičnoj odgovornosti lekara, ukazuje da su postupci retki i da gotovo uopšte nisu rezultat unutrašnje kontrole i analitičkog i kritičkog pristupa greškama, već su najčešće iznude prijavama i tužbama oštećenih pacijenata ili njihove rodbine. Simptomatičan je i jedan od podataka da je u periodu od deset godina nadležni odbor razmatrao samo 65 medicinskih spisa u kojima je tražena odgovornost lekara.⁶ U pogledu ažurnosti krivičnih predmeta, uočava se da postupci traju dugo i uz puno problema, da su pacijenti i tužilaštva neuspešni u dokazivanju optužbe, da smatraju da se pacijentova prava još uvek nedovoljno štite od strane pravosudnih organa, i da su osude retke, o čemu svedoče dostupni statistički podaci:⁷

godina	krivične prijave (član 251 KZS)	optuženja	osude
2003	42	7	-
2004	36	6	1
2005	61	15	2
2006	68	27	-

⁵ Videti više: Jakov RADIŠIĆ, *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i obaveštavanju pacijenta*, Beograd 2007, str. 90-92; Hajrija MUJOVIĆ-ZORNIĆ, "Odnos građanske i krivične odgovornosti za slučaj medicinskih šteta", u: *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 2010, str. 394-395.

⁶ Videti: dnevni list *Politika*, 16.11.2004, str.17 (tekst O.Popović u kome se citira izveštaj Sudskomedicinskog odbora Medicinskog fakulteta Univerziteta u Beogradu).

⁷ Napomena: tabela sačinjena korišćenjem podataka sa sajta Ministarstva zdravlja Republike Srbije (sektor zdravstvene inspekcije) u delu koji se odnosi na krivično delo iz člana 251 Krivičnog zakonika Srbije (2005).

Kada je reč o građanskoj odgovornosti za medicinske štete i parničnim predmetima, u Srbiji se ne vodi odgovarajuća evidencija na osnovu koje bi takvi predmeti bili prepoznatljivi, niti postoje posebna sudijska veća koja bi vodila takve sporove.

U prilog raspravi o greškama u zdravstvu u pravnoj literaturi se ističu većinom dve vrste argumenta, koje objašnjavaju nepovoljne ishode razlozima objektivne i subjektivne prirode. Najpre se ističe da medicina nije egzaktna nauka već iskustvena, pa je takvo i samo njeno praktikovanje. Zatim se navodi stav da je kao i u mnogim drugim delatnostima i u ovoj "ljudski pogrešiti" (*errare humanum est*).⁸ U odgovoru na to, s jedne strane, konstatuje se da je nesporno da obavljanje medicinske delatnosti postaje sve više kompleksno i zahtevno sa stanovišta organizacije i aparature, što stvara i veće opasnosti od grešaka, od kojih se neke mogu izbeći ali neke zaista ne. S druge strane, međutim, ističe se da je često citiran izraz "ljudski pogrešiti" u kontekstu medicinskog prava poprilično istrošen i najčešće nespojiv sa ozbiljnošću situacija o kojima je ovde reč, a to su vidna oštećenja zdravlja ili čak smrtni ishod po pacijenta. Počinjena greška se ovde pojavljuje kao bitna pretpostavka građanske (odštetne) odgovornosti i zato ima određenu, težu kvalifikaciju koja je primerena nastaloj situaciji. Ovde se razmatraju greške u kontekstu odgovornosti lekara i medicinskog osoblja za nastalu štetu i za pravilno razrešenje pravnih pitanja važno je naglasiti nekoliko polaznih postavki: 1) medicinska greška je bitan element odgovornosti; 2) pojam medicinske greške je zbirni pojam; 3) medicinska greška je u svom krajnjem ishodištu pravni pojam i karakteriše je određena pravna priroda. Odštetno pravo Srbije, kao uostalom ni druga strana zakonodavstva, ne poznaju zakonski pojam pod nazivom medicinska (lekarska) greška, ali nema razloga da se taj naziv ne prihvati u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, kao što je to učinjeno u drugim razvijenim zemljama, jer naziv ove greške sam po sebi ne upućuje na ništa drugo nego na grešku koju pripadnik medicinske profesije (lekar) učini u svom zanimanju.

⁸ National report "To Err Is Human", www.quic.gov/report/mederr8.htm, 23.10.2009.

GREŠKA KAO BITAN ELEMENT ODGOVORNOSTI

Odgovornost zbog bilo koje medicinske štete pretpostavlja po zakonu postojanje tri uslova: 1) kršenje dužnosti stručnog i pažljivog postupanja (greška), 2) počinjena šteta, i 3) uzročna veza između greške i štete. Za nastanak obligacionopravnog odnosa odgovornosti za štetu, kao uostalom i svakog drugog pravnog odnosa, vezuje se kumulativno ispunjenje određenih pretpostavki. Ipak, neke od njih su zajedničke za sve vrste odgovornosti za štetu (subjekti odgovornosti, štetna radnja, šteta, uzročna veza, protivpravnost u objektivnom smislu), dok su druge posebne tj. karakteristične za pojedine vrste odgovornosti.⁹ Tako je za subjektivnu odgovornost, pored opštih pretpostavki, potrebna i krivica štetnika, a za ugovornu odgovornost postojanje ugovorne obaveze i njena povreda. Za objektivnu odgovornost karakteristično je, pak, da se ne zahteva krivica štetnika kao pretpostavka njegove odgovornosti. U razmatranju pojedinih pretpostavki odgovornosti u zdravstvenoj delatnosti težište je, po prirodi stvari, na radnjama i propustima (štetne radnje) zdravstvenih ustanova i pripadnika medicinskih profesija. Uporedno-pravno posmatrano postoje izvesne razlike u pravnim rešenjima pojedinih zemalja ali one nisu suštinske prirode. Naime, svuda lekarska greška čini bitan element odgovornosti, odnosno bez nje nema ni odgovornosti.¹⁰

ZBIRNI POJAM GREŠKE

U prošlosti, pojam lekarska greška potekao je iz medicine i dao ga je čuveni patolog Rudolf Virchow u drugoj polovini 19. veka pod nazivom *stručna greška lekara*, definišući ga kao kršenje opštepriznatih pravila umeća lečenja zbog pomanjkanja dužne pažnje ili opreza. Bilo bi to, kratko rečeno, skrivljeno postupanje *contra legem artis*.¹¹ Došlo se i do zaključka da je naziv lekarska stručna greška suviše uzak, jer ne obuhvata sve nepropisne postupke lekara prema pacijentu, nego samo one koji su u neskladu sa pravilima

⁹ Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris 1972, str.190.

¹⁰ Gerard MEMETEAU, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, Bordeaux 2006, str.415-432.

¹¹ Rudolf WIRCHOW, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, Berlin 1879, str.514, u: Jakov RADIŠIĆ, *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008, str.180.

medicinske nauke. Stoga je u teoriju i praksu uveden izraz *greška u lečenju* ili *greška u medicinskom tretmanu*. Danas se prihvata da je naziv medicinska greška dovoljno širok, jer on obuhvata ne samo pogrešne radnje prilikom lečenja u užem smislu, nego sve mere lekara i njegovih pomoćnika koje na lečenje neposredno utiču.

Na pravnom terenu, pojam lekarske (medicinske) greške terminološki ne figurira u važećem zakonodavstvu, ali ga ima u nauci i praksi, i medicinskoj i pravnoj. Odsustvo zakonske definicije je razumljivo kada se ima u vidu da, budući da zavisi od konkretne situacije i promenljivog standarda, lekarsku grešku nije moguće bliže definisati, osim jednom opštom, neodređenom formulacijom koja u krajnjem ne bi značila ništa drugo do deklarativno određenje. Postoji više radnji i propusta u vezi s pružanjem zdravstvenih usluga kojima se može naneti šteta njihovim korisnicima. Njihova sistematizacija uglavnom je stvar pravne teorije svake pojedine zemlje i njenog pravnog uređenja zdravstvene zaštite građana. U Srbiji je pravna teorija u ovoj oblasti dobra ali nedovoljno afirmisana, a Zakon o zdravstvenoj zaštiti do skora je govorio samo o pravu na prigovor građanina koji "nije zadovoljan zdravstvenom uslugom".¹² Dakle, ne govori se o pogrešnom postupanju nego o postupanju koje pacijenta čini nezadovoljnim, što još više unosi nejasnoću u ovu problematiku. U zakonu, naime, ne postoji konzistentna sistematizacija nepravilnih postupaka (grešaka) koja bi ujedno bila odgovarajuća za primenu pravila odštetnog prava. Odredba novog zakona koja govori o privremenom odužimanju licence, pod stručnom greškom podrazumeva "nesavesno lečenje, odnosno zanemarivanje profesionalnih dužnosti u pružanju zdravstvene zaštite, odnosno nepridržavanje ili nepoznavanje utvrđenih pravila i profesionalnih veština u pružanju zdravstvene zaštite, koje dovode do narušavanja, pogoršanja, povrede, gubitka ili oštećenja zdravlja ili delova tela pacijenta." Stručna greška iz ovog člana utvrđuje se u disciplinskom postupku i misli se na tu vrstu odgovornosti pred nadležnim organom komore (sudom časti), odnosno u postupku redovne i vanredne spoljne provere kvaliteta stručnog rada zdravstvenih radnika.¹³

¹² Član 14 Zakona o zdravstvenoj zaštiti (ZZZ), *Službeni glasnik RS*, 17/1992.

¹³ Član 197, st. 4 Zakona o zdravstvenoj zaštiti (ZZZ), *Službeni glasnik RS*, 107/2005, 72/2009 – dr.zakon.

Ako se pogledaju pravna literatura i sudska praksa o tome, brojni su izrazi u kojima se označavaju nepropisne medicinske radnje, kao što su: stručne ili profesionalne greške, medicinske greške, nepažljivo i nepropisno medicinsko postupanje, greške u lečenju, i slično. U cilju definisanja šta čini dužno postupanje pripadnika medicinskih profesija u teoriji je usvojeno shvatanje da su izrazi *ponašanje protivno dužnosti* i *pogrešno ponašanje* sinonimi, budući da obeležje protivpravnosti leži u konkretnoj greški u sopstvenom činjenju, propuštanju ili neobaveštavanju. Uvek se radi o tome da je nešto pogrešno učinjeno, namerno ili ne, od strane lica koje je za to odgovorno i zbog toga je široko prihvaćen pojam pogrešnog postupanja ili greške.¹⁴ U suštini to je zbirni pojam, pod koji se mogu podvesti sve radnje lekara koje su nepravilne, nekorisne ili štetne po pacijenta u konkretnom slučaju.¹⁵ U objašnjavanju zbirnog pojma lekarske greške važno je takođe razlučiti neuspeh lečenja od greške u lečenju. Neuspeh lečenja, a često se o njemu govori kao o komplikacijama lečenja, jeste nepostizanje željenog ishoda lečenja i on ne mora uvek značiti i grešku. Ovde gotovo svi pravni sistemi prihvataju da, osim kao izuzetak ili predmet posebnog ugovora, na teret lekara ne stoji obligacija rezultata, već samo obligacija sredstva. Naime, lekar ne preuzima garanciju za ishod lečenja, od njega se ne traži nemoguće, jer po pravilu uspeh ne zavisi isključivo od njegovog činjenja ili nečinjenja nego, na primer, i od psiho-fizičke konstitucije pacijenta. Otuda sve slučajeve treba pažljivo medicinski i pravno sagledati. To je naročito važno u pogledu razgraničenja greške i *nesrećnog slučaja*, jer obe sporne situacije sadrže pravnu ocenu lečenja, pa granice nisu uvek jasne.

U zemljama anglosaksonskog pravnog sistema, kao što su Amerika i Engleska, u upotrebi je nešto više pojašnjen pojam greške kroz usvajanje termina tzv. *medicinske pogrešne prakse (malpractice)* na kome se zasniva pravni koncept lekarske odgovornosti za štetu.¹⁶ U okviru ove kategorije pojašnjeno je niz drugih pojmova s ciljem da se lakše definišu i pravno kvalifikuju različiti slučajevi. Na primer, razlikuje se *aktivna* greška kao greška koja se događa na operativnom

¹⁴ Jakov RADIŠIĆ, "Lekarske greške u svetlosti pravnih razmatranja", *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd 1996, str.160.

¹⁵ Jakov Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd 1986, 281.

¹⁶ Vid. Marc STAUCH/Kay WHEAT/John TINGLE, *Sourcebook on Medical Law*, London/Sydney 1999, 275-307; John McHALE/ Marie FOX/ Michael GUNN/ Stephen WILKINSON, *Health Care Law: Text and materials*, London 2007, str.151-154.

nivou i čije su štetne posledice u najvećem vidljive neposredno. *Prateća* greška je ona koja posredno rezultira iz medicinske intervencije. *Obična* greška jeste propuštanje da planirana medicinska radnja bude ostvarena kako je nameravano, ili primena pogrešnog plana da se postigne određeni cilj. *Latentna* greška jeste greška u obliku, organizaciji, obuci ili održavanju, koja po pravilu vodi do operativne greške i čiji efekti tipično ostaju u sistemu i nisu vidljivi za jedan period vremena.

PRAVNA PRIRODA GREŠKE

Učinjena greška treba da bude pravno relevantna, a ne neznatna greška koja nema tu važnost. Ne postoji uvek ni podudarnost sa greškom u moralnom smislu. Naime, kod lekarskih grešaka u osnovi je reč o kršenju neke dužnosti. Najčešće se govori o *dužnosti saobraćanja*, kako se ove greške kvalifikuju od strane nemačkih pravnika¹⁷, ili o *dužnosti staranja*, kako to vide francuski i američki pravници.¹⁸ Tako, kod odgovornosti za nepažnju polazi se od postojanja dužne pažnje, koju lekar treba da pokaže prema pacijentu. Obaveza se procenjuje da li je prekršena tako što se ima u vidu standard ponašanja *razumnog* čoveka. Svako lekarsko ponašanje sastoji se u određenom činjenju ili nečinjenju lekara prema pacijentu, bilo prilikom dijagnoze, terapije, a naročito kod operativnih zahvata i medicinske nege pre i posle toga. Pri tome, ne postoji suštinska razlika između dužnosti pažljivog postupanja koju lekar ima prema svom pacijentu iz ugovora i one koja nastaje po osnovu delikta, u smislu da su ugovorne i deliktne dužnosti pažnje prilikom preduzetog tretmana načelno identične. Lekar koji se ogreši o svoju dužnost pažnje ili o pacijentovo pravo samoodređenja krši i svoje ugovorne i neugovorne obaveze.¹⁹ Iz te jednakosti proizilazi da pacijentu pripada jednaka zaštita kako po ugovoru tako i na osnovu delikta. U zavisnosti od vrste greške postoje dva realna tipa kršenja lekarskih dužnosti: u obliku *greške u lečenju* (postupanju ili umeću) i u obliku *greške u*

¹⁷ Profesionalne obaveze se šire poimaju kao obaveze pravnog saobraćanja (Suzane SIEIGLITZ, *Die Wrongful birth und Wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht*, München 1989, 196).

¹⁸ *Ibid*, str.29.

¹⁹ *Ibid*.

obaveštavanju (upozorenju, informisanju ili savetovanju).²⁰ Prve se još nazivaju klasičnim greškama a druge greškama "na periferiji" lečenja. U sudskoj praksi i pravnoj teoriji važi stav da se greške u informisanju i pribavljanju saglasnosti pacijenta po svom pravnom značenju izjednačavaju sa greškama u umeću lekara. Ukoliko je lekar bez važeće saglasnosti, zbog propuštenog ili nedovoljnog informisanja pacijenta izvršio neki zahvat, i ako se rizik, zbog koga je obaveštavanje bilo potrebno, ostvario onda lekar treba da plati punu naknadu nastale štete.²¹ U okviru ove protivpravnosti dopušta se dokazivanje svakog pojedinačnog oblika kršenja dužne pažnje.

Lekar postupa protivno svojoj dužnosti bilo da istovremeno ili nevezano krši postojeća *pravila struke* (lekarske veštine) ili ustanovljena *pravila pažnje*.²² Lekar treba da postupa prema aktuelno važećim i ustaljenim medicinskim standardima i da upotrebi prikladnu, saobraznu meru pažnje. Na odlučujuće pitanje koju meru poznavanja stvari odnosno stručnosti i koju meru pažnje lekar treba da pokaže odgovara se prema stanju medicinskih znanja i standarda u vreme tretmana, a ne pre ili posle toga. Lekar koji je zanemario pažnju koja je u području njegove delatnosti potrebna ne može se pozivati na druga ista takva lekarska mišljenja ili praksu, budući da vlastite greške ne gube svoj negativan kvalitet usled toga što ih čine i ostali. To stoga što je merilo za pažnju objektivno i predstavlja profesionalno merilo za pažnju, koje ne važi samo za lekare nego i za ostala slobodna zanimanja. Pažljivost treba da bude takva da osigurava kvalitet lekarske usluge. Kao objektivno tipizirani standard pažnje uzima se pažnja koja se može očekivati od iskusnog i savesnog lekara istog ranga (nemačko pravo), odnosno dobrog stručnjaka iste kategorije i istog ranga kao i onog čije se ponašanje ocenjuje, lekara opšte prakse, specijaliste itd. (francusko pravo), odnosno razumno kompetentnog lekara (englesko pravo). Prema opštoj odredbi Zakona o obligacionim odnosima u Srbiji je merilo pažnje za one koji obavljaju svoju profesionalnu delatnost *pažnja dobrog stručnjaka*, što znači povećana

²⁰ Razlikuje se postupanje protivno pravilima lekarske veštine (loša medicinska praksa) i postupanje kojim se uskraćuje volja pacijenta zbog nepružanja informacija). Vid. Wolfgang Deuchler, *Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes/Wrongful birth*, Frankfurt am Main 1984, 27.

²¹ Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht/ Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte recht*, Berlin 1997, 185.

²² Ovde se metodološki pravi razlika u pravilima ponašanja, premda se smatra da i stručna greška *eo ipso* sadrži u sebi nepažnju i to čini merilo za procenu ispravnosti postupanja u svakom pojedinačnom slučaju, *Ibid*, str.185.

pažnja prema pravilima struke i običajima.²³ Shodno tako visoko postavljenom merilu pogrešio bi svaki lekar koji bi postupao s manjim stepenom pažljivosti od standardno dobrog postupanja koje zakonodavac ima u vidu. Ipak, tako opisani standard pažnje ne bi trebalo shvatiti kao kruto pravilo koje ne trpi nikakva odstupanja u praksi. Zavisno od konkretnih okolnosti određenog zahvata, smatra se da je dopuštena njegova korekcija, kako u smislu ublažavanja, tako i u smislu pooštrenja. Pravilo je da veća opasnost i veći rizik zahvata zahtevaju veću pažnju, a da hitnost i nužnost zahvata opravdavaju niži standard pažnje. Uvek treba poći od toga kako bi se iskusan i pažljiv lekar opšte prakse, odnosno specijalista, ponašao u datoj situaciji. Pri tome se, međutim, niži standard pažnje ne može opravdati praksom, koja može biti i dosta raširena, ako se radi o neurednom i aljkavom postupanju odnosno poslovanju. Zato, na primer, nemački zakonodavac uvek govori o *potrebnoj pažnji*.²⁴ Očigledno da zakonom nije moguće u pojedinostima propisati šta se smatra pažljivim ponašanjem a šta nepažljivim, budući da to zavisi u mnogome od konkretnog slučaja. Usvojena medicinska naučna saznanja određuju opredeljena su principima *lege artis* i indikovanog postupanja u svakom slučaju. Za odgovornost lekara često je presudan instrument upravo *medicinski standard*, pod kojim se podrazumeva ono što prosečno kvalifikovan, savestan i obazriv lekar može i treba da zna i da učini u konkretnoj situaciji.²⁵ Za razliku od apstraktnog pravnog pravila, koje predstavlja jedno generalno pravilo tj. važi načelno i vremenski neograničeno, standard je promenljiv i posredujući pojam između opšteg pravila o pažnji i prakse. Standard upućuje na to kako lekar u konkretnoj situaciji treba da postupi. On važi za datu situaciju, ali to ne znači da se ne može promeniti, budući da nova naučna saznanja mogu uspostaviti važenje drugačijeg standarda. Nova naučna saznanja nemaju uvek za posledicu da jedna do tada upražnjavana standardna metoda nadalje važi kao lekarska greška. Može se desiti i obrnuto, da neka procedura koja je do tada smatrana lekarskom greškom, prema novim saznanjima to više ne bude. Propuštanje da se prati razvoj ili promena u metodama tretmana i postupanje po prevaziđenom metodu takođe se smatraju greškama u medicinskom

²³ Član 18, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, 29/1978, *Službeni list SCG*, 1/2003-1.

²⁴ § 276 Nemačkog građanskog zakonika (NGZ).

²⁵ Hans Ludwig SCHREIBER, "Der Standard der erforderlichen Sorgfalt als Haftungsinstrument", *Versicherungsmedizin*, 1/1995, str.3.

tretmanu. U nemačkoj sudskoj praksi standard se definiše kao *dobra lekarska praksa*, i ona čini pravno merilo za meritornu odluku suda, utvrđenu uz pomoć sudskih veštaka.²⁶ Osim postupanja prema medicinskom standardu, lekar je dužan da pacijenta obavesti o određenim činjenicama i da mu pruži potrebne savete i uputstva. Shodno tome, lekar ne sme preduzimati lečenje ili zahvat protivno volji pacijenta i dužan je da pacijenta sveobuhvatno obaveštava.²⁷

U pogledu izvođenja odgovornosti pravni teoretičari vide određeni specifikum naročito kod pitanja dokazivanja lekarske greške.²⁸ Pre svega, tekovina je sudske prakse da odgovornost lekara jeste odgovornost za grešku. Praktičar uvekuguje obligaciju sredstva ali, kao što se svuda pravo odnosi prema staleškim normama u domenu tehnike, greška posebno dobija na težini u medicinskoj materiji jer ima duplu aksiomatsku dimenziju, u isto vreme komplementarnu i različitu: *medicinsko određenje* gde je greška okarakterisana prema važećoj naučnoj normi, i *pravno određenje* koje je u vezi sa manjkavostima u izvršavanju pravno preuzetih obaveza i označava protivpravnu radnju. Otuda, profesionalna greška može da se analizira jednako sa medicinske tačke gledišta da bi se naučno opravdalo postavljanje profesionalne odgovornosti, i sa pravne tačke gledišta da bi se to društveno potvrdilo i omogućila naknada štete pacijentu žrtvi. Razmatranje prava na zdravstvenu zaštitu dopušta da se obelodani stalna interakcija između ove dve dimenzije greške koja se naročito tumači redovnom saradnjom između sudija i medicinskih veštaka u parničnom postupku. Iz te interakcije konstatuje se uzajamni uticaj medicinske i pravne kvalifikacije profesionalne greške. Tako, medicinska kvalifikacija preuzima pravni zahtev za uzročnom vezom između nepropisne radnje i štete, dok je pravna kvalifikacija inspirisana medicinskim određenjem koje prethodno proglašava tu grešku. Profesionalna greška je onda pitanje jedne duple kvalifikacije, jedne analize u isto vreme i naučne i pravne, a da ona ne provocira kritiku medicinsku, pravnu ili društvenu. Vremenom se ipak sve više prihvata da harmonizacija između dva tipa kvalifikacije greške treba da ustupi mesto pravnoj kvalifikaciji greške, naglašavajući da medicinska kvalifikacija služi sudu samo kao informacija u iznalaženju odgovornosti. Prema većinskom shvatanju, a u cilju

²⁶ *Ibid*, str.3.

²⁷ STIEGLITZ, str.67-69.

²⁸ Vid.: RADIŠIĆ (1986), str.136; Petar Klarić, *Odštetno pravo*, Zagreb 2003, str.398.

krajnjeg određenja i izvođenja odgovornosti pojam lekarske greške predstavlja pravni pojam.²⁹ Uopšte, izučavanje lekarskih grešaka od strane pravnika i svako meritorno postupanje nužno je radi utvrđivanja granica njihove dopuštenosti, radi razdvajanja protipravnih medicinskih radnji od radnji koje su pravno irelevantne.³⁰

ZAKLJUČAK ³¹

Pojam medicinske (lekarske) greške označava uvek takvu grešku koja je sa stanovišta prava relevantna greška, jer je jedino greška te kvalifikacije u stanju da pokrene neki od oblika odgovornosti. Tako, pitanje da li je lekar počinio grešku u tretmanu ili prekršio dužnu pažnju nije po vrsti i obimu samo medicinsko, nego je to, pre svega, pitanje u kojoj meri su ispunjene obaveze iz ugovora o lečenju, ili po opštim pravilima postupanja. To je takođe, i pre svega, pravno pitanje o kome merodavno odlučuje sud i gde medicinske kategorije pažnje predstavljaju samo polazne tačke. Iako sudija često samo pomoću medicinskih veštaka može da procenjuje, on nije dužan da preuzme lekarev svet pojmova, koji može biti delom širi ali i uži, nego što su pravni pojmovi koji se prilikom primene zakona jedino mogu uzeti za osnov. Ovde se upravo naglašava normativno pravni kvalitet objektivnog pojma pažnje, i zato je pojam lekarske greške u suštini pravni pojam. Osim toga, pojam lekarske greške jeste pravni pojam i u tom smislu da sudsko medicinsko veštačenje nije potrebno za sve vrste spornih lekarskih postupaka za koje se sumnja da su pogrešni. Takvi su slučajevi u praksi kod nepribavljanja valjanog pristanka pacijenta ili neobaveštavanja pacijenta, usled čega je došlo do štete po njegovo zdravlje ili život. Otuda bi se moglo zaključiti da svaka lekarska greška ne predstavlja uvek istovremeno i povredu pravila zdravstvene struke u užem smislu, već to može biti i povreda pacijentovih prava u smislu kršenja lekarskog dužnog postupanja, što ovoj grešci daje šire značenje. Ova konstatacija u današnje vreme

²⁹ Aurore MARKOS, "La double dimension de la faute en responsabilité médicale (Commentaire de l'arrêt C: A.Amiens, 1re ch, Octobre 2001, Gomez c/Vuillienne et autres)", *Médecine & Droit*, 59/2003, str.49-53.

³⁰ RADIŠIĆ (1996), str.178.

³¹ Napomena o radu: tema rada je obrađena da bude objavljena u stručnoj javnosti i istovremeno prezentovana kao rezultat rada na naučnom projektu br. 179023, kao i rada na projektnoj temi "iii" naučnog projekta br. 410004, oba podržanih od strane Ministarstva za nauku Republike Srbije, a čiji je nosilac Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka u Beogradu.

predstavlja većinski prihvaćen stav, kako u uporednopravnoj teoriji tako i pravnoj praksi većine zemalja.

Hajrija Mujović-Zornić, PhD,
Institute for Social Science,
Belgrade

MEDICAL ERRORS INTO A FRAME OF CIVIL LIABILITY

This article deals with the common term of different physician's errors that often happen in daily practice of health care. Author begins with the term of medical malpractice, defined broadly as practice of unjustified acts or failures to act upon the part of a physician or other health care professionals, which results in harm to the patient. It is a common term that includes many types of medical errors, especially physician's errors. Author also discusses the concept of physician's error in particular, which is understood no more in traditional way only as classic error in acting something manually wrong without necessary skills (medical concept), but as an error which violates patient's basic rights and which has its final legal consequence (legal concept). In every case the essential element of liability is to establish this error as a breach of the physician's duty. The first point to note is that the standard of procedure and the standard of due care against which the physician will be judged is not going to be that of the ordinary reasonable man who enjoys no medical expertise. The court decision should give finale answer and legal qualification in each concrete case. Author concludes that higer protection of human rights in the area of health equally demands broader concept of physician's error with the accent to its legal subject matter.

Key words: *medical liability, malpractice, physician's error, medical concept, legal concept*

Dr Jelena Čeranić

Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK: 347.771(4-672 EU)

Originalni naučni rad

PRIMENA MEHANIZMA BLIŽE SARADNJE U OBLASTI PATENTNOG PRAVA EU

U radu se analizira primena bliže saradnje u oblasti patentnog prava EU. Nakon uvodnih napomena o samom mehanizmu bliže saradnje, prvi deo rada posvećen je postupku zaštite pronalazaka na osnovu Konvencije o evropskom patentu. U drugom delu rada predstavljen je predloženi sistem zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji primenom mehanizma bliže saradnje. Novi sistem sastoji se od dve uredbe: Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije i Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja. Posebna pažnja je posvećena prednostima zaštite pronalazaka primenom ovog novog sistema. U okviru trećeg dela rada razmotrena je mogućnost uspostavljanja novog sistema za rešavanje patentnih sporova unutar EU.

Ključne reči: *Intelektualna svojina, patent, Evropska unija, bliža saradnja, Konvencija o evropskom patentu.*

I UVODNE NAPOMENE

Evropska unija prevazišla je očekivanja svojih idejnih tvoraca kako u kvantitativnom, tako i u kvalitativnom smislu. Budući da je došlo do povećanja broja država članica i heterogenosti Unije, moralo se odstupiti od određenih postulata na kojima se nekada insistiralo. Jedan od njih je i princip jednakosti i jedinstva država članica, na osnovu koga sve države članice jednoobrazno učestvuju u razvoju svih politika Unije. Danas je nemoguće zamisliti da sve zemlje napreduju istim ritmom. S jedne strane, pojedine države ne mogu, jer nisu na odgovarajućem stepenu razvoja, a s druge strane, neke i ne žele da učestvuju u razvoju određenih politika. „Da bi Evropska unija, koju čini dvadeset sedam država članica nastavila da napreduje i produbljuje integracije, koncept jednakosti i jedinstva država članica ustupio je mesto konceptu diferenciranosti (fleksibilnosti). Pod fleksibilnošću komunitarnog prava se podrazumeva mogućnost da se države članice nalaze u različitom položaju u pogledu opsega prava i obaveza u okviru određenih politika Unije. Dakle, na osnovu ovog koncepta, svaka

država članica Evropske unije ime mogućnost da produbljuje integracije sopstvenim ritmom.¹

Iako je diferenciranost u primeni komunitarnog prava neformalno oduvek bila prisutna u evropskom pejzažu, diferencirana integracija kao koncept prava EU prvi put je predviđena Ugovorom iz Amsterdama 1997. godine. Diferencirana integracija je institucionalizovana u vidu odredbi o bližoj saradnji. Na osnovu Ugovora države članice koje nameravaju da uspostave međusobnu saradnju, mogu koristiti institucije, postupke i mehanizme predviđene Ugovorima, uz poštovanje određenih uslova. Inače, Ugovorom je predviđeno da kada se bliža saradnja uspostavi, ona ostaje otvorena za sve države članice koje joj inicijalno nisu pristupile.

Predviđene Ugovorom iz Amsterdama, odredbe o bližoj saradnji su u nekoliko navrata bile predmet izmena i dopuna. Najpre Ugovorom iz Nice, kojim su ublaženi uslovi za otpočinjanje bliže saradnje, a zatim Ugovorom iz Lisabona, koji sadrži sveobuhvatnu reformu mehanizma bliže saradnje, u smislu njegovog prilagođavanja novonastalim okolnostima u Uniji.

Mehanizam bliže saradnje pokrenut je u oblasti patentnog prava EU u prvoj polovini 2011. godine. Iako formalno postoji od 1997. godine, ovo je tek drugi put u istoriji evropskih integracija da se pokreće bliža saradnja.² Bliža saradnja je, u skladu sa odredbama Ugovora iz Lisabona, odobrena odlukom Saveta od 10. marta 2011. godine. Naime, Ugovorom je predviđeno da države članice koje žele da međusobno uspostave bližu saradnju u nekoj od oblasti iz Ugovora, podnose zahtev Komisiji, u kojem preciziraju oblast u kojoj žele da ostvare bližu saradnju i ciljeve koje žele da postignu. Komisija može podneti Savetu odgovarajući predlog u vezi sa tim.³ Dana 13. aprila 2011. Evropska komisija je predložila zakonodavni paket mera sastavljen od dva predloga kojima se primenjuje mehanizam bliže saradnje u oblasti zaštite pronalazaka.

Ugovorom iz Lisabona je predviđeno da odluku o odobrenju bliže saradnje, pod uslovom da u njoj učestvuje najmanje devet država članica, donosi Savet kao poslednja instanca, pošto je utvrdio da se ciljevi postavljeni u okviru ove saradnje, u razumom roku, ne mogu ostvariti u okviru Unije kao celine.⁴ Predlog o uspostavljanju bliže saradnje u oblasti patentnog prava EU je odobren na vanrednom sastanku Saveta za konkurenciju 27. juna 2011. godine.

Cilj ovog zakonodavnog paketa je da se pronalazačima u Evropi pruže jedinstvena prava koja mogu da budu prenesena, licencirana, poništena

¹ J. Čeranić, *Oblici povezivanja država članica u Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 22.

² Prvi put je bliža saradnja pokrenuta u oblasti prava koje se primenjuje na razvod i pravno razdvajanje. Ovoj saradnji se do sada priključilo četrnaest država članica EU.

³ Čl. 329, st. 1, tač. 1 Ugovora FEU

⁴ Čl. 20, st. 2 Ugovora EU.

ili zastarela u svim državama članicama koje učestvuju u bližoj saradnji.⁵ Do sada se dvadeset pet država članica EU priključilo bližoj saradnji, dok su Španija i Italija izabrale da ostanu izvan nje. Jedan od osnovnih razloga za uspostavljanje novog sistema u oblasti zaštite pronalazaka unutar Evropske unije je činjenica da je dobijanje patentne zaštite, u svim ili većini evropskih zemalja, na osnovu postupka koji vodi Evropski zavod za patente (EZP) iz Minhena, izuzetno skupo.⁶

U prvom delu rada biće predstavljen postupak zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji na osnovu Konvencije o evropskom patentu, koju obezbeđuje Evropski zavod za patente. U drugom delu biće analiziran predloženi sistem zaštite pronalazaka u Evropskoj uniji primenom mehanizma bliže saradnje. Ovaj novi sistem sastoji se od dve uredbe : Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije i Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja. Posebna pažnja biće posvećena prednostima zaštite pronalazaka primenom ovog novog sistema. U trećem delu rada biće razmotrena mogućnost uspostavljanja novog sistema za rešavanje patentnih sporova unutar EU.

II ZAŠTITA PRONALAZAKA U EU NA OSNOVU KONVENCIJE O EVROPSKOM PATENTU

U Evropi zaštitu pronalazaka obezbeđuje Evropski zavod za patente, kome se prijave podnose na osnovu propisa uspostavljenih Konvencijom o evropskom patentu (KEP). Konvencija o evropskom patentu je poseban sporazum zaključen na osnovu člana 19 Pariške konvencije. Njome se ustanovljava nadnacionalni sistem pravnih normi kojima se uređuje postupak priznavanja patenta u Evropi, tzv. evropskog patenta. Evropski patent proizvodi neposredno dejstvo u državama članicama ove konvencije. Konvencija ima regionalni karakter, tako da joj mogu, pod određenim uslovima, pristupiti samo evropske države. Inače, ovu konvenciju je potpisalo trideset osam evropskih zemalja, tačnije svih dvadeset sedam država članica EU i jedanaest drugih zemalja Evrope.

Jedna od specifičnosti Konvencije o evropskom patentu je to što krug pronalazača, odnosno njihovih pravnih sledbenika, koji imaju pravo da se pozivaju na ovu konvenciju nije ograničen državljanstvom, prebivalištem/

⁵ E. Bonadio, „The EU Embraces Enhanced Cooperation In Patent Matters: Towards A Unitary Patent Protection System“, *European Journal of Risk Regulation*, 3/2011, str. 416.

⁶ Na osnovu nekih procena zaštita pronalaska prema sistemu EZP u svih dvadeset sedam država članica EU, u ovom trenutku, bi koštala oko 31 hiljada evra od čega bi 23 otišlo na samo na troškove prevođenja. S druge strane, zaštita pronalaska u SAD košta 1850 evra u proseku. Ova činjenica sama za sebe ukazuje nekonkurentnost evropske tehnologije i objašnjava zašto Evropska unija zaostaje za SAD u oblasti tehnologije i nauke i razvoja.

sedištem ili drugom pravnom činjenicom. Dakle, svako pravno ili fizičko lice na svetu ovlašćeno je da podnese evropsku prijavu i, pod propisanim uslovima, stekne evropski patent.

Što se tiče materijalnog evropskog patentnog prava, njega sačinjava skup normi, sadržanih u Konvenciji o evropskom patentu, kojima se određuju : predmet patentne zaštite, uslovi patentibilnosti pronalaska, lica koja imaju pravo na evropski patent, pravne posledice evropske prijave i evropskog patenta, dužina trajanja evropskog patenta i uticaj evropskog patentnog prava na nacionalni pravni sistem.

Ono što je posebno važno istaći je da materijalno evropsko patentno pravo na nadnacionalni način uređuje patentnu zaštitu pronalaska samo u određenom intervalu, tj. od trenutka podnošenja evropske prijave do trenutka priznavanja evropskog patenta. „Od trenutka priznavanja evropskog patenta, u načelu, prestaje primenljivost nadnacionalnih normi, te se evropski patent 'raspada' na onoliko broj nezavisnih nacionalnih patenata, koliko ima zemalja članica KEP-a koje je prijavitelj u evropskoj prijavi naznačio kao države u kojima želi patentnu zaštitu za svoj pronalazak. Svaki od tih patenata, koji se dalje naziva evropski patent, nastavlja da traje u pojedinoj državi, podvrgnut propisima nacionalnog patentnog prava. Njegova sudbina je nezavisna u odnosu na sudbinu ostalih evropskih patenata za isti pronalazak, koji su priznati na osnovu iste odluke EZP.“⁷

Dakle, Evropski zavod za patente ispituje zahteve i odobrava podnosiocu paket nacionalnih patentnih prava. Drugim rečima, ono što obezbeđuje Evropski zavod za patente jeste centralizovani postupak ispitivanja koji se završava izdavanjem onoliko nacionalnih patenata koliko je država navedeno u zahtevu. Jednom kada Evropski zavod za patente prizna patent (tačnije paket nacionalnih patenata), on mora da bude potvrđen u svakoj državi ugovornici koja je naznačena u prijavi. U zavisnosti od nacionalnog zakonodavstva može se zahtevati:⁸

- prevod na nacionalne jezike celokupnog patentnog spisa;
- prevod na nacionalne jezike samo patentnih zahteva;
- prevod na nacionalne jezike samo patentnih zahteva i prevod patentnog spisa na engleski jezik ukoliko je evropski patent priznat na nemačkom ili francuskom.

Na ovaj način, tj. prevodenjem na nacionalne jezike patentnih spisa i patentnih zahteva, povećavaju se troškovi, što naročito pogađa državna istraživačka tela, kao i mala i srednja preduzeća. Štaviše, održavanje patenta koji je priznao Evropski zavod za patente podrazumeva plaćanje godišnje takse u svakoj zemlji u kojoj je potvrđen, kao i registraciju svakog prenosa,

⁷ S. Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Istočno Sarajevo, 2007, str. 349.

⁸ Detaljnije na Internet adresi:

<http://www.kombeg.org.rs/Slike/CeTranIRazvojTehnologija/2011Maj/Zastita%20novih%20tehnickih%20resenja%20patentom.pdf>, 10. oktobar 2011.

dozvola i drugih prava (relevantni troškovi koje mora da plati vlasnik). Osim toga, vlasnici patenata su prinuđeni da, u svakoj državi u kojoj je patent potvrđen, plaćaju zastupnike, tj. advokate, koji vode računa o usaglašavanju evropskog patenta sa nacionalnim propisima u ovoj oblasti.⁹

Ovakva složenost i troškovi često navode evropske pronalazače da ograniče zaštitu na samo nekoliko država ugovornica EZP. Oni svoj pronalazak štite u proseku u pet od dvadeset sedma država članica EU, što na neki način smanjuje njegovu vrednost. Usled nedostatka zaštite u mnogim zemljama EU, pronalasci mogu biti predmet krivotvorenja čime se povećava trgovina proizvodima nastalih povredom patenta. Npr. pod pomenutim okolnostima nije moguće sprovesti oduzimanje na carini EU u skladu sa Uredbom 1383/2003 o carinskim merama u vezi sa robom za koju se sumnja da se njome povređuju prava intelektualne svojine i merama u vezi sa robom za koju se ustanovi da se njome povređuju ta prava. Naime, ti proizvodi mogu da uđu u EU preko država članica u kojima pronalazak nije zaštićen i nakon toga slobodno da se kreću unutar EU, čak i da budu uvezeni u one zemlje gde je pronalazak zaštićen.

U poslednjih par godina bilo je nekoliko neuspešnih pokušaja stvaranja patenta Unije na način na koji je to regulisao Zavod za harmonizaciju na unutrašnjem tržištu u Alikanteu (Španija) kada je u pitanju komunitarni žig i dizajn. Primena mehanizma bliže saradnje u dvadeset pet država članica EU predstavlja najskoriji pokušaj. Čini se da će ovoga puta pokušaj biti uspešan, pre svega zahvaljujući samim pravnim osnovama na kojima je počiva. Naime, Ugovorom iz Lisabona je uvedena *ad hoc* pravna osnova, u smislu da je predviđeno da u okviru uspostavljanja i funkcionisanja unutrašnjeg tržišta, Evropski parlament i Savet, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, utvrđuju mere u vezi sa osnivanjem evropskih tela u cilju obezbeđenja uniformne zaštite prava intelektualne svojine u Uniji i uspostavljanja centralizovanog sistema autorizacije, koordinacije i kontrole na nivou Unije.¹⁰ Takođe je predviđeno da Savet, odlučujući u skladu sa posebnim zakonodavnim postupkom, utvrđuje uredbama lingvistike režime na evropskom nivou. Savet odlučuje jednoglasno, posle konsultovanja Evropskog parlamenta.¹¹

III NOVI SISTEM ZAŠTITE PRONALAZAKA U EU

Komisija je izložila dva zakonodavna predloga u oblasti zaštite pronalazaka : Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije i Uredba o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja. Za donošenje Uredbe kojom

⁹ E. Bonadio, 417.

¹⁰ Čl. 118, st. 1 Ugovora FEU.

¹¹ Čl. 118, st. 2 Ugovora FEU.

se uvodi patent Unije je, na osnovu redovnog zakonodavnog postupka,¹² potrebna kvalifikovana većina od dvadeset pet država članica i odobrenje Evropskog parlamenta, dok je za donošenje Uredbe o prevođenju, na osnovu specijalnog zakonodavnog postupka,¹³ potrebna jednoglasna odluka dvadeset pet država članica, posle konsultovanja Evropskog parlamenta.

1. Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije

Predlogom Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije¹⁴ propisani su uslovi za dobijanje patenta Unije i njegove pravne posledice. Ova uredba je usklađena sa odredbom Konvencije o evropskom patentu na osnovu koje grupa zemalja ugovornica, koja predvidi u posebnom sporazumu da evropski patenti priznati za te zemlje imaju jedinstveni karakter na njihovim teritorijama, može predvideti da evropski patenti mogu biti priznati samo zajedno za sve te zemlje.¹⁵ Shodno tome, Evropski zavod za patente priznaje patent Unije koji ima iste posledice u svim državama učesnicama. Dakle, nije potrebno da patent bude potvrđen u svakoj državi ponaosob. Inače, patent Unije postojaće zajedno sa nacionalnim i evropskim patentom. Stoga jedinstveni postupak ispitivanja sprovodi Evropski zavod za patente i dok se ne prizna evropski patent, podnosioci imaju mogućnost da izaberu između sledećih opcija:

- (a) da traže evropski patent u svim državama koje učestvuju u bližoj saradnji;
- (b) da traže evropski patent na teritoriji svih zemalja koje učestvuju u bližoj saradnji, ali i u određenim drugim državama ugovornicama KEP-a (uključujući zemlje EU koje ne učestvuju u bližoj saradnji);
- (c) da se opredele za staru mogućnost, tj. traži evropski patent, određujući pojedinačno zemlje koje su članice KEP-a.

Vlasnici evropskog patenta, koje je priznao Evropski zavod za patente, mogu se opredeliti za zaštitu patentom Unije tako što će poslati poseban zahtev u roku od mesec dana od kada je priznanje objavljeno u Evropskom Patentnom Biltenu. Zaštita će ipak važiti retroaktivno na teritoriji država učesnica od dana objavljivanja priznanja u Evropskom Patentnom Biltenu. Ključne odredbe kojima se reguliše patent Unije su slične onima koje postoje u većini nacionalnih patentnih zakona : npr.

¹² Čl. 118, st 1 Ugovora FEU.

¹³ Čl. 118, st 2 Ugovora FEU.

¹⁴ Tekst dostupan na Internet adresi:

http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/com2011-215-final_en.pdf, 1. oktobar 2011.

¹⁵ Čl. 142 KEP-a.

odredbe o okviru zaštite (čl. 6 i 7), ograničenja (čl. 8) i iscrpljenje prava (čl. 9).

Član 5 predloga Uredbe sadrži značajan izuzetak. Ukoliko je patent Unije ograničen ili povučen na osnovu gubitka novosti,¹⁶ ograničenje ili povlačenje evropskog patenta Unije važiće samo u državama učesnicama bliže saradnje koje su bile naznačene u ranijem evropskom patentnom zahtevu. Drugim rečima, ukoliko je neko podneo evropski patentni zahtev (u vezi sa sličnim pronalaskom) u zemlji koja učestvuje u bližoj saradnji pre podnošenja evropskog patentnog zahteva koji dovodi do dobijanja patenta Unije (i shodno tome ovaj kasniji patent je ograničen ili povučen), ograničavanje ili povlačenje takvog patenta će važiti samo u toj državi članici. To znači da će polje zaštite ili čak dostupnost zaštite biti ili smanjena ili isključena u određenim državama EU, ali ne i u ostalima. Ova odredba je predmet oštih kritika, zato što ne garantuje jedinstvenu zaštitu patentom Unije u svim državama članicama koje učestvuju u bližoj saradnji. Naime, ovakav scenario predstavlja suprotnost patentu Unije, tačnije samom cilju kome predviđeni sistem teži, a to je pravna sigurnost.¹⁷

2. Predlog Uredbe Saveta o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja

Predlogom Uredbe Saveta o sprovođenju bliže saradnje u oblasti stvaranja zaštite patentom Unije koja se tiče prevođenja¹⁸, predviđeno je da se primenjuje sistem prevođenja Evropskog zavoda za patente, koji se zasniva na tri zvanična jezika : engleskom, francuskom i nemačkom. Dakle, podnosioci mogu da ponesu zahtev na bilo kom jeziku, ali oni koji nisu na engleskom, francuskom ili nemačkom moraju biti prevedeni na jedan od tri pomenuta jezika i (u fazi posle priznanja) patentni zahtev bi trebalo da budu prevedeni na druga dva zvanična jezika EZP-a. Ono što predstavlja novinu jeste da će troškovi prevođenja biti nadoknađeni do određenog iznosa i da nikakvi dodatni prevodi neće biti potrebni. Cilj ove uredbe je da se smanje troškovi patentne zaštite u EU pojednostavljenjem sistema prevođenja.

Uredbom je predviđen tranzitni period od dvanaest godina. Tokom ovog perioda, patenti Unije na francuskom i nemačkom trebalo bi da budu prevedeni na engleski. A patenti na engleskom trebalo bi da budu prevedeni na bilo koji zvanični jezik države članice koja učestvuje u bližoj saradnji, a čiji je jezik jedan od zvaničnih jezika EU. Zahvaljujući ovom rešenju,

¹⁶ Čl. 54, st. 3 KEP-a.

¹⁷ E. Bonadio, str. 418.

¹⁸ Tekst dostupan na Internet adresi:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0216:FIN:en:PDF>, 1
oktobar 2011.

obebeđeno je da, tokom perioda tranzicije, svi patenti Unije budu dostupni na engleskom jeziku, tj. jeziku koji se koristi u međunarodnom tehnološkom istraživanju i publikacijama.

3. Prednosti predloženog sistema

Zahvaljujući otklanjanju nacionalnog zahteva za priznanjem i pojednostavljenim zahtevima za prevođenje, troškovi za dobijanje patenta Unije biće dosta niži u odnosu na troškove važećeg postupka Evropskog zavoda za patente. Predviđeno je da će troškovi za dobijanje patenta Unije u dvadeset pet država učesnica bliže saradnje biti 680 evra. Tokom pomenutog perioda tranzicije od maksimalno dvanaest godina, troškovi će biti malo veći, ali svakako ne veći od 2 500 evra za dvadeset pet zemalja, što je i dalje daleko manje u odnosu na troškove postupka zaštite EZP.

Komisija smatra da će na ovaj način biti značajno smanjeni ukupni troškovi i pojednostavljen postupak za dobijanje patentne zaštite u EU. Takođe, Komisija veruje da bi novi sistem trebalo bi da ima važan „spill-over“ efekat. Naime, usled smanjenja troškova, očekuje se da će kompanije i pronalazači povećati prihode i stoga biti voljni da zaštite svoje pronalaskе na osnovu tradicionalnog metoda EZP i u državama koje nisu članice bliže saradnje.¹⁹

Ipak, dve mediteranske države članice EU, Španija i Italija, izabrale su da ne učestvuju u bližoj saradnji, tvrdeći da su podnosioci zahteva iz zemalja u kojima je zvanični jezik engleski, francuski ili nemački u prednosti. Stav Italije i Španije je da ovakva situacija dovodi do poremećaja konkurencije unutar EU, što znači da će kompanije i pojedinci iz zemalja u kojima zvaničan jezik nije jedan od pomenuta tri biti diskriminisani. Stoga je, prema njihovom mišljenju, ovaj sistem u suprotnosti sa odredbom Ugovora o funkcionisanju EU o bližoj saradnji kojom je predviđeno da saradnja ne može predstavljati smetnju niti sredstvo diskriminacije između država članica i ne može imati za posledicu deformaciju pravila konkurencije između država članica.²⁰ S tim u vezi, Italija i Španija su, 30. maja 2011. godine, podnele žalbu pred Sudom pravde EU protiv Odluke Saveta od 10. marta 2011. kojom se odobrava bliža saradnja.

S druge strane, dvadeset pet država članica veruje da su zahtevi za usvajanje bliže saradnje već ispunjeni. Posebno se ističe da će kompanijama i pojedincima koji će morati da snose troškove prevođenja, biti nadoknađena većina nastalih troškova. Shodno tome, zemlje čiji zvanični jezik nije engleski, francuski i nemački neće biti diskriminisane. Štaviše, u skladu sa stavom 14 Odluke Saveta odobravajući bližu saradnju, sistem bi trebalo da

¹⁹ E. Bonadio, str. 418.

²⁰ Čl. 326, st. 2 Ugovora FEU.

poštuje nadležnosti, prava i obaveze država koje ne učestvuju u saradnji, kao što je predviđeno Ugovorom o funkcionisanju EU.²¹ U stvari, takav sistem ne bi trebalo da utiče na dostupnost patentne zaštite u državama članicama koje ne učestvuju u bližoj saradnji zahvaljujući bilo tradicionalnom putu Evropskog zavoda za patente, bilo nacionalnom patentnom postupku.

Osim toga, kao što je Komisija predvidela, kompanije i pojedinci iz država koje ne učestvuju u bližoj saradnji imaju pravo da dobiju zaštitu patentom Unije, koji važi u državama koje učestvuju u bližoj saradnji pod istim uslovima kao i kompanije i pojedinci iz tih država. Dakle, čini se da na osnovu predloženog sistema zaštite i kompanije i pojedinci iz država koje ne učestvuju u bližoj saradnji imaju određene koristi. Na ovaj način podstiču se investicije u oblasti istraživanja i razvoja u celoj EU, a uslovi predviđeni Ugovorom koji se tiču očuvanja ekonomske kohezije²² i ciljevi u vezi sa uspostavljanje unutrašnjeg tržišta i promocijom naučnih i tehnoloških razvoja²³, u potpunosti su ispunjeni.

IV NOVI SISTEM ZA REŠAVANJE PATENTNIH SPOROVA UNUTAR EU

Predloženi zakonodavni paket koji se sastoji od Uredbe kojom se stvara zaštita patentom Unije i Uredbe koja se tiče prevođenja patenta Unije predstavlja samo prvi korak ka jedinstvenom EU patentnom sistemu. Uspostavljanje zaštite patentom Unije trebalo bi da prati i adekvatan pravosudni sistem za rešavanje patentnih sporova na nivou Unije. Naime, prema sistemu koji se trenutno primenjuje, vlasnik evropskog patenta je obavezan da vodi spor u vezi sa povredom patenta pred sudom svake države u kojoj je došlo do povrede.

Međutim, uspostavljanje jedinstvenog pravosudnog sistema za rešavanje patentnih sporova na nivou Unije nije nimalo jednostavno, naročito posle mišljenja Suda pravde od 8. marta 2011. povodom predloga o osnivanju Evropskog i EU Patentnog suda. Predlog o osnivanju Evropskog i EU Patentnog suda je zahtevao pristupanje Evropske unije Evropskom zavodu za patente. Ovo pristupanje bi zapravo značilo usvajanje međunarodnog ugovora između EU, država članica EU i država ugovornica KEP-a koje nisu članice EU. Na taj način bi Evropski i EU Patentni Sud dobio ekskluzivnu nadležnost za rešavanje sporova u vezi sa evropskim patentom. U mišljenju Evropskog suda pravde se navodi da države članice ne mogu da poveru nadležnost za rešavanje patentnih sporova sudu koji je osnovan međunarodnim sporazumom, koji bi lišio nacionalne sudove njihove dužnosti da primenjuju pravo EU, uključujući i ovlašćenja u vezi sa

²¹ Čl. 327 Ugovora FEU.

²² Čl. 326, st. 1 Ugovora FEU.

²³ Čl. 3, st. 3 Ugovora EU

prethodnim postupkom.²⁴ Drugim rečima, ovlašćujući Evropski i EU Patentni sud da rešava u prethodnom postupku, nacionalni sudovi bi bili lišeni tog ovlašćenja. Na ovaj način bi došlo do suštinske izmene karaktera ovlašćenja, poverenih institucijama EU i državama članicama EU, koja su neophodna za očuvanje same prirode prava EU. Stoga je predlog o osnivanju Evropskog i EU Patentnog suda ocenjen kao nekompatibilan sa pravom EU.²⁵

Komisija trenutno razmatra pomenuto mišljenje Suda pravde od 8. marta 2011. kako bi našla odgovarajuće rešenje. Cilj je da se konačno prevaziđu sve poteškoće i izađe sa novim predlogom u oblasti rešavanja patentnih sporova na nivou EU. Krajem maja 2011. godine bilo je diskusija o tome da patentni sud mogu osnovati samo države članice EU, pri čemu treće zemlje ne bi mogle da učestvuju u tome. Cilj osnivanja ovakvog suda je da se zaštita, obezbeđena patentom Unije, poveže sa sistemom koji omogućava da se takvi patenti budu predmet spora u svim državama članicama EU koje učestvuju u bližoj saradnji.²⁶ Dakle, ovaj korak je veoma bitan budući da na osnovu važećeg sistema vlasnik evropskog patenta je obavezan da vodi spor u vezi sa povredom patenta posebno pred sudom svake države u kojoj je došlo do povrede.

²⁴ Čl. 267 Ugovora FEU.

²⁵ E. Bonadio, „EJC Advocate General Rejects EU Patent Litigation Scheme“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 5/2010, str. 286-287.

²⁶ *Ibid.*

Jelena Čeranić, Ph.D,
Institute of Comparative Law, Belgrade

THE ENHANCED COOPERATION MECHANISM IN THE FIELD OF THE EU PATENT LAW

The paper deals with enhanced cooperation mechanism in the field of the EU Patent Law. The objective of this regulatory move is to offer innovators in Europe a unique patent right which can only be transferred, licensed, revoked or may lapse in all the Member States which participate in the enhanced cooperation. After introductory notes with regard to the enhanced cooperation in general, the first part of the article is dedicated the current European Patent Office procedure for protecting the innovations. EPO applications are filed under the rules set forth by the European Patent Convention (EPC) which is not an EU instrument. Otherwise, obtaining patent protection in all or most European countries by using the current procedure is too expensive. Therefore, on 13 April 2011 the Commission tabled a package of two legislative proposals implementing enhanced cooperation in the field of unitary patent protection and translation arrangements. Such proposals were subsequently agreed upon by the EU ministers in an Extraordinary Competitiveness Council on 27 June 2011. So the second part of the article is devoted to the proposed regulations regarding the unitary patent protection in EU. However, Spain and Italy have chosen to remain outside the enhanced cooperation system and challenged before the Court of Justice of the European Union (CJEU) the Council Decision of 10 March 2011 authorizing such cooperation. They point out inter alia that the envisaged system would advantage applicants coming from EU English, French or German speaking countries. The creation of a unique title should be coupled with the adequate jurisdictional arrangements allowing unitary patents to be enforced and revoked throughout the territory of the participating countries. Thus, the third part of the article is dedicated to the centralized patent litigation system.

Keywords: Intellectual Property, patents, European Union, enhanced cooperation, unitary protection, European Patent Convention.

Dr Dragan Prlja

Institut za uporedno pravo, Beograd

Mr Andrej Diligenski

Evropski centar za elektronsku trgovinu i internet pravo

Beč

UDK: 340.5:004.738.5

Originalni naučni rad

PRAVNI ASPEKTI NEUTRALNOSTI INTERNET MREŽE

Neutralnost internet mreže danas je evidentno ugrožena. Korisnici internet servisa ubuduće neće moći da računaju na jednak pristup internet mreži. Države stoje pred velikim izazovom da spreče tu neravnopravnost i omoguće jednak pristup internet mreži, ali one i pored kapaciteta koje poseduju još uvek bitnije ne utiču na poboljšanje situacije. Internet servis provajderi koriste postojeću situaciju da se samovoljno ponašaju na tržištu. Na taj način oni nastoje da eliminišu svaku konkurenciju i održe postojeće kapacitete internet mreže, ali i da cenzurišu sadržaje koji su u interesu država ili posednika krupnog kapitala. Sa druge strane ostaju sami korisnici internet servisa čija zakonskim propisima garantovana prava zapravo ostaju samo mrtvo slovo na papiru, jer oni nisu u mogućnosti da ta svoja zakonom garantovana prava ostvare bez institucija država. Imajući u vidu da je internet sektor i sektor telekomunikacija uopšte od vitalnog značaja za svaku državu, pojedinci mogu malo da učine da bi se to stanje poboljšalo. Regulatorna tela koje države osnivaju nisu zapravo ništa drugo nego još jedan deo državne vlasti, pošto se biraju od strane državne vlasti. Samim time ne može se govoriti o nezavisnosti ovih institucija, pošto izbor članova regulatornih tela zavisi od vlasti odnosno političkih partija. Time zapravo i osnivanje regulatornih tela ima više simboličnu značaj kojim država pokazuje da se stara o korisnicima interneta i konkurenciji na tržištu. Jedino što trenutno ostaje građanima na raspolaganju je da pokreću sudske postupke i tako ostvare svoje osnovno ljudsko pravo, pravo na komunikaciju i razmenu informacija. U ovom pogledu bi trebalo da pomognu ustavni sudovi kao i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu.

Ključne reči: neutralnost internet mreže; pravo; uporedno pravo; internet pravo.

1. UVOD

Strogo kontrolisanje informacija, fabrikovanje istine i cenzura su se pokazali kao već provereni načini organizovanog oblikovanja javnog mnjenja u najsirovijim režimima. Prikrivanje činjenica, narušavanje privatnosti, uskraćivanje informacija i slobode govora i izražavanja, nametanje besmislenih ograničenja, pokazuju se danas kao globalni problem. Jedni od najčešćih vidova sistematskog ograničavanja slobode u modernom dobu informacionih tehnologija su razna ograničenja slobode govora i ograničenja dostupnosti informacija. Pošto je internet danas veoma moćno sredstvo za prevazilaženje ovih ograničenja i omogućava dostupnost informacija širom naše planete, svedoci smo pokušaja postepenog stavljanja interneta pod strogu kontrolu i uvođenja stroge cenzure sadržaja. Jedan od najvažnijih koraka u ovom pravcu je upravo ukidanje neutralnosti internet mreže.

Korisnici internet usluga očekuju da samim pristupom internet mreži mogu neograničeno da pristupe bilo kom sajtu i to u najbržem mogućem roku, bez obzira na vrstu veb sajta. Osim toga očekuju da mogu neometano i sa najvećom mogućom brzinom da koriste bilo koju internet uslugu kao npr. gledanje onlajn videa, slušanje muzike, razgovaranje putem Skype-a. Ono što omogućava korisnicima ovakvo korišćenje interneta je upravo neutralnost internet mreže.

2. POJAM NEUTRALNOSTI INTERNET MREŽE

Neutralnost internet mreže (Network Neutrality ili Net Neutrality) je danas jedan od osnovnih principa koji važi u sajber prostoru. Profesor Kolumbija pravnog fakulteta Tim Wu definiše neutralnost internet mreže kao princip po kome se: "podjednako tretiraju svi sadržaji, sajtovi i platforme"¹ sa idejom da se maksimalno ostvari funkcija javnog informisanja putem interneta.

Princip neutralnosti internet mreže i zagovornici ovog principa ne žele ograničenja od strane provajdera telekomunikacionih usluga kao i državnih organa u vezi sa sadržajima, pristupom veb sajtovima, i uopšte bilo kakvog oblika komunikacije na internetu. Internet bi trebalo da bude jedan "autoput" za slobodan protok informacija, gde bi se svi sadržaji jednako tretirali. Zagovornici ovog principa porede ukidanje neutralnosti internet mreže sa privatizacijom puteva, pa bi u slučaju privatizacije interneta internet provajderi odlučivali o tome ko će da se vozi informacionim autoputem a ko bi trebalo da koristi sporedne puteve.

¹ Wu Tim, Network Neutrality FAQ, http://timwu.org/network_neutrality.html, 17.10.2011.

Ovaj princip omogućava slobodan i otvoren internet i odsustvo bilo kakve vrste diskriminacije. Na osnovu principa neutralnosti internet mreže zabranjuje se internet servis provajderima da blokiraju, usporavaju, ubrzavaju ili na bilo koji drugi način onemogućavaju slobodan pristup internetu i internet sadržajima u zavisnosti od njegovog izvora, destinacije ili vlasništva. Suština je u tome da se kompletan internet saobraćaj ravnopravno tretira. Takođe to podrazumeva i da pristup sajtovima, kao i skidanje muzike, otvaranje E-Mail-ova treba da budu dostupni istom brzinom svima. Ni jedan internet servis provajder ne bi smeo da da prioritet određenim informacijama na štetu drugih. Zadatak provajdera je samo u prebacivanju podataka, a ne biranje kojima će dati prioritet sa boljim kvalitetom usluga.

Sa druge strane razvojem internet servisa poput YouTube-a i Skype-a², brzim i nezaustavljivim usponom socijalnih mreža poput Facebook-a i Twitter-a, telekom i internet provajderima su potrebni veliki infrastrukturni kapaciteti za prenos takvih sadržaja što ponekad dovodi do zagušenja u mreži. Provajderi koji nude pristup internet mreži (Access Provider-i) pokušavaju da svoja ograničenja u kapacitetu kompenzuju sa upravljanjem internet saobraćaja što može dovesti do stvaranja prednosti na tržištu kroz davanje prednosti nekim internet uslugama. To se može iskoristiti i za borbu protiv konkurenata na tržištu i ostavlja mogućnost za cenzuru neistomišljenika³.

² Ministarstvo tehnologije NR Kine je skrenulo pažnju na krah "ilegalnih VoIP telefonskih servisa" i izjavilo da skuplja dokaze za tužbu protiv takvih organizacija, ali nije objavilo imena istih. To bi moglo da utiče na servise koji funkcionišu na tom principu kao što je Skype, ali analitičari kažu da nisu sigurni da li je takva akcija usmerena direktno protiv Skype i da li će uopšte imati uticaja na taj servis. Treba imati u vidu da je 2005. godine Skype bio blokiran u delovima Kine nakon što je Vlada zabranila pozive preko interneta, a u isto vreme je Vlada omogućila svojim kompanijama da testiraju servise koji funkcionišu na sličan način kao Skype. Sumnja se da kineska vlada pokušava da zaštiti vladine telefonske agencije - China Telecom, China Unicom i China Mobile, koje su gubile novac na poslovima poziva sa velikih daljina. Skype omogućava da se takvi pozivi obave mnogo jeftinije, ili čak potpuno besplatno za obe strane. Izvor: Novi zakoni u Kini ugrozili funkcionisanje Skype, <http://www.vijesti.me/svijet/novi-zakoni-kini-ugrozili-funkcionisanje-skajpa-clanak-899>, 14.10.2011.

³ Turska je četvrti član veoma velikog broja zemalja koje su zabranjivale ili povremeno zabranjuju YouTube. Ostale tri su Kina, Pakistan i Tajland, dok Severna Koreja, Saudijska Arabija, Ujedinjeni Arapski Emirati, Iran i mnoge druge zemlje koje pokušavaju da cenzurišu internet i YouTube, to čine na diskretniji način. U Turskoj se na osnovu Zakona o internetu (2007) pruža devet osnova za blokiranje interneta, a dečija pornografija i vredanja Ataturka su dve od njih. Problem nije toliki u osnovi za zabranu, nego u lakoći procesa zabrane. Svaki građanin ili državni tužilac u svakom sudu može da pokrene proces koji će dovesti do zabrane veb sajta i provajderi sadržaja tzv. Content Provider-i (kreatori veb sajtova) nemaju nikakve šanse da se brane ili da otklone "štetan" sadržaj pre zabrane. Većina problema je pronađeno na sajtu YouTube. Grci i Jermeni su postavljali na YouTube uvredljive sadržaje o Ataturku. Tursko javno tužilaštvo je tražilo da YouTube: 1. ukloni sav uvredljiv sadržaj o Ataturku; 2. YouTube otvori ogranak u Turskoj (na taj način bi postali poreski obveznici u Turskoj i tako bi Turska mogla da zabrani uvredljivi sadržaj). YouTube je odbacio sve takve zahteve.

Velike kompanije iz oblasti telekomunikacija su mišljenja da servisi kao što su YouTube i Google, koji koriste infrastrukturu telekom operatera, moraju da učestvuju i u finansiranju te infrastrukture.

Jedna od najvažnijih karakteristika današnjeg interneta, je to da je internet odličana platforma za inovacije. Danas svako od nas može da kreira, objavi novi servis ili novi sadržaj na internetu, bez prethodnog odobrenja, testiranja samo je neophodan pristup internetu⁴. Neutralnost internet mreže omogućava i osigurava da i inovatori mogu da počnu od malog i da sanjaju o tome da postanu u budućnosti novi Ebay ili Google, a da ne budu već u startu onemogućeni u tome. Ukoliko internet mreža ne bi bila neutralna, početnici bi bili potisnuti sa tržišta od strane velikih kompanija koje bi plaćale za svoje vodeće mesto na internetu. Između ostalog važno je uspostaviti ravnotežu između otvorenosti i neutralnost internet mreže na jednoj strani i na drugoj strani slobode u pogledu dizajna inovacija u najširem smislu.

U poslednje vreme svedoci smo mnogobrojnih primera zloupotreba, koji se kriju pre svega iza koncepta bezbednosti. Tako bi npr. u praksi potrošačima moglo da se ponudi zaštita od terorizma, spam-a, dečije pornografije, krađe identiteta, virusa, hakovanja na internetu, ali bi cena ove sigurnosti tj. bezbednosti na internet mreži bila previsoka. U ovoj prilici treba ukazati na Bendžamina Frenklina i njegovu izreku *"oni koji su spremi da se odreknu osnovnih sloboda u cilju dobijanja kratkoročne sigurnosti, ne zaslužuju ni slobodu ni sigurnost"*⁵. Internet provajderi će ponuditi "pakete", koji bi zadovoljavali interese korisnika i koji bi se sastojali iz "delova" interneta, ali koji bi bili u posedu ili vlasništvu internet provajdera i onih koji

Razlog: kompanija nije osnovana u ovoj zemlji i ne podleže njenim zakonima. Što se tiče brisanja sadržaja, ne mogu da ispune zahtev Turske, jer bi to izazvalo lavinu sličnih zahteva iz tzv. "slobodnih zemalja" kao što su Pakistan i Tajland. Turski internet korisnici nisu mogli da pristupe YouTube zvanično skoro pet meseci. Izvor: Budimac Bojan, YouTube? I ja tebi!, <http://blog.b92.net/text/4674/YouTube%3F%20I%20ja%20tebi/>, 28.8.2011.

⁴ Italijansko izdanje online enciklopedije Wikipedia, uskoro više neće biti dostupano. U Italiji bi uskoro mogao da bude usvojen novi nacrt zakona, koji bi trebalo da spreči neutralne i besplatne kao i slobodne članke na internet mreži. U ovoj fazi postoji opasnost da italijanska Wikipedia nije više koristan servis, koji do sada mogao da pruži čitaocu očekivane i korisne informacije. Trenutno sajt je sakriven, a uskoro se očekuje da može biti obrisano nakon usvajanja zakona. Sporni nacrt zakona predviđa, između ostalog, obavezu vlasnicima veb sajtova, koji će morati da uklone "nepoželjne informacije" u roku od 48 sati bez odluke suda. Samo mišljenje navodno oštećenih osoba ili organizacija je dovoljno da se pritupi korekciji sadržaja. Prostupak je dovoljno pokrenuti i bez utvrđenja da li se stvarno radi o poverđenom ličnom pravu. Pošto Wikipedia ne podleže italijanskim zakonima, jasno je da će samo italijanski korisnici biti uskraćeni za sadržaje iz ove enciklopedije. Izvor: Italienische Wikipedia durch Gesetz gefährdet, <http://futurezone.at/netzpolitik/5280-italienische-wikipedia-durch-gesetz-gefaehrdet.php>, 10.10.2011.

⁵ Franklin Benjamin, They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety, http://de.wikiquote.org/wiki/Benjamin_Franklin, 1.10.2011.

bi bili spremni da plaćaju deo njihove mreže. Ovo naravno ne znači da drugi "delovi" interneta ne bi bili dostupni, bili bi i oni, ali bi bili ponuđeni van pripejd paketa i bili bi sporiji i sa dodatnim cenama za te delove interneta. Da bi se koristila ova dodatna usluga, potrebno bi bilo naravno da se plati za to, pošto bi se ova usluga fokusirala na "bezbednost", a bezbednost se ne može postići u otvorenim sistemima.

Pošto se internet sve više koristi za gledanje televizije i pričanje putem Skype-a, internet servis provajderi su u poziciji, da distributerima sadržaja kao što su novinski sajtovi, video sajtovi, telefonske usluge (Skype) omoguće prednost u odnosu konkurenciju. Naravno, veća brzina obrade informacija podrazumeva skuplje usluge. Poskupljenje za brži pristup internetu, je prvi korak u stvaranju interneta prvog i drugog razreda (klase). To bi značilo da mnogi ljudi neće moći da priušte veb servise zbog viših cena.

Kako pomiriti interese korisnika interneta kojima su otvorenost internet mreže i jednakost omogućili pristup i razvoj raznih servisa i interese internet servis provajdera koji žele da imaju što veći broj korisnika i koje smatraju da im pripada udeo u rastućem tržištu oglašivačkog kolača. Da bi se sprečilo i prevazišlo sve ovo i našao kompromis između dve strane, postavlja centralno pitanje - Da li je potrebno da se zakonski reguliše ovo pitanje i ova materija?

Da li je pravno moguće i pod kojim uslovima na osnovu zakona je dozvoljeno sklapanje ugovora između internet servis provajdera (u daljem tekstu - ISP) i korisnika kojim se ograničava internet sadržaj?

Ograničenja internet sadržaja (neutralnosti internet mreže) se mogu predstaviti takođe šematski:

Ograničenja internet sadržaja	
Kvalitativna ograničenja	Kvantitativna ograničenja
Provajderi isključuju određene sadržaje ili aplikacije potpuno sa njihovih mreža	Provajderi usporavaju određene vrste internet saobraćaja i prenosa podataka
Primeri: - Blokiranje Peer-to-Peer aplikacija ili Youtube-a - Blokiranje VoIP aplikacija - Blokiranje E-Mail-ova sa određenim sadržajem	Primeri: - Usporavanje Peer-to-Peer saobraćaja u udarnom vremenu - Usporavanje VoIP saobraćaja

3. PRAVNI ASPEKTI NEUTRALNOSTI INTERNET MREŽE U UPOREDNOM PRAVU

3.1. Razvoj pravne regulative u oblasti neutralnosti internet mreže

Do pre samo nekoliko godina tehnički je bilo nemoguće analizirati prenos podataka u realnom vremenu. Danas su ISP u stanju da uz pomoć Deep Packet Inspection⁶ izvrše detaljnu analizu saobraćaja podatka. Na ovaj način su oni u mogućnosti da izvesnim podacima daju prednost a neželjeni transfer podataka usporavaju ili blokiraju. Ove mogućnosti su se desile najpre u SAD, gde je i vođena debata o tome da li ovaj problem treba zakonski regulisati. Zagovornici principa neutralnost internet mreže i zakonskog regulisanja su mišljenja da će doći do ograničenja inovacija i tehničkog razvoja ukoliko ne postoje propisi o diskriminaciji sadržaja i aplikacija. Dok protivnici zakonskog regulisanja tvrde da regulisanje materije ne bi dovelo do podstreka kod ISP da dalje investiraju u njihovu mrežnu infrastrukturu.

Federal Communications Commission (FCC) je izradila krajem 2009 nacrt uredbe o neutralnosti internet mreže. D.C. Circuit Court of Appeals je utvrdio u aprilu 2010., da FCC nema nadležnost da reguliše upravljanje mreže od strane provajdera. Od ove sudske odluke FCC radi na uspostavljanju širokopojasnom pristupu i uslugama na internet mreži.

U Evropskoj Uniji je debata na temu neutralnost internet mreže započela tek u 2007. godini, prilikom pregovaranja oko paketa reformi u oblasti telekomunikacija⁷. 2010. u januaru mesecu se evropska komesarka za informaciono društvo prilikom rasprave u Evropskom parlamentu založila za princip neutralnost internet mreže. Takođe je i Evropska komisija održala konsultacije ovim povodom.

Ofcom regulatorno telo u Velikoj Britaniji je iniciralo prošle godine javne debate o upravljanju internet saobraćajem i neutralnosti internet mreže⁸.

U Francuskoj je vlada sprovela proces konsultacija o neutralnost internet mreže⁹.

U Nemačkoj se o neutralnosti internet mreže raspravlja u vezi sa amandmanom Zakona o telekomunikacijama¹⁰.

⁶ Deep Packet Inspection je tehnologija, koja omogućava analize sadržaja kojima se preko internet mreže prenose paketi podataka. Izvor: Ramos, *Deep Packet Inspection Technologies*, Tipton/Krause, Information Security Management Handbook, 2007, 2195.

⁷ Promene su napravljene u Citizens' Rights Directive (2009/136/EC) i Better Regulation Directive 2009/140/EG.

⁸ Net Neutrality, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/net-neutrality/summary/netneutrality.pdf>, 15.10.2011.

⁹ Dokument o konsultacijama, http://www.telecom.gouv.fr/fonds_documentaire/consultations/10/consneutralitenet.pdf, 15.10.2011.

Norveška poštanska i telekomunikaciona uprava je, u saradnji sa ISP, provajderima sadržaja (Content Provider), predstavnicima industrije i društvom za zaštitu potrošača razvila smernice za neutralnost internet mreže, provajderi mogu dobrovoljno da se pridžavaju ovih smernica. Norveški model karakteriše tri principa. Prvo, korisnici treba da imaju pristup internetu sa brzinom i kvalitetom koji su provajderi obećali u svojoj ponudi; Drugo, korisnici treba da imaju pravo da slobodno koriste pristup internetu, dok će nezakonite i štetne radnje biti isključene iz slobodnog pristupa internetu. Treće, smernice sadrže princip nediskriminacije: internet korisnici imaju pravo na pristup internetu bez diskriminacije saobraćaja na osnovu sadržaja, aplikacije, primaoca i pošiljaoca¹¹.

Luksemburška Vlada je predstavila Nacionalnu strategiju za uspostavljanje širokopojasnog interneta i očuvanje neutralnost internet mreže, koja je usvojena u aprilu 2010¹².

Holandija je prva evropska zemlja koja je donela zakon u kojem se mobilnim operaterima zabranjuje dodatno naplaćivanje usluga koje koriste internet protokol, bez obzira o kojoj funkciji se radi. Kako je penetracija širokopojasnog interneta dostigla takav nivo da je gotovo nemoguće pronaći dom bez priključka na internet, telekom provajderi su se uspaničarili i počeli su da donose neke odluke protiv kojih se korisnici bune. Sličan problem je i kod mobilnih operatera, gde je mobilna veza preko interneta gotovo standard današnjice. Pojavom i naglim širenjem aplikacija za pametne telefone našlo se i nekoliko aplikacija kojima možete slati besplatne poruke ili besplatno zvati poput Skype-a, WhatsApp-a, Viber-a i sličnih. Telekom i internet servis provajderima se naravno to nikako ne sviđa jer sve je izglednije kako će se smanjiti korištenje GSM poziva i SMS poruka te da će jedino što će korisnici plaćati biti za protok podataka, koji je daleko povoljniji (barem u zemljama koje mogu doneti Zakon o neutralnosti internet mreže)¹³. Videćemo koliko će i ostale zemlje EU slediti ovaj primer.

Sa druge strane srpska javnost je nedovoljno obaveštena o ovoj tematici. Na EuroDIG¹⁴ (European dialogue on Internet governance)

¹⁰ Holznagel, Netzneutralität im TKG-Entwurf, <http://www.telemedicus.info/article/1866-Netzneutralitaet-im-TKG-Entwurf.html>, 15.10.2011.

¹¹ Network neutrality: Guidelines for Internet neutrality (2009), <http://www.npt.no/.../202020.pdf>, 15.10.2011.

¹² Le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg Ministère d'État/Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur, Stratégie nationale pour les réseaux à « ultra-haut » débit - L'« ultra-haut » débit pour tous – (2010), http://www.mediacom.public.lu/.../haut_.pdf, 15.10.2011.

¹³ Associated Press, Net neutrality enshrined in Dutch law, <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/jun/23/netherlands-enshrines-net-neutrality-law>, 15.10.2011.

¹⁴ Snimak cele konferencije može se videti na sajtu <http://www.live-e.tv/video-prilog/etv-07-06-2011/eurodig-2011-european-national-priorities-internet-governance-%E2%80%93-towards->, 20.9.2011.

konferenciji u Beogradu, održanoj u maju ove godine, istaknute je neke vrlo važne polazne osnove za rešenje problema neutralnost internet mreže. Ovom prilikom ukazano na važnost usvajanja Zakona o elektronskim komunikacijama i Strategije razvoja informacionog društva do 2020. Od velikog značaja u Zakonu u elektronskim komunikacijama je zaštita potrošača, a tu se pre svega misli na zaštitu krajnjih korisnika internet usluga. Promovisanje principa neutralnosti internet mreže kod nas se odnosi pre svega na pružanje usluga univerzalnog servisa. Bitnu ulogu u ovoj oblasti i uspostavljanju principa neutralnost internet mreže ima RATEL (Republička agencija za elektronske komunikacije)¹⁵; Ministarstvo kulture, informisanja i informacionog društva¹⁶, kao i pravilnici agencije i ministarstva.

Jedan od najvažnijih zadataka organa vlasti u ovoj oblasti bilo je kako i na koji način regulisati tzv. širokopojasni pristup internetu¹⁷, kao i regulisanje specifičnih ugovora između ISP i korisnika internet i telekomunikacionih usluga.

3.2 Neutralnost internet mreže i ljudska prava

Zemlje Evropske Unije kao i Srbija zagarantovali su osnovna ljudska prava ustavom. Srbija je 2003. godine postala članica Saveta Evrope (tada Srbija i Crna Gora), a zatim ratifikovala EKLJP (Evropska konvencija o ljudskim pravima). Konvencija je eksplicitno navedena u ustavu i od tog vremena sva zagarantovana prava i slobode neposredno važe. Zbog povrede prava EKLJP može se nakon iscrpljenja svih svih instanci domaćeg pravnog sistema pokrenuti i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Ovo važi i za sve zemlje članice Saveta Evrope.

Ono što se odnosi na neutralnost internet mreže a dotiče osnovna ljudska prava jeste jedno od osnovnih ljudskih prava a to je pravo slobode mišljenja i izražavanja (izraženo u članu 10. EKLJP). U zemljama članicama EU kao i u Ustavu Srbije jemči se sloboda mišljenja i izražavanja¹⁸. U ovom

¹⁵ Raniji naziv shodno Zakonu o telekomunikacijama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 45/03 bio je Republička agencija za telekomunikacije. Donošenjem Zakona o elektronskim komunikacijama iz 2010. godine, promenjen je naziv u Republičku agenciju za elektronske komunikacije, "V." čl. 7. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

¹⁶ Ministarstvo za telekomunikacije i informaciono društvo je nedavnom reformom nerazumljivo spojeno sa ministarstvom kulture.

¹⁷ Prema Strategiji razvoja informacionog društva u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 55/05, 71/05-ispravka, 101/07 i 65/08, koji je usvojila Vlada, širokopojasni pristup internetu treba da do 2020. godine dostigne protok od najmanje 100 Mb /s. Razvojem širokopojasnog pristupa internetu potrebno je postići da cene i uslovi pristupa u Republici Srbiji budu bliski proseku EU za sve brzine protoka.

¹⁸ Čl. 46. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06, Art 11. Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01.

članu ustava se zapravo garantuje slobodan pristup informacijama, što bi trebalo ISP naravno da obezbede svim građanima¹⁹. Ovo predpostavlja i slobodu širenja i primanja informacija, koja obuhvata i internet sadržaje u najširem smislu.

Ukoliko bismo pogledali gore opisanu tabelu i razlike u internet sadržaju treba ustanoviti da ukoliko se radi o tzv. kvalitativnim ograničenjima internet sadržaja i kada se tom prilikom blokiraju izvesni internet servisi, bila bi to u osnovi povreda prava na slobodu mišljenja i izražavanja. Tu naime ne bi postojao slobodan pristup mreži.

Kada su u pitanju tzv. kvantitativna ograničenja internet sadržaja naročito kada je reč o usporavanju ili o davanju prednosti određenim podacima ili paketima, sumnjivo je da li postoji povreda prava na slobodu mišljenja i izražavanja. Ukoliko bi se u ovom slučaju radilo o brzini protoka podataka, a ne o generalno pristupu mreži, to bi bilo dopušteno ugovoriti. Pošto nije ugrožen sam pristup internet mreži. Sa druge strane davanje prednosti određenim podacima u internet saobraćaju bi takođe predstavljalo povredu ovog osnovnog ljudskog prava, pošto se radi direktno o samom pristupu internet mreži.

Treba imati u vidu da se sloboda mišljenja i izražavanja²⁰ najčešće u pravnoj nauci navodi kao najvažnije ljudsko pravo i kao kamen temeljac demokratskog društva. Pošto se radi o veoma bitnom ljudskom pravu kao što je sloboda mišljenja, država je glavni garant očuvanja ovog prava. Međutim, ovo ustavom zagantovano pravo se odnosi na odnos države i pojedinaca, a ne na odnos između subjekata privatnopravnih odnosa (u ovom slučaju država ima posrednu ulogu). Upravo u slučaju odnosa između Access Provider-a i korisnika interneta se radi o odnosu privatnopravnih subjekata. Pošto se radi o privatnopravnim subjektima, na ovu materiju se pored ustava primenjuju i pravila obligacionog prava.

¹⁹ Od 1.7.2010 Finska je širokopojasni pristup internetu proglasila osnovnom ljudskim pravom. Ovim zakonom su provajderi obavezni da svim građanima omoguće pristup internetu od najmanje 1MB/S. Finska je inače država sa najvećim brojem internet korisnika u Evropi 96%, a u planu je da se brzina širokopojasnog interneta do 2015. godine poveća do 100 MB/S. Izvor: Rajčević Srđan, Širokopojasni Internet pristup kao osnovno ljudsko pravo, <http://srdjanrajcevic.com/2011/06/09/sirokopojasni-internet-pristup-kao-osnovno-ljudsko-pravo/>, 2.9.2011.

²⁰ U pravnoj nauci se koristi i termin sloboda komuniciranja, informisanja, Berka, *Grundrechte*, 1999, Springer Verlag.

3.3 Pravna regulativa odnosa ISP-a i korisnika i neutralnost mreže

Ugovorni odnos između ISP-a i korisnika internet usluga zasniva se u Srbiji na zakonima²¹ i pravilnicima²², dok se na nivou EU zasniva na direktivama, kojima su regulisane sve relevantne teme vezane za ograničenje sadržaja internet korisnika.

Zakon o elektronskim komunikacijama, kao jedan od glavnih ciljeva određuje pristup univerzalnog servisa svim građanima u Republike Srbije²³. Univerzalni servis čine javne fiksne telefonske mreže, uključujući i usluge za prenos podataka, kvalitet pristupa internetu na tehnološki neutralnoj osnovi. Usluge se pružaju sa standardnim kvalitetom i po pristupačnim cenama²⁴. Kako bi se omogućio pristup internetu što većem broju ljudi tzv. širokopojasni pristup internetu, određen je minimum propusni opseg Dial up konekcija (Dial up pristup internetu)²⁵. Na nivou EU ovakav standard nije predviđen, već je prepušteno državama članicama da same odrede propusni opseg internet konekcije.

RATEL (Republička agencija za elektronske komunikacije²⁶) imenovala više operatera kako bi se omogućilo obavezno pružanje nekih ili svih usluga univerzalnog servisa- Telekom Srbija, Telenor, Vip i Orion Telekom. Ovi operateri odgovaraju praktično u Srbiji Access Provider-ima (pristupnim operaterima).

RATEL ima i pravo da naredi operaterima da prilagode ponuđenu cenu ili uslove za korišćenje usluga univerzalnog servisa, i obavezan je da to sve učini na transparentan i nediskriminatorni način. Agencija kontroliše

²¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni List SCG*, br.1/2003 – Ustavna povelja) i Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

²² Pravilnik o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 38/11, Pravilnik o određivanju početne grupe usluga univerzalnog servisa, *Službeni glasnik RS*, br. 55/09.

²³ V. čl. 4. tač. 52. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

²⁴ Čl. 1. i 7. Pravilnika o određivanju početne grupe usluga univerzalnog servisa, *Službeni glasnik RS*, br. 55/09.

²⁵ Čl. 2. Pravilnika o određivanju početne grupe usluga univerzalnog servisa, *Službeni glasnik RS*, br. 55/09.

²⁶ Shodno čl. 7. ZEK, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 45/03, radi obezbeđivanja uslova za efikasno sprovođenje i unapređivanje utvrdene politike u oblasti telekomunikacija u Republici Srbiji, osniva se Republička agencija za telekomunikacije (sada na osnovu novog Zakona o elektronskim komunikacijama promenjeno ime u Republička agencija za elektronske komunikacije) kao samostalna, odnosno nezavisna organizacija koja vrši javna ovlašćenja, u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim na osnovu ovog zakona. Agencija je samostalan pravni subjekat i funkcionalno je nezavisna od bilo kog državnog organa, kao i od svih organizacija i lica koja se bave telekomunikacionim mrežama, sredstvima ili uslugama. U obavljanju poslova utvrđenih ovim zakonom, Agencija je dužna da obezbedi primenu Strategije razvoja telekomunikacija u Republici. Organe Agencije bira Narodna skupština na predlog Vlade.

operatore i u pogledu određene obaveze i analizira pružanje univerzalnog servisa u Republici Srbiji, uključujući kvalitet i cene pružanja ovih usluga najmanje jednom u periodu od tri godine. Rezultati analize se objavljuju na sajtu Agencije²⁷.

U ugovorima između ISP i korisnika, zakonodavac je izričito predvideo pismenu formu²⁸. Time je praktično onemogućeno da ugovorne strane usmeno sklope ugovor, što je u interesu i ISP a pre svega korisnika internet servisa. Međutim zakonodavac je predvideo i mogućnost potpunog onemogućavanja pristupa internet mreži (kvalitativno ograničenje). Time je data mogućnost ISP da u samom ugovoru predvide bilo kvalitativna bilo kvantitativna ograničenja u prenosu informacija i podataka²⁹.

ISP su dužni da svoju uslugu ponude na način koji korisnika jasno i nedvosmisleno obaveštava o uslovima zaključenja ugovora. Cenovnik usluga, u zavisnosti od ponuđenih vrsta usluga, sadrži: visinu jednokratne naknade za priključenje, visinu mesečne naknade za pristup elektronskoj komunikacionoj mreži ili usluzi, obračunsku jedinicu i tarifni interval, opis posebnih uslova za pristup zaštićenim sadržajima ili uslugama sa dodatkom vrednošću, obaveštenje o troškovima održavanja i dostupnim paketima usluga, obaveštenje o popustima, kao i druge odredbe specifične za određenu uslugu³⁰.

Ova obaveza ISP se uspostavlja i na nivou EU. Države članice bi morale potrošačima još u ugovoru da dostave informacije o ograničenjima pristupa internet mreži, ili korišćenja internet servisa i aplikacija³¹.

Uslovi posebnih oblika plaćanja usluga s dodatkom vrednošću moraju biti saopšteni korisniku na razumljiv način. ISP sa uslugama sa dodatkom vrednošću je u obavezi da korisniku koji plaća uslugu omogući prekid upotrebe usluge u bilo kom trenutku, tako da se odmah obustavi pružanje usluge i ugovorena naplata usluge³². Ovo pravo je naravno omogućeno i na nivou EU³³.

Kada se usluga naplaćuje zavisno od količine ili kvaliteta, ISP je dužan da pretplatniku, na njegov zahtev, izda račun koji sadrži detaljnu

²⁷ V. čl. 56. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

²⁸ V. čl. 105. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

²⁹ V. čl. 105. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, zadnji pasus: "omogućava da se pored obaveznih elemenata iz stava 2. ovog člana u ugovor između korisnika i operatora ubaci i element koji ne obezbeđuje priključak ili pristup elektronskoj komunikacionoj mreži".

³⁰ V. čl. 106. ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010.

³¹ V. čl. 20. stav 1. b) Citizens' Rights Directive, 2009/136/EC.

³² V. čl. 25. Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 38/11.

³³ V. čl. 20. stav 2. Citizens' Rights Directive, 2009/136/EC.

specifikaciju pruženih usluga sa obračunom zaduženja za svaku pojedinačnu uslugu, radi jednostavne provere i kontrole troškova pruženih usluga³⁴.

Pretplatnik takođe može u pisanom obliku da podnese operatoru prigovor na iznos kojim je zadužen za pruženu uslugu, odnosno na kvalitet pružene usluge, kao i da traži naknadu štete, saglasno odredbama ugovora o pružanju usluge sa manjim kvalitetom od ugovorenog³⁵.

3.4 Zaštita podataka i neutralnost internet mreže u Srbiji

Sa donošenjem Data Retention Directive³⁶ na nivou EU su sve dosadašnje direktive, kojima je zajemčena zaštita podataka o ličnosti pogažene³⁷. Time je ovo osnovno ljudsko pravo ugroženo. Iako direktivom nije regulisan odnos između Access Provider-a i internet korisnika, upravo je ovim zakonom omogućeno i snimanje podataka. To sve dovodi u sumnju mogućnost stvarne pravne zaštite internet korisnika. Sa usvajanjem sporne direktive Evropske unije, omogućeno je snimanje podataka u trajanju minimalno 6 meseci do 2 godine koje sve članice EU treba da implementiraju.

Podaci koji se snimaju su: imena i prezimena kao i adrese korisnika (osnovni podaci), ko je, sa kim i kada telefonirao (pristupni podaci), gde se u tom trenutku nalazio (podaci o lokaciji), i koja je IP-adresa korištena³⁸. Iako ovo snimanje podataka nema direktnu vezu sa neutralnošću internet mreže i ne odnosi se na sadržaj komunikacije kako je izričito direktivom i predviđeno, ipak poznatom Data Mining³⁹ metodom je veoma lako ograničiti sadržaj i kontrolisati zapravo sve ono što je garantovano da se neće kontrolisati, a tiče se neutralnosti internet mreže. Sporna direktiva u mnogim zemljama

³⁴ V. čl. 28. Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 38/11.

³⁵ V. čl. 29. Pravilnika o opštim uslovima za obavljanje delatnosti elektronskih komunikacija po režimu opšteg ovlašćenja, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 38/11.

³⁶ Data Retention Directive, 2006/24/EC.

³⁷ U ZEK, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010, predviđeno je u XVII. poglavlju "Tajnost elektronskih komunikacija, zakonito presretanje i zadržavanje podataka" i time je implementirana ova direktiva u Srbiji.

³⁸ U Srbiji se u zakonu ne navode izričito IP-adrese, ali se i one snimaju bez sumnje.

³⁹ Data Mining metode se odnose na softver, koji je zasnovan na automatizovanim predviđanjima predloženih rešenja na osnovu poznatih obrazaca ponašanja iz prošlosti, kao i identifikacija prethodno nepoznatih odnosa, obrazaca i trendova u vrlo velikim bazama podataka. U kontekstu Data Mining velike baze podataka se traže šabloni koji se ponavljaju. Ovo omogućava, na primer, da se putem frekvencije komunikacije ili kroz učestalost i trajanje zajedničke komunikacije u jednom delu telekomunikacione mreže, socijalni odnosi sa sigurnom verovatnoćom mogu rekonstruisati. Pored toga, moguće je otkriti sve društvene konekcije, njihovo širenje i bilo hijerarhijske strukture koje proizlaze iz njih. Izvor: Data Mining: What is Data Mining?, <http://www.anderson.ucla.edu/faculty/jason.frand/teacher/technologies/palace/datamining.htm>, 20.9.2011.

Evropske Unije još uvek nije prihvaćena (Austrija, Nemačka, Rumunija su samo neke od tih zemalja⁴⁰), dok je kod nas olako prihvaćena i to bez vođenja rasprave o bitnim detaljima još pre godinu dana.

Da cela situacija kod nas bude još komplikovanija data su ogromna ovlašćenja direktoru BIA (Bezbedonosno informativna agencija)⁴¹. Naime, direktor BIA može po svojoj arbitrarnoj proceni u bilo kom trenutku zatražiti bilo koji podatak, o bilo kome od nas i telekomunikacioni operateri (uključujući i internet provajdere naravno) su dužni da mu te podatke dostave. Time je prekršen ustav i garantovano pravo na zaštitu podataka o ličnosti, pošto pojedinac nije u mogućnosti da bude obavešten a pored toga nije neophodna i odluka suda, već lična inicijativa direktora BIA.

Na osnovu ovoga može se zaključiti da su zapravo gore navedene slobode izražavanja, kao i pristup internetu i slobodnom protoku informacija strogo kontrolisane od strane države⁴². Time bi države od jedne pravne

⁴⁰ Primera radi u zemljama kao što su Nemačka, Rumunija ova direktiva je proglašena neustavnom od strane Ustavnih sudova tamošnjih zemalja, dok je protiv Austrije pokrenut postupak zbog neimplementacije direktive i kršenja ugovora iz Lisabona. Izvor: Wikipedia, Vorratsdatenspeicherung, <http://de.wikipedia.org/wiki/Vorratsdatenspeicherung>, 15.10.2011.

⁴¹ Radom Agencije rukovodi direktor, koga postavlja i razrešava Vlada. Direktor Agencije dužan je da dva puta godišnje podnese izveštaj o radu Agencije i o stanju bezbednosti Republike Srbije, Narodnoj skupštini i Vladi Republike Srbije. Izvor: BIA, Zakonski okviri, <http://www.bia.gov.rs/zakonski-okviri.htm>, 15.10.2011.

⁴² U Junu ove godine su uvedeni tzv. Filteri za blokadu ilegalnih sajtova. MUP i kompanija Telenor su potpisali ovaj sporazum, kojim se blokira pristup sajtovima sa elementima seksualnog zlostavljanja dece. Na ovaj način će svako ko bude želeo da pristupi ovim sajtovima biti obavešten o tome da pokušava da pristupi zabranjenom internet domenu. U planu su i sporazumi sličnog karaktera sa ostalim operaterima. Postoji baza podataka, koju će MUP Srbije dostavljati operaterima, u kojoj se nalazi spisak sajtova i to ne samo u zemlji sa domenima koji se ne smeju koristiti, a svaki pristup biće filtriran. Da li je ovo još jedna maska za cenzuru sadržaja? Ko kontroliše te spiskove i da li su to zaista sajtovi sa tim sadržajem? Da li je MUP uopšte nadležan da donosi odluku o tome, ili je to neophodno samo na osnovu sudske odluke? Da li će se na ažuriranoj listi danas – sutra možda naći politički protivnici, slobodoumni intelektualci i građani koji ne misle isto kao vladajući režim? Da li je ovo dobra podloga za eliminisanje konkurencije? Te sajtove sa dečijom pornografijom, zlostavljanjem dece trebalo bi oboriti, a njihovi vlasnici (vlasnici sadržaja) trebalo bi da odu zatvor, ali, kad su već poznate IP-adrese ili domen sa takvim sadržajem, trebalo bi zločince uhapsiti a ne filtrirati saobraćaj. To što će nekome biti nedostupan neki prljavi sajt, ne stavlja počinioce u zatvor. Gde je u ovom slučaju prevencija od krivičnog dela? Šta je zaštitni objekat? Izgleda da su zaštitni objekat deca, možda sigurnost države, prevencija...opet sve liči na zamenu teza. Filtriranjem se sigurno ne sprečavaju učinioci ovakvih krivičnih dela. Ukoliko su poznate IP-adrese počinioaca ovih krivičnih dela, onda bi ih trebalo krivično goniti a ne filtrirati internet saobraćaj. Time se ostavlja neodoljiva mogućnost zloupotrebe kako državnih organa tako i operatera. Pošto je interes globalna mreža, teško je goniti učinioce krivičnih dela koji nisu locirani na teritoriji Srbije. Za to postoje odgovarajuće institucije zemalja potpisnica Konvencije o Cyber kriminalu (sve članice EU), kao i Interpol, koji su dužni da ih gone. Izvor: MUP i Telenor potpisali sporazum o bezbednosti na internetu, <http://www.vesti.rs/Politika/Ivica-Da%C4%8Di%C4%87/MUP-i-Telenor-potpisali-sporazum-o-bezbednosti-na-internetu-2.html>, 15.10.2011.

države mogle da postane policijska država, a ovi elementi kontrole bi bili slični Stasi⁴³ metodama za vreme DDR-a.

3.5 Primena prava u oblasti neutralnosti internet mreže

Imajući u vidu osetljivost teme i ne poznavanje funkcionisanja modernih informacionih tehnologija i sopstvenog prava, nedovoljno kvalitetna primene prava u mnogome lišava korisnike internet servisa slobodnog pristupa informacijama.

Pravo na pristup informacijama, internetu je ustavom garantovano pravo, tako da bi građani svoja prava mogli da ostvare i pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, ukoliko bi im država ostvarivanje gore navedenih prava onemogućila. Pošto su prava svih građana na slobodan pristup internetu evidentno ugrožena može se očekivati u budućnosti bujica zahteva upućenih na adresu Evropskog suda za ljudska prava, inače već prenatrpanog zahtevima za zaštitu prava pojedinaca.

Kada se radi o zaštiti internet korisnika mnogi građani imaju problem pošto ne pročitaju ugovor pre nego što ga potpišu. Time praktično sami sebi ograniče pravo pristupa internetu. To se naročito odnosi na mobilni internet, gde se mušterijama nude povoljniji paketi za telefoniranje garantuje se pristup internetu ali pod smanjenom brzinom (sa kojom praktično nije moguće koristiti ni jednu funkciju osim slanja E-Mail-ova), dok se izvesni internet servisi skuplje naplaćuju ili blokiraju. Ovo posebno važi za mobilne telefone koji funkcionišu na android platformi⁴⁴ tzv. pametne telefone (smart telephone).

Internet korisnici bi takođe trebalo da obrate pažnju na pravo na raskid ugovora, ukoliko ISP ponude veću cenu u toku već postojećeg ugovora. Naime u praksi se često događa da ISP jednostrano i bez obavešavanja korisnika povećaju cenu mesečne predplate, što po našem zakonu i po propisima EU ne bi smeli da urade.

Takođe treba imati u vidu da su u praksi pogođene često i usporavane usluge Peer-to-Peer-programa BitTorrent-a, ovakav slučaj se dogodio u

⁴³ Istočnonemačka tajna služba koja je beležila svaku sumnjivu aktivnost, stanovni su imali male rupe u zidovima za snimanje, a postojalo je i odeljenje za analizu dubreta, gde se tražio svaki sumnjivi materijal ili hrana koja dolazi sa Zapada. Izvor: Štazi je nadmašio i svoju majku KGB, PressMagazin, <http://www.pressonline.rs/sr/vesti/PresMagazin/story/142548/%C5%A0tazi+je+nadma%C5%AIio+i+svoju+majku+KGB.html>, 15.9.2011.

⁴⁴ Android funkcioniše kao open-source operativni sistem, tako da proizvođači mobilnih telefona koji se odluče za ovu platformu mogu do izvesne mere da ga prilagode svojim potrebama. Ovaj operativni sistem napravili su Google Inc i T-Mobile u saradnji sa tajvanskim proizvođačem pametnih telefona HTC. Izvor: Internet forum, <http://forum.bih.net.ba/archive/index.php/t-32448-p-2.htmls=f7180334524d99c1be3ec68e21e0fcee>, 10.9.2011.

Nemačkoj⁴⁵. Ova usluga se onemogućava u određenom periodu dana, najčešće u vremenskom špicu. Slučajevi u praksi u vidu usporavanja određenih servisa u vremenskom špicu (uglavnom se radi o večernjem terminu) desili su se i u Velikoj Britaniji, gde je usporavan prenos podataka prilikom gledanja videa na YouTube ili na iPlayer-u. British Telecom je takođe blokirao i usporavao i gledanje televizijskih emisija BBC⁴⁶.

3. ZAKLJUČAK

Što se tiče aspekata ljudskih prava, države su dužne da omoguće slobodan pristup informacijama na osnovu ustava, takođe je zakonski to potvrđeno kroz kontrolu i nadzor kao i ovlašćenja od strane telekomunikacionih regulatornih tela. Država sa svoje strane ima mogućnost i poseduje mehanizme, kojima bi onemogućila provajdere da se samovoljno ponašaju na tržištu.

Međutim, pošto su države dobile praktično mogućnost kontrole pristupa svih oblika elektronskih komunikacija pa i interneta, teško je govoriti uopšte o slobodi pristupa informacija i pravu na slobodno širenje informacija, odnosno neutralnosti internet mreže kada oni koji bi zapravo trebalo u prvoj liniji da garantuju ovo osnovno ljudsko pravo sada zakonski krše ustavno pravo na zaštitu podataka, na slobodu mišljenja i izražavanja i pravo na privatnost pojedinca.

Provajderi takođe moraju voditi računa o principu osnovnih ljudskih prava, ali isto tako i o obavezi da se informišu internet korisnike o nameravanim ograničenjima bilo kvalitativnim bilo kvantitativnim i to na odgovarajući način i u pismenoj formi isključivo. Neophodno bi bilo u ugovoru detaljno regulisati ograničenja, a korisnici internet servisa bi trebalo pažljivo da pročitaju opšte uslove pužanja i korišćenja usluga. Ukoliko bi se naknadno uvela ograničenja u ugovoru korisnik bi morao da ima pravo na raskid ugovora.

Može se zaključiti da je kvantitativno ograničenje dopušteno i da se može ugovoriti, dok bi kvalitativno kojim se određeni internet servisi bilo blokiraju ili potpuno onemogućavaju bili nedopušteni. Kvantitativna ograničenja bi bila u skladu sa ekonomskom logikom, ko želi bolju uslugu mora za to više i da plati. Međutim postavilo bi se pitanje, gde je razlika između kvantitativnih i kvalitativnih metoda? Razlika je upravo u mogućnosti pristupa, pošto se kod kvalitativnih metoda pristup praktično onemogućava bilo trajno bilo privremeno, dok se kod kvantitativnih zahteva za bolju uslugu dodatna cena. Srpski zakonodavac je napravio veliku grešku

⁴⁵ Röttgers, Internetanbieter bremst Tauschbörsen, http://www.focus.de/digital/internet/kabel-deutschland_.html, 30.8.2011.

⁴⁶ Cellan-Jones, BT accused of iPlayer throttling, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/8077839.stm>, 30.8.2011.

kada je predvideo i mogućnost da se ugovorom kao jedan od bitnih elemenata unese kvantitativno ili kvalitativno ograničenje pristupu internet mreži. Time bi i ovako do sada nedovoljno obavešteni korisnici trebali da računaju na savesnost i poštenje ISP-a, koji bi jasno i nedvosmisleno morali da upozore korisnike o njihovim pravima i obavezama.

U budućnosti trebalo bi očekivati internet sa klasama, pošto je to i pravno dopušteno, a ekonomski opravdano i neizbežno da bi se ulagalo u dalji razvoj tehnologije. Time bi bio garantovan internet korisnicima samo minimalni standard u internet protoku, a ko bude želeo bolju uslugu i kvalitet servisa više od standardnog moraće za to više i da plati. Shodno Citizens' Rights Directive ostavljeno je državama članicama EU da same odluče da li će neutralnost internet mreže zakonski regulisati. Na kraju treba reći da je zakonsko regulisanje ove materije na nivou EU kao i u Srbiji u vidu nekog posebnog "Zakona o neutralnosti internet mreže" potpuno izlišno, pošto su sve već neophodne garancije date u direktivama, ustavima kao i u zakonima i pravilnicima.

Dragan Prlja, Ph. D.

Institute of Comparative Law, Belgrade

Andrej Diligenski, MSc

European center for E-Commerce and Internet Law, Vienna

INTERNET NETWORK NEUTRALITY - LEGAL ASPECTS

Internet Network Neutrality is now evident threatened. The Users of Internet Services will no longer be able to count on equal Access to the Internet Network. States are facing a great Challenge to prevent this Phenomenon, but in spite of their Possibilities they do not affect to improve the Situation. Internet Service Providers use the Opportunities provided by technology and legal Requirements to act arbitrarily on the Market. In this way they seek to eliminate all Competition and maintain existing capacity Internet Network, and to censor any content which is in the Interest of the State or the Owners of big capital. On the other hand remain the Users of Internet Services, which Rights remain only on paper because they are unable to protect their legal rights guaranteed by the State without State Institutions. Bearing in mind that the Internet Sector and the Telecommunications Sector in general is of vital importance for each Country, individuals in this regard may be little to do in order to improve the Situation. The Regulatory Agencies are established by the State and are actually nothing more than another Piece of Governmental Powers, elected by the Governmental Power. Therefore we can not talk about the Independence of these Institutions, since the Election of Members of Regulatory Agencies depends on the Government or members of political Parties. This actually and establishment of Regulatory Agencies has a symbolic role that the State takes care of Internet Users and Competition in the Market. The only thing the Citizens remain is, that by Court to achieve their basic Human Right, the Right to Communication and sharing of Informations. In this respect should help Constitutional Courts and the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Keywords: Internet Network Neutrality; Law; Comparative Law; Internet Law.

Dr Branislava Knežić
Institut za kriminološka i sociološka
Istraživanja, Beograd

UDK:343.26+343.82
Originalni naučni rad

NESKLAD ZAKONA I MOGUĆNOSTI OSPOSOBLJAVANJA OSUĐENIKA¹

Nesklad između zakonskih odredbi i mogućnosti ostvarenja prava na osposobljavanje (obrazovanje, obuku i rad) čini predmet ovog teksta. Poznato je da zatvorski tretman u većini zapadnih zemalja počiva i na radnim i obrazovnim delatnostima.

Ni kod nas ne vlada oskudica zakona ali mala uposlenost osuđenika i gotovo nepostojanje organizovanih oblika obrazovanja odraslih upućuju na taj raskorak. Uspeh kazne nemoguće je sagledati bez realnih uslova u kojima se ostvaruje. Zatvaranje ne znači samo lišenje slobode nego i ograničavanje drugih ljudskih prava i kada nije neophodno u cilju funkcionisanja zatvora. Uskraćivanje osuđenima prava na obrazovanje i rad otežava i društvene napore za njihovu socijalnu integraciju i život na slobodi.

Ključne reči: osuđenici, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Evropska zatvorska pravila, obrazovanje, obuka, rad,

Zakonske odredbe: pravo na rad i obrazovanje

Lišenje slobode i svrha zatvorske kazne, s jedne strane i visok broj povratnika i prenatrpani zatvori, s druge strane ukazuje da su efekti zatvorske kazne, ne od juče, dovedeni u pitanje. Postavlja se pitanje da li uslovi u zatvoru i tretman onako kako se provodi mogu ispuniti svrhu kažnjavanja tj. koliko su cilj kažnjavanja i proces koji se dešava tokom izdržavanja kazne usaglašeni? A "Svrha izvršenja kazne zatvora je da osuđeni tokom izvršenja kazne, primenom odgovarajućih programa postupanja, usvoji društveno prihvatljive vrednosti u cilju lakšeg uključivanja u uslove života posle izvršenja kazne kako ubuduće ne bi činio krivično delo" (čl.31. Izmene ZIKS RS).

¹ Tekst je nastao kao rezultat rada na projektu br.47011 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke RS.

Porast kriminaliteta i visok procenat povratnika u svetu, i kod nas, ne uliva nadu niti ohrabruje da se društvo na najbolji način suočava sa datim problemima. Sigurno je da se osuđenik zatvorskom kaznom kažnjava i da represivne mere i loši uslovi u zatvoru ne doprinose smanjenju kriminaliteta. Ono što je uočljivo u navedenom čl. ZIKS-a u odnosu na zakonska rešenja iz prethodnih perioda je nepominjanje resocijalizacije kao svrhe kažnjavanja. Međutim, u pitanju je samo terminološki iskorak jer šta je „...usvoji društveno prihvatljive vrednosti...“ ako nije ono što se u literaturi određuje terminom (re)socijalizacija? Nije nepoznato da normativna akta i stručna literatura obiluje pojmovnom zbrkom u brojnim pokušajima definisanja svrhe izvršenja zatvorske kazne. Insistiranje na preciznosti određenja tih toliko (zlo)upotrebljavanih termina: resocijalizacija, prevaspitanje, reintegracija, readaptacija, popravljavanje, osposobljavanje... ovom prilikom je, možda, manji problem od toga da li je proces u zatvoru upriličen potrebama i mogućnostima ostvarivanja cilja kažnjavanja, kako ga god nazvali?

Od svih službi koje postoje u zatvoru (služba za: tretman -ranije za prevaspitavanje, obezbeđenje, obuku i upošljavanje, zdravstvenu zaštitu i opšte poslove) zavisi ishod i uspešnost zatvorske kazne. Ovom prilikom, ne umanjujući značaj ostalih službi, ukazujemo na ulogu službe za tretman i obuku i upošljavanje: „Služba za tretman primenjuje metode i postupke kojima se na osuđene utiče da ubuduće ne čine krivična dela. Služba za tretman utvrđuje program postupanja prema osuđenom i usklađuje rad ostalih službi i drugih učesnika na njihovom sprovođenju“ (čl.19. IZIKS RS) „Služba za obuku i upošljavanje obučava osuđene za rad, organizuje njihov rad i obavlja poslove određene zakonom, saglasno programom postupanja prema osuđenom“ (čl.17. ZIKS)

Broj² zaposlenih u penalnim ustanovama u 2009. godini bio je 3408 i od toga 6,2% u službi za tretman i 16% u službi za obuku i upošljavanje, za očekivati je da je najveći procenat 57% zaposleno u službi za obezbeđenje. Međutim postavlja se pitanje da li 213 osoba u službi za tretman i 545 u službi za obuku i upošljavanje može na efikasan način osposobljavati osuđena lica za život po izlasku iz zatvora jer to je, ne zaboravimo, svrha izvršenja zatvorske kazne. Ne bez razloga može se posumnjati i u osposobljenost onih koji su zaduženi za osposobljavanje osuđenika, čak i njihov broj u odnosu na ukupan broj zaposlenih u zatvorima govori o tome.

Poznato je da zatvorski tretman u većini zemalja počiva na radnim obavezama i obrazovnim programima³ a Evropska zatvorska pravila⁴

² Podaci su iz godišnjeg izveštaja o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2009. godinu

³ U okviru Obrazovnog programa Sokrat Evropske unije pokrenuta je šira evropska mreža za obrazovanje u zatvoru kako bi proširila aktivnosti. Pored obrazovanja osuđenika obuka osoblja u zatvoru zahteva posebnu pažnju.

propisuju 13 članova koji se odnose na rad osuđenika, izdvajamo nekoliko: 26.1 „Rad u zatvoru smatra se pozitivnim aspektom zatvorskog režima i nikada se ne sme koristiti kao kazna.“ 26.2 „Zatvorske vlasti moraju nastojati da obezbede dovoljno korisnog posla za zatvorenike“ 26.3 „Koliko god je moguće, rad u zatvoru treba da održava ili poveća sposobnost zatvorenika da zarađuje za život nakon puštanja na slobodu“ i 26.7 „Organizacija i metodi rada u instituciji treba da budu sličniji radu u zajednici kako bi se zatvorenici pripremili za uslove normalnog radnog života“. Evropska pravila posvećena obrazovanju zatvorenika sadrže 7 čl. i izdvajamo 28.1 „Svaki zatvor treba da nastoji da svim zatvorenicima omogući pristup obrazovnim programima koji su što je moguće sveobuhvatniji i koji zadovoljavaju njihove individualne potrebe, istovremeno vodeći računa o njihovim težnjama“, 28.2 „Prioritet imaju zatvorenici koji su nepismeni ili oni koji nemaju osnovno ili vokaciono obrazovanje“ i 28.3 „Posebna pažnja poklanja se obrazovanju mlađih zatvorenika i zatvorenika s posebnim potrebama“.

Ni kod nas nije „suša“ zakonskih propisa u prethodnim, kao i važećem ZIKS-u čl. 86. piše „Rad osuđenog je sastavni deo programa postupanja. Svrha rada je da osuđeni stekne, održi i poveća svoje radne sposobnosti, radne navike i stručna znanja“, a čl. 87 kaže: „Rad osuđenih mora biti svrsishodan i ne sme biti ponižavajući“ U čl. 110 istog zakona stoji: „Osuđeni ima pravo na osnovno i srednje obrazovanje, koje se shodno opštim propisima organizuje u zavod. Zavod organizuje i druge vidove obrazovanja“.

Ni našim zakonskim rešenjima gotovo da se nema šta dodati. Međutim, neophodan je suštinski a ne deklarativni stav društva prema tretmanu u zatvorima. Neosporno je da su prostorni, kadrovski i materijalni uslovi u zatvorima nezadovoljavajući: nedostatak materijalnih sredstava za modernizaciju i pokretanje proizvodnje, nedostaju pojedini profili stručnjaka, jak je uticaj neformalnih grupa u zatvoru, nedovoljna motivisanost osuđenika ali i osoblja za adekvatniju obuku, i gašenje kako formalnih tako i neformalnih oblika obrazovanja. Obrazovanje, obuka, kvalifikacija, prekvalifikacija i rad imaju, bar zakonsku, posebnu ulogu u tretmanu izvršenja krivičnih sankcija jer pružaju okvir osposobljavanja za uspešnu integraciju u društvo i život na slobodi.

⁴ Preporuka Rec (2006)2 Komiteta ministara država članica u vezi sa evropskim zatvorskim pravilima koju je usvojio Komitet ministara 11.januara 2006 na 952 sednici zamenika ministara.

Mogućnosti ostvarenja prava na rad i obrazovanje

Podaci⁵ za 2009. godinu govore da je ukupan broj lica lišenih slobode bio 10795 od toga 7463 osuđenih : 7223 muškaraca i 240 žena. Visoka stopa povratništva i gotovo polovina registrovanih narkomana među licima lišenih slobode je zabrinjavajući podatak kada je u pitanju ishod zatvorske kazne. Među osuđenim licima 2,8% je potpuno nepismenih i 15,2 s nedovršenom OŠ (veliko pitanje koliko je i među njima nepismenih) a 26,5 ih ima osnovnu školu koji bi se u savremenom svetu svrstali u funkcionalno nepismene. Po uzrastu osuđenih lica primljenih u 2009. godini najviše ih je u kategoriji od 27 do 40 godina (43,7%) zatim od 21 do 27 (24,8%). Obrazovna struktura osuđenika gde je 44.5% osuđenika nepismeno, s nepotpunom osnovnom školom i OŠ i 6,6% s nedovršenom srednjom školom, uz starosnu strukturu, ukazuje na potrebu za funkcionalnim osnovnim obrazovanjem odraslih i dokvalifikacijama i prekvalifikacijama.

Neophodno je, imajući u vidu ovakvu strukturu osuđenika, primenjivati drugačije i novije metode rada koje su poznate u nauci koja se bavi obrazovanjem odraslih. Oni koji su učinili krivično delo protiv imovine su na prvom mestu i to teška krađa, krađa, prikrivanje 27,4%, razbojništvo 8,9% , zatim zloupotreba droga 15,7% . Ono što je uočljivo, a što sa aspekta osposobljavanja i popravljavanja, zabrinjava je veliki procenat 62,9% osuđenih lica na kaznu do godinu dana (a među osuđenima je najviši procenat od 20,6 onih koji su osuđeni od 3-6 meseci) i taj procenat raste od 2005 godine kada je iznosio 43%. Od 1 do 5 godina je 31,6%, od 2 do 10 godina ima ih 3,8% a preko 10 godina 1,7% osuđenih lica. Kada se zna da su zatvori prenaseljeni, da se uposlenje osuđenika kreće oko jedne trećine a da je obrazovanje odraslih zamrlo onda se postavlja pitanje svrsishodnosti ovakvih kazni. Pokušaj oživljavanja obrazovanja je pilot projekat Misije OEBS-a u KPZ u Sremskoj Mitrovici od decembra 2006 do decembra 2007 gde je ukupno 104 osobe bilo obuhvaćeno osnovnoškolskim i srednjoškolskim obrazovanjem.

U praksi rad službe za obuku svodi se na svakodnevnu procenu i ocenu zatvorenikovog ponašanja i zalaganja na radu a podaci ukazuju da je jedva trećina osuđenika zaposlena (izuzetak čini zatvor u Padinskoj Skeli) iako je daleko veći broj onih koji ispunjavaju uslove za rad. Ne možemo a da se ne vratimo na čl. 86 ZIKS-a koji ukazuje da je svrha rada ne samo sticanje nego i održavanje i povećanje radnih sposobnosti, navika i stručnih znanja. Kako u navedenim uslovima? Možda, virtuelno. Tehnologija rada je zastarela i mašine su uglavnom amortizovane koje prati i nedostatak materijalnih sredstava za nabavku sirovina i repromaterijala bez čega nema ni proizvodnje. Osuđenici, uglavnom, rade na poljoprivrednom imanju ili u

⁵ Godišnji izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2009. godinu.

metalskoj, drvnoprerađivačkoj i ugostiteljskoj struci. U ženskom zatvoru postoje i krojački poslovi. Zbog opštih prilika i krize u društvu, razumljivo je da društvo ima mnoštvo prioriteta, ali ulaganjem u modernizaciju proizvodnje postigla bi se veća proizvodnja i osuđenici motivisali za različita obučavanja i zanimanja. Nedostatak radnog angažovanja prate i problemi neodgovarajućeg obrazovanja, profesionalnog obučavanja (kursevi, predavanja, tečajevi i sl.). Krajem osamdesetih godina dvadesetog veka, kada se u obrazovanje ipak nešto „ulagalo i polagalo“ iz današnjeg pogleda na tu problematiku izgleda sjajno. Tada je opštim i stručnim obrazovanjem bilo obuhvaćeno oko trećina osuđenika u muškim zatvorima a gotovo polovina ispitanih je izjavila da bi rado učestvovala u različitim kursovima, tečajevima i predavanjima. Žene ni u tom periodu, zbog malog broja, nisu bile obuhvaćene obrazovanjem iako ih je skoro 40% bilo nepismeno (Knežić, B., 2001) Poslednju deceniju –dve formalno obrazovanje gotovo da i ne postoji jer je tek oko 1% osuđenika obuhvaćeno istim, a krajem 2007. u srpskim zatvorima je bilo 3,64% nepismenih i 12,34% s nezavršenom osnovnom školom, 25,16% ih je imalo samo osnovnu školu. (Stevanović, Z.,2010).

Nepostojanje organizovanog obrazovanja uskraćuje se jedan od bitnih faktora osposobljavanja osuđenika za život po isteku kazne. Na ovom mestu potrebno je istaći na opadanje obrazovanosti usled boravka, pogotovo dužeg, u zatvoru. Umesto da se obrazovanjem i obukom osposobe, kvalifikuju, prekvalifikuju ili dokvalifikuju za neki posao i time osnaže za samostalan život, zatvor, bojimo se, da mnogi produbljuje uslove da po izlasku na slobodu nastave sa onim zbog čega su i dospeli u zatvor. Rad i obrazovanje bi trebalo da se zasniva na objektivnim potrebama i mogućnostima osuđenih lica kako bi imao efekta jer prisilni rad i obrazovanje, kao ni bilo koja druga prinuda ne mogu biti uspešni. Kakvo je obrazovanje potrebno tj. koji oblici, na kojim sadržajima i s kojim ciljem i efektima? I podaci kojima raspolažemo o obrazovnoj strukturi osuđenika dovoljno govore da se suočavamo sa problemom:nepismenosti, elementarnim osnovnim obrazovanjem odraslih i visokim procentom nekvalifikovanih. Prema tome obrazovanje u zatvorima bi trebalo usmeriti na elementarno opšte obrazovanje i sticanje osnovnih životnih veština i početnog stepena stručne osposobljenosti neophodne za uspešno uključivanje u rad. Taj nivo obrazovanja, tzv. funkcionalno osnovno obrazovanje odraslih ne bi trebalo da se obavlja po nastavnim planovima i programima redovne osnovne škole kao do sada, razlika je bila samo u trajanju jer odrasli u toku jedne školske godine završavaju dva razreda. Novi oblici rada zahtevali bi nove udžbenike, andragoško-didaktički osposobljene nastavnike i instruktore.

Pošto još nije usvojen novi zakon o osnovnom obrazovanju odraslih iluzorno je očekivati ove promene u zatvoru. One koji imaju neku kvalifikaciju trebalo bi dokvalifikovati ili u zavisnosti od potreba i

moгуćnosti prekvalifikovati. Za tu vrstu obuke potrebno je obučiti one koji rade u službi za obuku i upošljavanje kako bi osavremenili način proizvodnje i tehnologije u zatvorima i uskladili ih sa ustanovama van zatvora. Obuka i uposlenje osuđenika organizuje se u najvećem broju na poljoprivrednim imanjima i u zapuštenim radionicama (metalske, drvnoprerađivačke, krojačke...) u zatvorima ili privredi van zatvora. Neadekvatno stručno osposobljavanje i uposlenje je poseban problem te se većina osuđenih angažuje za fizički rad u poljoprivredi koji, uglavnom, ne odgovara savremenom načinu proizvodnje i od kojeg osuđeni ne mogu ništa naučiti što bi mogli primeniti van zatvora.

Rad službe za tretman svodi se na individualne razgovore a veličina vaspitne grupe je prevelika za iole kvalitetniji rad (ima i do 90 zatvorenika na jednog vaspitača). Nema obrazovanog i osposobljenog kadra za bilo koju drugu vrstu tretmana, i samo osoblje izražava potrebu za tretmanom posebnih kategorija zatvorenika (narkomani, seksualni prestupnici...) koji su u porastu. Male su mogućnosti za obuku a osuđenici koji nemaju nikakvo zanimanje nemaju ni mogućnosti obuke za konkretna zanimanja kao ni za dokvalifikacije i prekvalifikacije. Iako postoji potreba za obrazovanjem nema spremnosti da se pokrene obrazovanje i osposobljavanje. Manjak finansijskih sredstava odražava se i na rekreativne i slobodno-vremenske aktivnosti. (Jelić, M., i dr. 2003) Imamo na umu i one osuđenike koji su "otporni" na bilo kakav tretman ali oni su daleko malobrojniji⁶ od onih koji su, ipak, na različite načine i nivoe otvoreni za resocijalizaciju, ma šta ona značila.

Prenaseljenost zatvora otvara mnoge probleme počev od bezbednosne situacije do adekvatne klasifikacije i tretmana. U ustanovama gde nedostaju prostorni, materijalni i finansijski uslovi i stručni kadrovi, i pored najbolje volje postojećeg osoblja, teško je zamisliti dobro organizovane aktivnosti i sadržaje pomoću kojih bi se osuđenici pripremali za uspešnije snalaženje po izlasku iz zatvora. Osoblje zatvora uz najbolju zainteresovanost i angažovanje, bez pomoći države (pogotovo ministarstva zaduženih za finansije, pravosuđe, obrazovanje, socijalnu zaštitu i rad) ne može rešiti problem obrazovanja i rada u zatvoru i osposobljavanje za „normalan“ život po izdržanoj kazni. Svako ko misli o kvalitetu obrazovanja i rada osuđenika mora biti zabrinut za sprovođenje zakonske odluke o pravima osuđenih na rad i obrazovanje. Put od obrazovanja i obuke do kvalifikacije nije jednostavan ali je očigledno da bez uključivanja u svet rada izostaje jedan od najvažnijih faktora resocijalizacije. Ostaje nada onima koji su posvećeni tim problemima da će se napraviti neki pomak u realizaciji zamišljenog. Čemu onda uopšte obrazovanje i učenje ako ne doprinosi nikakvom razvoju ličnosti i promeni navika, stavova, uverenja, vrednosti?

⁶ Prema istraživanjima na psihopate otpada do 24,5% osuđenika (Stevanović, 2010)

Na kraju

Da li smo nespremni ili nedovoljno zainteresovani da zakonske odredbe realizujemo u praksi? Ili se i dalje veruje da je nadzor, prinuda, zastrašivanje i kontrola ponašanja osuđenika dovoljna i jedino efikasna da „slomi“ osuđenika? Zar osposobljavanju osuđenika, pod kojim podrazumevamo i najrazličitije oblike obrazovanja, obuke i rada, ne bi trebalo pružiti šansu? Bar jedan deo osoba lišenih slobode i izolovanih od spoljnog sveta bi u tim aktivnostima pronašlo utehu u situaciji koju proživljava. I ne samo utehu nego i korisno trošenje vremena kojeg jedino imaju ne pretek. Rad i obrazovanje pri tom moraju biti svrsishodni a ne kao sredstvo dresure kojim se uspostavljaju odnosi moći i hijerarhije. U tom smislu zatvor bi zaslužio epitet *humano* jer bi predstavljao i nešto primerenije čoveku od disciplinovanja i potčinjavanja. Obrazovanje i rad su, još uvek, delatnosti u kojima se uočava raskorak između zakonskih propisa i prakse.

Ne bi bilo brzopleto pretpostaviti da praksa pokazuje da su zakonske odredbe koje se odnose na obrazovanje, pa i na rad, mrtvo slovo na papiru.

Sama ideja obrazovanja kao oblika tretmana osuđenih nikada nije bila lišena sumnjičavosti i otpora, kako onih koji provode tretman tako i onih koji se deklarativno zalažu za pravo pravo i ulogu obrazovanja u osposobljavanju zatvorenika za efikasniju socijalnu integraciju po izlasku iz zatvora. Potvrda tome je realnost u našim zatvorima gde je u proteklih dvadesetak godina obrazovanje „odsutno“ iz zatvora. Ne bismo previše riskirali ako kažemo da obrazovanje onako kako se provodilo, i kad se provodilo, nije moglo predstavljati značajan faktor osposobljavanja za život bez kršenja zakona. A tek kada se ne organizuje? Svaka životna situacija, pa i zatvorska, podrazumeva i učenje odnosno sticanje nekih znanja, veština i iskustava važnih za život. Ako ni jedan deo tog učenja nije organizovan od strane države i profesionalnih institucija onda osuđenima preostaje okruženje samih zatvorenika koje može bitno uticati na sadržaje i ishode učenja i promene ponašanja. Na žalost, ima mnogo razloga za zabrinutost jer osuđenici svoje „obrazovne“ potrebe zadovoljavaju u različitim vidovima neformalnog i informalnog obrazovanja i obučavanja. Izučeni „zanati“ i usavršene veštine mogu ih lako mogu vratiti u zatvor. Kada nedostaje obrazovanje i rad koje je organizovano od strane nadležnih institucija i stručnjaka onda taj prostor ostaje slobodan za iskusne „mentore“ iz osuđeničkih kolektiva.

I ne bez razloga, Petar Kropotkin naziva zatvore *univerzitetima zločina* jer su oni rasadnici nesocijalnih postupaka i često uzrokuju krivična dela u povratu jer se zatvorenici udružuju i bolje pripremaju za buduće kriminalne poduhvate. (Kropotkin, 1978:260-261)

Šta činiti?

- trebalo bi uspostaviti bolju saradnju između pojedinih ministarstava (finansija, pravosuđa, prosvete, kulture, rada i socijalne zaštite) kao i zatvora i lokalne zajednice;
- obnoviti i osavremeniti zastarelu tehnologiju i proizvodnju u cilju veće zapošljivosti i proizvodnje;
- utvrditi obrazovni nivo i radnu sposobnost osuđenika;
- ispitati obrazovne potrebe osuđenika kao i potrebe za određenim zanimanjima u zatvoru i na tržištu rada;
- profesionalno planirati obrazovne aktivnosti, obuku i radne zadatke osuđenika, planove i programe osposobljavanja treba osavremeniti i prilagoditi promenama kako bi bili u skladu s aktuelnim stanjem u praksi;
- neophodno je motivisati osuđenike za uključivanje u obrazovanje i stručno osposobljavanje organizovanjem različitih kampanja i stimulacija;
- stvoriti uslove da se osuđenik u vaspitno-obrazovnoj grupi ne oseti poniženim zbog neznanja;
- razvijati veštine komunikacije i mirnog rešavanja sukoba kao i osećaj za društvene vrednosti koje su kod nas u poslednjih nekoliko dekada poremećene i
- ono što je na kraju i početku, kadrovsku strukturu treba poboljšati i uvećati, treba ih naučiti i obučiti za rad u specifičnoj sredini kao što je zatvor i sa još specifičnijom populacijom kao što su osuđenici.

Očigledno je da problem u zatvorima nije toliko u normativnim rešenjima koliko u realizaciji tj. načinu primene propisanog kao i u pogrešnoj percepciji značaja i uloge: rada, obrazovanja, obuke i sportko-rekreativnih aktivnosti. Znano je da isprazno trošenje vremena, dokolica i dosada, i u boljim uslovima od zatvorskeg sivila, dovodi do konflikata, sukoba pa i težih oblika nasilja. Ne smatramo da su obrazovanje i rad svemogući i da mogu ispraviti sve što je „nakrivo nasadeno“ ali od istih treba poći, jer je to najsigurniji način da se osuđenima omogućiti da ovladaju nekom veštinom koja će doprineti da zatvorske deprivacije ne degradiraju ljudsko u čoveku.

Literatura

Jelić, M., i dr. (2003) Kako do evropskih standarda, zatvori u Srbiji, Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji, Helsinške sveske br.17. Beograd.

Kisker, G. W., (1972) The disorganized personality, Mc Graw Hill, New York.

Knežić, B., (2001) Obrazovanje i resocijalizacija – metode merenja, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

Kropotkin, P., (1978) Zapisi jednog revolucionara, Beograd, NIRO Mladost.

Mrvić-Petrović N., (2007) Kriza zatvora, Beograd, Vojnoizdavački zavod.

Prevenција kriminaliteta u Europskoj uniji, <http://209.85.129.132:policija.hr/mup.hr>.

Stevanović, Z., (2010) Zatvorski sistem i tretman osuđenih lica u Srbiji, doktorska disertacija, Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerziteta u Beogradu.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija i Izmene zakona o izvršenju krivičnih sankcija, Službeni glasnik RS, br.85/2005 i br.72/2009.

Branislava Knežić, PhD,
Institute of Criminological and Sociological researches,
Belgrade

DISCORDANCE BETWEEN THE LAW AND POSSIBILITIES FOR CONVICTS TRAINING

The subject of this text is the existing discordance between legal regulations and possibilities for realization of right for training (education, training, work). In most western countries prison treatment is based on work and educational activities.

In our country we are not in shortage of the laws but there are little employment of convicts and almost non-existing organized forms of adult education what make the discordance. It is impossible to evaluate the success of punishment if it is not served in appropriate conditions. Imprisonment is not only deprivation of freedom but also limitation of other human rights although that is not necessary for prison functioning. Restriction of convicts right to education and work makes harder social efforts for convicts futur social integration and life in freedom.

Key words: convicts, Law on Execution of Penal Sanctions, European Prison Rules, education, training, work

Dr Ljubinka Kovačević
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

UDK: 314.74:34(4-672 EU)
Originalni naučni rad

ZAŠTITA MIGRANATA OD SOCIJALNIH RIZIKA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

U okviru Evropske unije, duže od pola veka funkcioniše poseban model povezivanja nacionalnih sistema socijalne sigurnosti koji obezbeđuje kontinuiranu zaštitu migranata od osnovnih socijalnih rizika (bolesti, starosti, invalidnosti, nezaposlenosti i dr.). Ovo stoga što razlike koje postoje između socijalnog zakonodavstva država članica Unije, kao i ograničenost važenja njihovih propisa na domaću teritoriju, suočavaju migrante sa rizikom gubitka (stečenih i očekivanih) prava na socijalne prestacije, kao i sa rizikom diskriminacije na osnovu državljanstva. Zaštita migranata od socijalnih rizika, otuda, podrazumeva određivanje merodavnog socijalnog zakonodavstva, pravedno vrednovanje svih perioda rada i osiguranja navršenih u različitim državama, mogućnost isplate socijalnih prestacija u inostranstvu, kao i zabranu (neposredne i posredne) diskriminacije na osnovu državljanstva. Navedeni zadaci ostvaruju se na osnovu pravila o koordinaciji nacionalnih sistema socijalne sigurnosti. Ona ne pretpostavljaju usklađivanje socijalnog zakonodavstva država članica Unije, niti postepenu izgradnju nekakvog unifikovanog „evropskog sistema socijalne sigurnosti“. Svaka država članica je, umesto toga, slobodna da utvrđuje uslove sticanja, ostvarivanja i korišćenja socijalnih prestacija, pod uslovom da vršenjem ovih ovlašćenja ne uspostavlja prepreke za slobodu kretanja lica unutar Unije. U radu su, najpre, analizirani smisao, značaj i domašaj međunarodnih pravila o socijalnoj sigurnosti migranata, a, zatim, i odnos Evropske unije prema materiji socijalne sigurnosti, te „legislativna istorija“ pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti (pravila br. 3/58, 1408/71 i 883/2004). U posebnom delu rada analiziran je sadržaj i domašaj osnovnih načela koordinacije, dok je u zaključnim razmatranjima učinjen kritički osvrt na najnoviju reformu pravila o koordinaciji, posebno na njihov kapacitet da doprinesu slobodnom kretanju lica unutar Unije.

Ključne reči: koordinacija sistema socijalne sigurnosti; sloboda kretanja lica; socijalni rizici; očuvanje stečenih i očekivanih socijalnih prava; diskriminacija na osnovu državljanstva.

I. KLJUČNI MEĐUNARODNI ASPEKTI ZAŠTITE MIGRANATA OD SOCIJALNIH RIZIKA

Međunarodne migracije stanovništva skopčane su sa brojnim pravnim pitanjima koja se tiču položaja migranata. Među ovim pitanjima, posebno je delikatno pitanje zaštite migranata od socijalnih rizika (bolest, starost, invalidnost, nezgoda na radu, profesionalno oboljenje, nezaposlenost i dr), budući da su migranti suočeni sa rizikom ograničenog pristupa zaštiti u državi prijema (*rizik neposredne i posredne diskriminacije na osnovu državljanstva*).¹ Oni su, osim toga, suočeni i sa *rizikom gubitka prava na socijalne prestacije*, jer je važenje socijalnog zakonodavstva ograničeno na domaću teritoriju, tako da se stečene prestacije, u načelu, ne isplaćuju korisnicima sa prebivalištem u inostranstvu. Pored ovog, postoji još jedan, suptilniji pravni problem, *problem gubitka očekivanih socijalnih prava*. On se ispoljava u nemogućnosti lica koje je tokom profesionalne karijere ostvarilo određeni staž osiguranja kod inostranog nosioca socijalnog osiguranja da u budućnosti ostvaruje socijalne prestacije u obimu u kojem je došlo do nepriznavanja očekivanih prava iz inostranstva.² Rešavanje naznačenih problema pretpostavlja međunarodno normiranje socijalne sigurnosti migranata,³ pri čemu valja imati u vidu da države oblikuju svoje sisteme socijalne sigurnosti u skladu sa vlastitim interesima i mogućnostima, tradicijom (Bizmarkov ili Beveridžov model, odnosno kombinacije ovih dvaju modela), ekonomskim i socijalnim uslovima i demografskom strukturom stanovništva.

Iako predstavlja *domaine réservé* svake države, oblast socijalne sigurnosti, dakle, ima i određene međunarodne aspekte koji ne mogu da budu adekvatno uređeni samo na nacionalnom nivou, već pretpostavljaju zaključivanje bilateralnih ili multilateralnih sporazuma između zainteresovanih država. Međunarodna zaštita migranata u oblasti socijalne

¹ Potpuniji pogled na rizik diskriminacije migranata prelazi okvire prava, tako da se u režimu zaštite od socijalnih rizika mogu identifikovati i neki vanpravni elementi. Ovaj režim se, tako, koristi i kao instrument nacionalne (migracione, populacione, ekonomske) politike, svodeći ponekad pravo na socijalnu sigurnost samo na formu proglašenog načela. Na to upozorava i Vonk, kada, razmatrajući vezu između kvaliteta zaštite migranata od socijalnih rizika i migracione politike država prijema, zaključuje da pravni položaj migranata ne zavisi toliko od samog postojanja migracije, koliko od toga da li se migracija doživljava kao pozitivan ili negativan čin, o čemu živo svedoči nezavidan položaj azilanata, nelegalnih migranata i državljana država koje nisu preuzele obaveze iz međunarodnih instrumenata o socijalnoj sigurnosti. Gijsbert Vonk; - *Migration, social security and the law: Some European dilemmas*; - „European Journal of Social Security“, - br. 3/2001, str. 315.

² Jean-Jacques Dupeyroux; - *Droit de la sécurité sociale*, 7^{ème} édition; - Paris 1977, str. 1007.

³ *Ibid.*, str. 1010-1011; Bernard Hanotiau; - *Les problèmes de Sécurité sociale des travailleurs migrants*; - Bruxelles 1973, str. 14 – 15; Borivoje Šunderić; - *Pravo Međunarodne organizacije rada*; - Beograd 2001, str. 585; Frans Pennings; - *Introduction to the European Social Security Law*, Third edition; - The Hague/London/Boston 2001, str. 8 – 12.

sigurnosti se, tako, tradicionalno obezbeđuje na osnovu bilateralnih sporazuma, koji se zaključuju još od prvih godina XX veka.⁴ Ovi sporazumi se i danas koriste kao instrument koordinacije sistema socijalne sigurnosti, dok se njihova najveća prednost ogleda u prilagodljivosti specifičnim situacijama koje postoje u svakoj grupi država. Ipak, preciznost ovih instrumenata predstavlja i osnov njihovih glavnih nedostataka, budući da se rešenja iz bilateralnih sporazuma bitno razlikuju od jednog do drugog sporazuma (iako je to u izvesnoj meri korigovano izradom međunarodnih modela sporazuma o socijalnoj sigurnosti, kakav, primera radi, postoji pod okriljem Saveta Evrope).⁵ Sa druge strane, primenu načela reciprociteta, na kojem počivaju ovi sporazumi, prati opasnost da će migrantima biti uskraćen pristup određenim socijalnim pravima u državi prijema ako u državi emigracije nije obezbeđena uporediva zaštita. Načelo reciprociteta ima za posledicu i ograničavanje dejstva zabrane diskriminacije migranata na migrante iz država koje imaju bilateralnu saradnju sa državom prijema, što vodi nastanku i produbljivanju nejednakosti unutar same kategorije migranata.⁶ Navedeni nedostaci bilateralnih sporazuma postaju očevidni u vreme intenzivne globalizacije, budući da su međunarodne migracije poprimile takve razmere da teško da mogu da budu efikasno „ispraćene“ bilateralnim sporazumima.⁷ Ako tome dodamo i činjenicu da mnoge države sa velikim brojem emigranata nisu ostvarile bilateralnu saradnju sa državama koje primaju njihove državljane, kao i to da između država često izostaje reciprocitet u migracionim tokovima, jasno je da bilateralni sporazumi ne mogu da pruže zadovoljavajuća rešenja za savremene međunarodne probleme u oblasti socijalne sigurnosti.

Neki od ovih nedostataka otklonjeni su multilateralnim instrumentima o socijalnoj sigurnosti, od kojih su najznačajniji usvojeni pod okriljem Međunarodne organizacije rada. Ipak, valja imati u vidu da primenu odgovarajućih konvencija i preporuka ove specijalizovane agencije

⁴ Većina istraživača vezuje početak bilateralne saradnje u ovoj oblasti za osvit prošlog veka i Italijansko-francuski ugovor od 15. aprila 1904. godine, premda su određeni aspekti zaštite migranata od socijalnih rizika bili predmet i nekih ranije zaključenih ugovora. Valja uočiti da je zaključivanje Italijansko-francuskog ugovora označilo pravac razvoja bilateralnih odnosa u oblasti zaštite od socijalnih rizika, tako da je u prvim decenijama XX veka, po njegovom modelu, zaključen veći broj sporazuma između evropskih država. Nova faza u uređivanju međunarodne zaštite migranata putem bilateralnih sporazuma započela je nakon Drugog svetskog rata, sa novim talasom migracija, s tim što se, od tada, oni pojavljuju u konkurenciji sa odgovarajućim multilateralnim sporazumima. Léon-Eli Troclet; - *Legislation sociale internationale*; - Bruxelles 1952, crp. 185.

⁵ Ljubinka Kovačević; - *Normiranje socijalne sigurnosti u međunarodnom pravu*, Magistarska teza; - Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; Beograd 2007, str. 198 – 201.

⁶ Domenico Paparella; - Social security coverage for migrants: Critical aspects, u „*International Social Security Association European regional meeting 'Migrants and social protection'.* Oslo, 21 – 23 April 2004“, str. 12.

⁷ *Ibid.*, str. 7.

Ujedinjenih nacija, takođe, prate brojne teškoće. One proishode, poglavito, iz činjenice da univerzalna pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti pretpostavljaju povezivanje velikog broja država u cilju uspostavljanja univerzalnog sistema očuvanja socijalnih prava migranata i njihove zaštite od diskriminacije. Tako opredeljeni cilj odvraća mnoge države od ratifikacije konvencija, što potvrđuje podatak da je svega nekoliko država ratifikovalo konvencije koje uspostavljaju međunarodni sistem očuvanja socijalnih prava radnika migranata (konvencije br. 48 i 157), dok konvencija koja predviđa recipročnu garanciju jednakog postupanja u osnovnim granama socijalne sigurnosti ima nešto veći broj ratifikacija (Konvencija broj 118).⁸ Delotvornija koordinacija sistema socijalne sigurnosti ostvaruje se, međutim, na evropskom nivou, budući da sistemi koordinacije koji su organizovani na nivou Saveta Evrope (putem evropskih privremenih sporazuma o sistemima socijalne sigurnosti, Evropske konvencije o socijalnoj i medicinskoj pomoći i Evropske konvencije o socijalnoj sigurnosti) i Evropske unije obezbeđuju visok nivo zaštite migranata u oblasti socijalne sigurnosti. Pod okriljem Evropske unije, štaviše, funkcioniše najnapredniji sistem međunarodne koordinacije, što se, pre svega, može objasniti činjenicom da je komunitarna koordinacija uređena instrumentima koji se neposredno primenjuju u svim državama članicama Unije, i to, u institucionalnom okviru koji svojim aktivnostima definišu Savet, Parlament, Komisija i, naročito, Evropski sud pravde, koji je tumačio odredbe pravila o socijalnoj sigurnosti migranata u više od 600 presuda.⁹

Sa druge strane, valja imati u vidu da je, pored potrebe da se reše međunarodni problemi socijalne sigurnosti, normiranje socijalne sigurnosti u međunarodnom pravu motivisano i nastojanjem da se u savremenim državama stvore uslovi za delotvorno ostvarivanje zaštite *svih* stanovnika od

⁸ Iako je Međunarodna organizacija rada *de facto* i *de iure* priznala potrebu za pravnom zaštitom prava i dostojanstva miliona migranata koji doprinose blagostanju i razvoju njihovih država prijema i porekla, značaj većine ovih instrumenata relativizuje, upravo, činjenica da ih je ratifikovao samo mali broj država. Poseban problem predstavlja to što konvencije nisu ratifikovale mnoge države koje, tradicionalno, primaju veliki broj imigranata (Australija, Kanada, SAD), a, pod izgovorom da predmetni instrumenti povređuju načelo državnog suvereniteta i isključivo pravo svake države da uređuje režim zaštite stranaca na svojoj teritoriji.

⁹ Važno je uočiti da je u svojim presudama, Sud uvek tumačio pravila o koordinaciji na način koji je najpovoljniji za delotvorno ostvarivanje slobode kretanja radnika (lica), tj. kao važne instrumente za otklanjanje negativnih posledica koje migracije mogu proizvesti u oblasti zaštite od socijalnih rizika. Bernd Schulte; - *The Welfare State and European integration*; - „European Journal of Social Security“; - br. 1/1999, str. 51; više o doprinosu koji je Sud dao razvoju komunitarnog socijalnog prava vid. u Sean Van Raepenbusch; - *The role of the Court of Justice in the development of social security law of persons moving within the European Union*, u „50 years of social security coordination. Past – present – future. Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security, Prague, 7 & 8 May 2009“, Yves Jorens (ed.), Luxembourg, 2010, str. 29-54.

socijalnih rizika, kao i težnjom da se socijalna pravda učini univerzalnom vrednošću. Premda se u literaturi predlažu brojne klasifikacije međunarodnih instrumenata o socijalnoj sigurnosti, njihova najšire prihvaćena podela izražava, upravo, ovu razliku u ciljevima. Međunarodni instrumenti o socijalnoj sigurnosti se, u tom smislu, mogu klasifikovati u dve velike grupe: *instrumente međunarodne koordinacije* i *instrumente minimalnog usklađivanja socijalnog prava*.¹⁰ Prva grupa instrumenata usmerena je na konsolidaciju socijalnog položaja migranata, zbog čega njihova primena omogućava povezivanje sistema socijalne sigurnosti država ugovornica u meri u kojoj je to neophodno da se osigura zadovoljavajuća i kontinuirana zaštita migranata od socijalnih rizika. Ovi instrumenti, otuda, ne postavljaju pred ugovornice zahtev za revidiranjem unutrašnjih propisa, premda nema sumnje da i koordinacija, na kraju, ipak, posredno (i u izvesnoj meri) utiče i na sadržinu socijalnog zakonodavstva zainteresovanih država.¹¹ Sa druge strane, instrumenti usklađivanja prava socijalne sigurnosti utvrđuju standarde za osnovne grane socijalne sigurnosti, kao što je to, primera radi, slučaj sa Konvencijom Međunarodne organizacije rada broj 102 ili Evropskim zakonikom o socijalnoj sigurnosti. Njima se određuju ciljevi koje propisi u određenoj oblasti treba da ostvare, bez nametanja jedinstvene forme i sadržine usklađenih zakona, tako da proces usklađivanja socijalnog prava zadobija oblik minimalne harmonizacije prava. Odgovarajući međunarodni instrumenti imaju za cilj da se u što većem broju država obezbedi jedan neophodni minimum ekonomske i socijalne sigurnosti, koji, između ostalog, treba da doprinese i sprečavanju nelojalne konkurencije na međunarodnom tržištu.¹²

II. UREĐIVANJE SOCIJALNE SIGURNOSTI POD OKRILJEM EVROPSKE UNIJE

1. Socijalna sigurnost kao predmet regulisanja izvorā komunitarnog prava

Ideja o zaštiti migranata od socijalnih rizika potvrđena je već u prvim godinama Evropskih zajednica, zajedno sa idejom o približavanju

¹⁰Po Perenu, ove dve grupe instrumenata čine *izvore međunarodnog prava socijalne sigurnosti*, dok konstitutivni ili statutarni akti koji utvrđuju mandat međunarodnih organizacija za pitanje socijalne sigurnosti, kao i međunarodni instrumenti koji potvrđuju ili garantuju pravo na socijalnu sigurnost (Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Evropska socijalna povelja), predstavljaju tzv. *osnove međunarodnog prava socijalne sigurnosti*. Guy Perrin; - *Les fondements du droit international de la sécurité sociale*; - „Droit social“; - br. 12/1974, str. 479–492.

¹¹ International Labour Organisation; - *Introduction to Social Security*, Second edition; - Geneva 1989, str. 153.

¹² J. van Langendonck; - *Social security legislation in the EEC*; - „Industrial Law Journal“; - br. 1/1973, str. 24.

sistema socijalne sigurnosti. Pri tom je važno uočiti da je u vreme kada je Evropska ekonomska zajednica obuhvatala samo države u kojima je pretežno bio implementiran Bizmarkov model socijalnog osiguranja, ideja o približavanju nacionalnih sistema socijalne sigurnosti tumačena kao ohrabrivanje država na usklađivanje stopa doprinosa za socijalno osiguranje u cilju zaštite pravila konkurencije. Mogućnost dosledne realizacije ove ideje je, međutim, isključena već sa prvim proširenjima Zajednice, kada je preovladao stav da citirane ugovorne odredbe ne treba tumačiti na način da afirmišu ujednačavanje ili usklađivanje nacionalnih sistema socijalne sigurnosti, budući da ovaj cilj ne može da se ostvari zbog značajnih nacionalnih razlika. Uređivanje socijalne sigurnosti je, otuda, ograničeno na koordinaciju sistema socijalne sigurnosti država članica. Ona ne pretpostavlja usklađivanje socijalnog zakonodavstva, niti postepenu izgradnju nekakvog unifikovanog „evropskog sistema socijalne sigurnosti“. Za tako nešto nema pravnog osnova u Osnivačkim ugovorima, baš kao što za to ne postoji politička volja, ali ni realni uslovi, između ostalog i zbog značajnih razlika koje, od jedne do druge države članice, postoje u pogledu životnog standarda građana. Svaka država članica je, otuda, slobodna da utvrđuje uslove sticanja, ostvarivanja i korišćenja socijalnih prestacija (npr. godine života i staž osiguranja koji su neophodni za sticanje prava na starosnu penziju, definicije pojmova „invalidnost“, „povreda na radu“ i „profesionalno oboljenje“, uslove sticanja prava na novčanu naknadu za slučaj nezaposlenosti i visinu i period njene isplate, i sl.), sve dok vršenjem ovih ovlašćenja ne ustanovljava prepreke za slobodno kretanje lica.¹³

Istovremeno, valja uočiti da se poslednjih decenija čine i određeni koraci u pravcu približavanja sistema socijalne sigurnosti država članica Evropske unije, i to, pre svega, u vezi sa obezbeđivanjem jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u oblasti socijalne sigurnosti (direktive 86/378/EEZ i 96/97/EZ). Tome valja dodati i približavanje ciljeva nacionalnih sistema socijalne zaštite (preporuke broj 92/441 i 92/442), budući da razlike u socijalnoj zaštiti koja se obezbeđuje u državama članicama ugrožavaju slobodu kretanja lica unutar Unije.¹⁴ Na ovim postavkama izgrađena je ideja o razvoju fleksibilne strategije približavanja ciljeva socijalne zaštite, koja treba da doprinese rešavanju zajedničkih

¹³ Presuda u slučaju C-158/96 (*Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie*) od 28. aprila 1998. godine (*European Court reports*, 1998, str. I-01931), st. 17-19 („najpre se mora imati u vidu da komunitarno pravo, u skladu sa ustanovljenom sudskom praksom, ne umanjuje ovlašćenje država članica da organizuju njihove sisteme socijalne sigurnosti [...]. U odsustvu harmonizacije na komunitarnom nivou, na svakoj je državi članici da u zakonodavstvu odredi, najpre, uslove [za ostvarivanje] prava ili obaveze da se bude osiguran u okviru režima socijalne sigurnosti [...], a, zatim, i uslove za sticanje prestacija. [...] prilikom vršenja ovih ovlašćenja, države članice, ipak, moraju da se povinuju komunitarnom pravu”).

¹⁴ Odrednica *Convergence*, u „*Dictionnaire suisse de politique sociale*“, Jean-Pierre Fragnière, Roger Girod (éds.), 2002.

problema u ovoj oblasti, od visoke nezaposlenosti, preko siromaštva, do starenja stanovništva i promena u strukturi porodice. Pri tom je važno uočiti da između koordinacije sistema socijalne sigurnosti, sa jedne strane, i približavanja ciljeva socijalne zaštite, sa druge strane, nije ustanovljena nikakva neposredna veza, već izgleda da se ova dva procesa odvijaju nezavisno jedan od drugog. I, najzad, valja uočiti da je u novom milenijumu, materija socijalne sigurnosti postala predmet novog oblika međudržavne saradnje. Reč je o otvorenom metodu koordinacije, koji podrazumeva uređivanje određenih socijalnih pitanja (socijalna uključenost, modernizacija penzijskih sistema i dr.) putem pravnoneobavezujućih normi, uz saradnju, unapređenje znanja i razmenu iskustava o rešavanju problema od zajedničkog interesa. To, dalje znači da se otvoreni metod koordinacije primenjuje i na neke aspekte socijalne sigurnosti koji već predstavljaju predmet regulisanja pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti. Ovo preplitanje ne dovodi, međutim, u pitanje naš raniji zaključak o odsustvu neposredne povezanosti između procesa približavanja sistema socijalne sigurnosti, koji je, takoreći, u začetku, i višedecenijskog procesa koordinacije sistema socijalne sigurnosti, već se ova dva procesa odvijaju samostalno.¹⁵

2. „Legislativna istorija“ pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti

Koordinacija sistema socijalne sigurnosti država članica Evropske unije nije sama sebi cilj, već se koristi kao moćno sredstvo za delotvorno ostvarivanje jednog od osnovnih ciljeva Unije. Reč je o slobodnom kretanju lica unutar Unije, budući da ova sloboda, pored geografske mobilnosti, podrazumeva i radnu i socijalnu integraciju migranata na opredeljenom području. To, dalje, znači da ne postoje uslovi za delotvorno ostvarivanje slobode kretanja lica sve dok postoji opasnost da će, zbog ograničenosti primene socijalnog zakonodavstva države porekla na domaću teritoriju, odnosno zbog rizika diskriminacije na osnovu državljanstva u državi prijema, migranti biti (potpuno ili delimično) lišeni mogućnosti da ostvaruju (stečena i očekivana) prava iz socijalnog osiguranja. Stoga je u svim osnivačkim ugovorima potvrđena rešenost država članica da uklone prepreke koje stoje na putu socijalnoj integraciji migranata.

Potreba za komunitarnom koordinacijom je, tako, bila priznata u Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik,¹⁶ dok su članice ove organizacije 9. decembra 1957. godine zaključile Evropsku konvenciju o

¹⁵ Philippe Pochet; - Révision du Règlement 1408/71: Réflexion conclusives; - „Revue belge de la sécurité sociale“; - br. 4/2004, str. 737.

¹⁶ Ugovorom o Evropskoj zajednici za ugalj i čelik bila je potvrđena obaveza država članica da se trude da postignu potrebne međusobne sporazume „kako mere socijalne sigurnosti ni na koji način ne bi stajale na putu kretanju radne snage“ (član 69 stav 4).

socijalnoj sigurnosti za radnike migrante, koja je trebalo da zameni njihove ranije zaključene bilateralne i multilateralne ugovore o socijalnom osiguranju.¹⁷ Premda nikada nije stupila na snagu, ova konvencija nema samo istorijski značaj, već su godinu dana kasnije, njome predviđena rešenja „pretočena“ u prva komunitarna pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti, *pravila (EEZ) br. 3/58 i 4/58*.¹⁸ Potonja pravila usvojena su na osnovu Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, u kojem je garantija slobode kretanja radnika dopunjena mehanizmima koji radnicima migrantima omogućavaju da stižu, ostvaruju i uživaju socijalne prestacije za svaki staž koji je navršen u različitim državama članicama.¹⁹ U prvim pravilima o koordinaciji su, u tom smislu, bila potvrđena osnovna načela međunarodnog uređivanja socijalne sigurnosti migranata – načelo jednakog postupanja prema domaćim i stranim državljanima i načelo očuvanja stečenih i očekivanih prava iz socijalnog osiguranja. Primenu ovih pravila pratile su, međutim, brojne teškoće, koje se, poglavito, mogu objasniti složenošću i nepreciznošću njihovih odredbi. One nisu mogle da budu otklonjene ni kasnije usvojenim novelama, već je postojala potreba za kodifikacijom svih odredbi koje se odnose na različite kategorije radnika, uz uvažavanje brojnih interpretativnih odluka Administrativne komisije za

¹⁷J.-J. Dupeyroux, *op. cit.*, str. 1018.

¹⁸Vid.: Council Regulation No 3 of 25 September 1958 concerning social security for migrant workers (*Official Journal* L 30, 16.12.1958, str. 561); Council Regulation No 4 of 3 December 1958 on implementing procedures and supplementary provisions in respect of Regulation No 3 (*Official Journal* L 30, 16.12.1958, str. 597). Osnovni razlog što su osnivači Evropske ekonomske zajednice dali prednost uređivanju koordinacije putem pravila leži u činjenici da je postupak primene pravila mnogo brži, izvesniji i delotvorniji od postupka ratifikacije i primene multilateralne konvencije.

¹⁹Savetu je priznat mandat za usvajanje mera u oblasti socijalne sigurnosti koje su „neophodne za ostvarivanje slobodnog kretanja radnika, naročito uspostavljanjem sistema koji dopušta da se radnicima migrantima i članovima njihovih porodica osigura: a) sabiranje svih perioda ostvarenih prema različitim nacionalnim zakonodavstvima, radi korišćenja i očuvanja prava na prestacije, kao i radi njihovog obračunavanja, b) isplata prestacija licima koja borave na teritorijama članica“ (Ugovor o EEZ, član 51, odnosno Ugovor o EZ, član 42). U kasnijim izmenama Ugovora, ova obaveza legislacije u oblasti socijalne sigurnosti izmenjena je na način da se više ne odnosi na sve radnike migrante i članove njihovih porodica, već na zaposlene i samozaposlene radnike i članove njihovih porodica. Tako je Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije utvrđena nadležnost Evropskog parlamenta i Saveta za usvajanje mera u oblasti socijalne sigurnosti koje su neophodne za ostvarivanje slobodnog kretanja radnika, uključujući mere koje zaposlenim i samozaposlenim radnicima migrantima i članovima njihovih porodica obezbeđuju: a) sabiranje svih perioda, koji se uzimaju u obzir prema zakonodavstvu više država, a radi sticanja i očuvanja prava na prestaciju, kao i radi obračunavanja visine prestacije; b) isplatu prestacija licima sa prebivalištem na teritoriji država članica (Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, član 48). Više o značaju ove promene, kao i o promeni postupka legislacije u oblasti koordinacije socijalne sigurnosti vid. u Rodoljub Etinski; - Osnovne slobode Evropske unije u lisabonskoj verziji; - „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu“, 2007, str. 67-68.

socijalnu sigurnost radnika migranata i stavova Evropskog suda pravde.²⁰ Nekim od ovih zahteva udovoljeno je usvajanjem *Pravila (EEZ) broj 1408/71*, koje je, zajedno sa *Pravilom (EEZ) broj 574/72*,²¹ učinilo jednostavnijom administrativnu i finansijsku organizaciju zaštite radnika migranata i unapredilo postojeća rešenja. Ovi instrumenti su činili izvore evropskog socijalnog prava gotovo pola veka, a njihovoj „dugovečnosti“ doprinele su i brojne novele, kojima su popunjavane praznine u zaštiti migranata i vršena usklađivanja komunitarnih pravila sa izuzetno bogatom praksom Evropskog suda pravde i osnovnim tendencijama u razvoju (međunarodnog i uporednog) socijalnog prava.²² Brojne novele su, međutim, učinile pravila o koordinaciji do te mere složenim i obimnim da su, suprotno svojoj osnovnoj svrsi, ovi akti postali svojevrsna prepreka za slobodno kretanje lica!²³

Stoga je, iznova, nastala potreba za usvajanjem modernijih i jednostavnijih instrumenata komunitarne koordinacije. Iako je Evropska komisija još 1998. godine utvrdila predlog za njihovo usvajanje, novi instrumenti komunitarne koordinacije usvojeni su tek šest, odnosno 11 godina kasnije. Reč je o *Pravilu (EZ) broj 883/2004*, koje je izmenjeno i dopunjeno *Pravilom (EZ) broj 988/2009*,²⁴ i tzv. implementirajućem pravilu,

²⁰ J.-J. Dupeyroux, *op. cit.*, str. 1019.

²¹ Vid.: Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community (*Official Journal* L 149, 5.7.1971, str. 2); Regulation (EEC) No 574/72 of the Council of 21 March 1972 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 (*Official Journal* L 74, 27.3.1972, str. 1); za odličnu analizu ovih pravila vid. Frans Pennings; - *Introduction to European Social Security Law*, Third edition; - The Hague/London/Boston 2001.

²² Francis Kessler; - *Sécurité sociale*, u „*Encyclopédie Juridique Dalloz. Répertoire de droit Communautaire*“, Robert Kovar, Sylvaine Poillot-Peruzzetto, Christian Gavalda, (dir.), Paris, 2002, st. 5 – 6.

²³ Jef Van Langendonck; - *La révision des règlements européens relatifs à la sécurité sociale*; - „*Revue belge de la sécurité sociale*“, - br. 4/2004, str. 650. Zbog svoje složenosti, odredbe pravila br. 1408/71 i 574/72 neretko nisu bile primenjivane ni onda kada su za to postojali uslovi. O tome, između ostalog, svedoči i činjenica da su se turisti iz Evropske unije, gotovo redovno, odlučivali da obezbede zdravstvenu zaštitu na osnovu privatnog osiguranja, ne bi li izbegli komplikovani administrativni postupak u kome se primenjuju pravila o koordinaciji. Postupak ostvarivanja zdravstvene zaštite je, ipak, olakšan uvođenjem evropske karte o zdravstvenom osiguranju (*European health insurance card*), koja se od 1. juna 2004. godine izdaje svim građanima Evropske unije koji iz profesionalnih ili ličnih razloga borave u državama članicama Unije, Islandu, Lihtenštajnu, Norveškoj i Švajcarskoj. Odgovarajuća „olakšica“ nije, međutim, bila obezbeđena za druge grane socijalne sigurnosti. Za neke ključne probleme u primeni Pravila broj 1408/71 vid.: Yves Jorens, Bernd Schulte; - *The implementation of Regulation 1408/71 in the Member States of the European Union*; - „*European Journal of Social Security*“, - br. 3/2001, str. 237 – 256.

²⁴ Regulation (EC) No 883/2004 of the European parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (*Official Journal* L 200, 7.6.2004, str. 1-123), as amended by Regulation (EC) No 988/2009 of the European Parliament and of the

*Pravilu (EZ) broj 987/2009*²⁵. Odredbama novih pravila, koja se primenjuju od maja 2010. godine, prošireno je područje komunitarne koordinacije, i to, u pogledu kruga zaštićenih lica (svi državljani država članica, nezavisno od aktuelne ili prethodne profesionalne aktivnosti, a, pod određenim uslovima, i državljani trećih država koji zakonito borave na teritoriji neke države članice), a, u ograničenom obimu, i u pogledu „pokrivenih“ socijalnih prestacija. Važnu novinu predstavlja i proširenje pravila o isplati novčanih prestacija u inostranstvu na sve prestacije ove vrste, osnaživanje načela jednakog postupanja pravilom o izjednačavanju relevantnih činjenica, kao i pojednostavljivanje kolizionih pravila (redukcija broja posebnih kolizionih pravila). Ovim izmenama valja dodati i nova rešenja koja se tiču zaštite detaširanih radnika (produženje „pokrivenog“ perioda upućivanja na rad u drugu državu sa 12 na 24 meseca) i ostvarivanja naknade za slučaj nezaposlenosti (mogućnost produženja perioda isplate naknade nezaposlenim migranlima do šest meseci), uvođenje novih pravila o prekograničnoj zdravstvenoj zaštiti, kao i obezbeđivanje zdravstvene zaštite u korist članova porodica pograničnih radnika. Te novine valjalo bi oceniti kao napredak u zaštiti migranata, baš kao i činjenicu da su pravila o koordinaciji u oblasti dečjih dodataka učinjena jasnijim. I, najзад, valja uočiti da bi uvođenje elektronske razmene podataka od značaja za ostvarivanje socijalnih prestacija trebalo da doprinese pojednostavljenju postupka koordinacije, kako za korisnike socijalnih prestacija, tako i za ustanove socijalne sigurnosti (brži i lakši postupak obrade podataka, niži administrativni troškovi).

3. Postepeno širenje kruga zaštićenih lica

Koordinacija nacionalnih sistema socijalne sigurnosti predstavlja „dopunu“ slobode kretanja lica, zbog čega se pravni instrumenti o koordinaciji primenjuju na sva lica kojima komunitarno pravo garantuje ovu slobodu. Krug ovih lica je postepeno proširivan, tako da su, после zaposlenih, u područje primene pravila o koordinaciji ušla *samozaposlena lica* (pravila br. 1390/81 i 3795/81), u skladu sa nastojanjem da se stvore uslovi za delotvorno ostvarivanje slobode nastanjivanja i pružanja usluga. Ovom obrazloženju valja dodati i potrebu da se komunitarni propisi usaglase sa tendencijom postepenog širenja nacionalnog socijalnog zakonodavstva (sa zaposlenih) na druge socio-profesionalne kategorije, što je postalo posebno

Council of 16 September 2009 (*Official Journal* L 284, 30.10.2009, str. 43-72); za kritičku analizu ovih pravila vid. specijalne brojeve časopisa „Revue belge de la sécurité sociale“ (br. 4/2004, str. 640-743) i „European Journal of Social Security“ (br. 1-2/2009).

²⁵ Regulation (EC) No 987/2009 of the European parliament and of the Council of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 (*Official Journal* L 284, 30.10.2009, str. 1-42).

značajno nakon što su Evropskoj zajednici pristupile države sa univerzalnim sistemima socijalne sigurnosti (Velika Britanija, Danska i Irska). Posle presude Evropskog suda pravde u slučaju C-443/93²⁶, područje primene pravila o koordinaciji prošireno je i na državne službenike (Pravilo broj 1606/98), da bi u narednoj fazi proširenja kruga zaštićenih lica, u sistem komunitarne koordinacije bili uključeni i *studenti* (Pravilo broj 307/99). Tendencija širenja kruga zaštićenih lica nastavljena je „pokrivanjem“ izbeglica i lica bez državljanstva koja imaju prebivalište na teritoriji neke države članice, kao i članova njihovih porodica koji su zaštićeni socijalnim zakonodavstvom neke države članice, da bi poslednjim talasom proširenja komunitarna pravila bila protegnuta i na državljane trećih država koji zakonito borave na teritoriji neke države članice (pravila br. 883/2004 i 1231/2010)²⁷. Potonjim proširenjem prevaziđeno je tradicionalno načelo reciprociteta, što se u literaturi ocenjuje kao naročito važan napredak. Ipak, valja imati u vidu da odredbe Pravila (EU) broj 1231/2010 uslovljavaju zaštitu državljana trećih država zakonitim prebivalištem na teritoriji neke države članice Unije i kretanjem između dveju ili više država članica Unije, ali tako da primena ovih pravila ni na koji način ne utiče na mogućnost država da migrantima uskrate odobrenje za ulazak, ostanak, boravak ili rad na njihovoj teritoriji (primena pravila o koordinaciji, dakle, migrantima ne daje pravo na ulazak, ostanak ili boravak u državi članici, kao ni na pristup njenom tržištu rada).²⁸ Pozitivnom ocenom valjalo bi oceniti i proširenje pravila o koordinaciji na neaktivno stanovništvo, što predstavlja rezultat četrdesetogodišnjih napora Evropskog suda pravde, Komisije i Saveta

²⁶ Vid. presudu u slučaju C-443/93 (*Ioannis Vougioukas v. Idryma Koinonikon Asfaliseon*) od 22. novembra 1995. godine (*European Court reports*, 1995, str. I-4033)

²⁷ Višedecenijsko pravilo o ograničenju koordinacije na državljane država članica bilo je, s pravom, kritikovano u naučnoj i stručnoj literaturi kao odstupanje od garantija ljudskih prava i sloboda, naročito od zabrane diskriminacije, ali i kao odstupanje od osnovnih načela evropske imigracione politike, posebno načela poštenog postupanja prema državljanima trećih država koji imaju zakonito prebivalište na teritoriji neke države članice. Proširivanje zaštite na migrante iz trećih država bilo je potrebno i zbog činjenice da je koordinacija propisa o socijalnoj sigurnosti državljana trećih država uređena velikim brojem različitih međunarodnih instrumenata, što je u praksi stvaralo ozbiljne pravne i administrativne probleme, ne samo za zainteresovana lica, već i za njihove poslodavce i nosioce socijalne sigurnosti. Stoga je na osnovu Pravila (EZ) broj 859/2003, koordinacija proširena na državljane trećih država, pod uslovom da ispunjavaju dva zahteva: a) da imaju zakonito prebivalište na teritoriji neke države članice; b) da se kreću između dveju ili više država članica Unije (postojanje prekograničnog elementa). Ovo rešenje potvrđeno je u Pravilu (EU) broj 1231/2010 (*Official Journal* L 344, 29.12.2010, str. 1-3), kojim su odredbe Pravila (EZ) broj 883/2004 proširene na državljane trećih država koji ispunjavaju navedene zahteve, osim kada je reč o Velikoj Britaniji i Danskoj. Za analizu ključnih aspekata zaštite državljana trećih država od socijalnih rizika vid. Rob Cornelissen; - *Third-country nationals and the European coordination of social security*; - „European Journal of Social Security“; - br. 4/2008, str. 347 – 371.

²⁸ European Commission explanatory notes on modernised social security coordination Regulations (EC) No 883/2004 & No 987/2009.

ministara da obezbede punu koordinaciju za sve građane. To, konačno, znači da se važeća pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti primenjuju na: a) zaposlene i samozaposlene; b) članove porodica zaposlenih i samozaposlenih; c) korisnike penzija i renta; d) članove porodica preminulih radnika i korisnika penzija i renta; e) studente; f) državljane trećih država koji imaju zakonito prebivalište na teritoriji neke države članice Unije. Premda se ovako širokom krugu zaštićenih lica, u načelu, mogu uputiti samo pohvale, neki pisci upozoravaju da pojedine kategorije lica imaju veće mogućnosti da ostvare koristi predviđene pravilima o koordinaciji od drugih kategorija zaštićenih lica. Taj „povlašćeni položaj“ poglavito uživaju lica koja su „najbliža tržištu rada“, budući da se koordinacija tradicionalno uređuje po modelu socijalnog osiguranja u kojem profesionalna aktivnost predstavlja osnov (i meru) zaštite od socijalnih rizika.²⁹ To ima za posledicu da se najveći stepen koordinacije i najbolje mogućnosti za slobodno kretanje unutar Unije obezbeđuju, upravo, u korist zaposlenih, a, zatim, i samozaposlenih lica. I suprotno, lica koja ne ispunjavaju uslove za ostvarivanje prava iz socijalnog osiguranja, već imaju potrebu za socijalnom pomoći ili specijalnim nedoprinosim prestacijama imaju daleko manje mogućnosti za zaštitu na osnovu pravila o koordinaciji, budući da socijalna pomoć nije uključena u koordinaciju, dok se koordinacija sistema nedoprinosnih prestacija ostvaruje u ograničenom obimu.³⁰

Istovremeno, valja imati u vidu da je u komunitarnom socijalnom pravu, pojam „radnik“ postepeno razvijan. Njime su, isprva, bili obuhvaćeni samo radnici koji obavljaju neku aktivnost na teritoriji više država članica (radnik migrant), da bi danas, sadržinom ovog pojma bio obuhvaćen svaki radnik koji je (obavezno ili dobrovoljno) pristupio režimu socijalne sigurnosti zaposlenih ili samozaposlenih lica, odnosno režimu socijalne sigurnosti koji se primenjuje na sve rezidente određene države, ako je to lice identifikovano kao zaposleni ili samozaposleni.³¹ Ova lica treba smatrati radnicima migrantima ako su promenila mesto prebivališta nakon što su stekla prava u okviru režima socijalne sigurnosti radnika, čak i ako njihovo preseljenje nije bilo motivisano razlozima koji se odnose na rad.³² Ako su ispunjeni ovi uslovi, radnikom treba smatrati i (negdašnjeg) radnika koji je izgubio radnu sposobnost ili je postao nezaposleni ili korisnik penzije

²⁹ Simon Roberts; - A short history of social security coordination, u „50 years of social security coordination. Past – present – future. Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security, Prague, 7 & 8 May 2009“, Yves Jorens (ed.), Luxembourg, 2010, str. 26.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore, Rolande Ruellan; - *Droit de la sécurité sociale*, 15^e édition; Paris 2005, str. 410.

³² *Ibid.*

(potvrda ideje o kontinuitetu i univerzalnosti zaštite od socijalnih rizika),³³ što znači da se radnikom migrantom, u smislu pravila o komunitarnoj koordinaciji, smatra *svaki socijalni osiguranik koji se kreće unutar Evropske unije i ima građanstvo Evropske unije*. To, dalje, znači da se pripadnost određenoj socio-profesionalnoj kategoriji (više) ne koristi kao osnovni kriterijum za primenu pravila o koordinaciji, već taj atribut pripada zaštiti zainteresovanog lica na osnovu socijalnog zakonodavstva država članica Evropske unije.³⁴ Primena pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti je, otuda, uslovljena ispunjenjem triju kumulativno određenih zahteva: da određeno lice ima svojstvo osiguranika u sistemu socijalne sigurnosti države članice, da se kreće unutar Evropske unije i da je građanin Evropske unije,³⁵ što znači da je u oblasti socijalnog prava, pojam radnika zamenjen širim pojmom *korisnika komunitarne koordinacije*.³⁶

4. „Pokriveni“ socijalni rizici i socijalne prestacije

Komunitarno pravo uređuje koordinaciju osnovnih grana socijalne sigurnosti u okviru opštih i posebnih režima socijalne sigurnosti, nezavisno od načina njihovog finansiranja. Stoga, u područje primene Pravila (EZ) broj 883/2004, po uzoru na Konvenciju Međunarodne organizacije rada broj 102, ulazi zakonodavstvo država članica kojim se uređuju prestacije za slučaj bolesti i materinstva, prestacije za slučaj invalidnosti (uključujući one koje imaju za cilj očuvanje ili poboljšanje sposobnosti za zarađivanje), prestacije za slučaj starosti, smrti izdržavaoca, nesreće na radu, profesionalnih oboljenja i nezaposlenosti, kao i naknade za slučaj smrti i dečji dodaci. Odredbama novog pravila, materijalno područje komunitarne koordinacije prošireno je i propisima o zakonskim prestacijama za rano penzionisanje (engl. *pre-retirement benefits*), koje, do danas, poznaje samo dansko i švedsko pravo,³⁷ kao i paternitetskim prestacijama koje u nekim državama

³³ Vid. presudu u slučaju C-182/78 (*Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland v. G. Pierik*) od 31. maja 1979. godine (*European Court reports*, 1979, str. 1977).

³⁴ Ovaj napredak ne umanjuje ni činjenica da se, u skladu sa odredbama Pravila (EZ) broj 883/2004, koliziona pravila određuju u odnosu na profesionalnu aktivnost zaštićenih lica. Danny Pieters; - *Réforme du Règlement européen de coordination: une perspective critique*; - „Revue belge de la sécurité sociale“; - br. 4/2004, str. 669.

³⁵ F. Kessler, *op. cit.*, stav 28.

³⁶ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *op. cit.*, str. 410.

³⁷ Prestacije za rano penzionisanje predstavljaju sva novčana davanja koja se ne mogu kvalifikovati kao prestacije za slučaj nezaposlenosti, niti kao prestacije za slučaj starosti. One se, počevši od određenih godina života, obezbeđuju radnicima koji su smanjili, prekinuli ili suspendovali njihove profesionalne aktivnosti, i to sve dok ne navrše godine života koje predstavljaju uslov za sticanje prava na starosnu penziju ili penziju za prevremeno penzionisanje. Isplata prestacija za rano penzionisanje, pri tom, ne može biti uslovljena zahtevom da korisnici budu dostupni nadležnim službama za zapošljavanje radi traženja posla. Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 1, tačka x).

pripadaju zaposlenima muškog pola za vreme odsustva sa rada u prvim mesecima po rođenju deteta (engl. *paternity benefits*).³⁸ Prema jurisprudenciji Evropskog suda pravde, Pravilo utvrđuje *numerus clausus* pokrivenih grana socijalne sigurnosti, što znači da režimi ostalih socijalnih prestacija ne čine predmet Pravila, sve i da korisnicima garantuju zakonsko pravo na prestacije.³⁹ Sa druge strane, iz područja primene Pravila izričito su isključeni socijalna i medicinska pomoć, prestacije za ratne vojnike invalide i druge žrtve rata, kao i specijalne prestacije nedoprinosnog karaktera (engl. *special non-contributory benefits*) koje nisu nabrojane u Aneksu X Pravila.⁴⁰

Naredno pitanje na koje valja odgovoriti glasi: koje unutrašnje pravne propise obuhvata komunitarna koordinacija? Svaka država članica Evropske unije slobodno određuje zakone, podzakonske akte, statutarne i druge propise koji će biti uključeni u komunitarni sistem koordinacije. Premda socijalno zakonodavstvo, prema ovoj otvorenoj definiciji, obuhvata „celinu nacionalnih mera koje se primenjuju u predmetnoj materiji“,⁴¹ koordinacija je, u načelu, ograničena samo na *zakonske režime socijalne sigurnosti*, dok su ugovorni režimi socijalne sigurnosti formalno isključeni iz sadržine pojma „zakonodavstvo o socijalnoj sigurnosti“.

Budući da u oblasti socijalne sigurnosti ne postoji uniformno komunitarno pravo, kao ni minimalna harmonizacija zakonodavstava država članica sa komunitarnim pravom, zaštita migranata od socijalnih rizika uređuje se primenom metoda međunarodnog privatnog prava.⁴² Instrumenti koordinacije, otuda, sadrže pravila za rešavanje sukoba zakona o socijalnoj sigurnosti.⁴³ Ta pravila, uzeta zajedno, čine jedan zaokruženi *sistem*

³⁸ U literaturi se, s pravom, ukazuje na ograničenost ovog napretka, budući da pisci Pravila (EZ) broj 883/2004 nisu uvažili mnoge skorašnje promene koje su se desile u oblasti socijalne sigurnosti, poput tendencije približavanja sistema socijalne sigurnosti i sistema socijalne pomoći ili tendencije uvažavanja potrebe za zaštitom od novih socijalnih rizika. D. Pieters, *op. cit.*, str. 670-671.

³⁹ Pierre Rodière; - *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd.; - Paris 2002, str. 597.

⁴⁰ U kategoriju nedoprinosnih specijalnih prestacija spadaju prestacije kojima se obezbeđuje dodatak ili zamena za zaštitu od pokrivenih socijalnih rizika, kao i specifična zaštita lica sa invaliditetom. Važno je uočiti da prva podvrsta ovih prestacija obezbeđuje zaštićenim licima minimalna sredstva za izdržavanje, kao što je to, primera radi, slučaj sa zajemčenim prihodima za stara lica u Belgiji, dodatnim naknadama iz Nacionalnog fonda solidarnosti u Francuskoj ili državnim starosnim penzijama u Irskoj i Portugalu. European Commission; - *The Community provisions on social security: Your rights when moving within the European Union*; - Luxembourg 2004, str. 28.

⁴¹ Presuda u slučaju 87/76 (*Walter Bozzone v. Office de Sécurité Sociale d'Outre-Mer*) od 31. marta 1977. godine (*European Court reports*, 1977, str. 687), stav 10.

⁴² Gérard Lyon-Caen; - *Les relations de travail internationales*, u „*Droit du travail. Collection dirigée par Jean Pelissier*“, Paris, 1991, str. 188.

⁴³ Premda je eksteritorijalno dejstvo pravnih propisa, u načelu, priznato u sferi privatnog prava, sukob zakona, izuzetno, može nastati i u pogledu pravnih odnosa koji su pretežno uređeni javnopravnim normama. To je, između ostalog, slučaj i sa socijalnopravnim

kolizionih pravila, koji obuhvata jedno opšte i seriju posebnih kolizionih pravila.⁴⁴ Njima se obezbeđuju rešenja za negativan ili pozitivan sukob zakona o socijalnoj sigurnosti i sprečava određivanje različitih tačaka vezivanja od jednog do drugog socijalnog rizika (odnosno od jedne do druge grane socijalne sigurnosti),⁴⁵ tako da će socijalno zakonodavstvo određene države članice biti merodavno za uređivanje prava na sve predviđene socijalne prestacije migranta. Pravilo *lex loci laboris*, pri tom, predstavlja opšte koliziono pravilo, a podrazumeva da se na zaposlena i samozaposlena lica primenjuje socijalno zakonodavstvo države članice na čijoj teritoriji stvarno obavljaju određenu aktivnost.⁴⁶ Kako bi primena pravila *lex loci laboris* bila otežana i nepravična u slučaju migranata koji redovno rade na teritoriji više država, instrumenti koordinacije predviđaju i posebna koliziona pravila za trgovačke putnike, turističke vodiče i druge radnike koji redovno obavljaju aktivnost na teritoriji dveju ili više država članica Unije (*lex loci domicilii*, uz određene izuzetke), kao i za pomorce (*lex banderae*), državne službenike (zakonodavstvo države-poslodavca) i detaširane radnike (zakonodavstvo države mesta poslodavčevog sedišta ili prebivališta).

III. OSNOVNA NAČELA KOORDINACIJE: ZABRANA DISKRIMINACIJE I OČUVANJE STEČENIH I OČEKIVANIH SOCIJALNIH PRAVA

Premda je svaki novi instrument koordinacije sistema socijalne sigurnosti država članica Evropskih zajednica, odnosno Evropske unije, doneo sa sobom naprednija i detaljnija pravila, osnovni cilj ovih instrumenata ostao je nepromenjen. Svaka država članica zadržala je slobodu da utvrđuje uslove sticanja, ostvarivanja i korišćenja socijalnih prestacija, pod uslovom da vršenjem ovih ovlašćenja ne ustanovljava nikakve prepreke za slobodno kretanje lica i usluga koje garantuje komunitarno pravo. U tom smislu, valja uočiti tri osnovna načela komunitarne koordinacije: načelo jednakog postupanja prema domaćim i državljanima drugih država članica; načelo očuvanja očekivanih socijalnih prava migranata i načelo očuvanja stečenih socijalnih prava migranata.

odnosima. Za odličnu analizu ovog izuzetka vid. Milan Pak; - *Radni odnosi i socijalno osiguranje – unutrašnji i međunarodni sukob zakona*; - Beograd 1979.

⁴⁴ Vid Pravilo (EZ) broj 883/2004, čl. 11-16.

⁴⁵ P. Rodière, *op. cit.*, str.589.

⁴⁶ Čvrstina ovog pravila potvrđena je i u više presuda Evropskog suda pravde, u kojima je istaknuto da se pravilo *lex loci laboris* primenjuje i onda kada je socijalno zakonodavstvo druge države članice povoljnije za radnika od zakonodavstva države mesta rada. Više o sadržaju i domašaju opšteg kolizionog pravila vid. u: Anna Christensen, Mattias Malmstedt; - *Lex loci laboris versus lex loci domicilii. An inquiry into the normative foundations of European Social Security Law*; - „European Journal of Social Security“; - br. 2/2000, str. 69 – 112.

Načelo jednakog postupanja prema domaćim i državljanima drugih država članica predstavlja osnovno načelo komunitarnog prava i pretpostavku slobode kretanja lica unutar Unije. Ovo načelo nalazi se i u osnovi komunitarnih pravila o koordinaciji, gde, jednovremeno, predstavlja i cilj koji nastoje da dostignu druga dva načela koordinacije. Sadržinu načela jednakog postupanja, pri tom, opisuje pravilo da sva lica koja su obuhvaćena komunitarnom koordinacijom ostvaruju ista prava i preuzimaju iste obaveze predviđene socijalnim zakonodavstvom bilo koje države članice kao i državljani te države.⁴⁷ To, dalje, znači da je u oblasti socijalne sigurnosti, zabranjena svaka neposredna i posredna diskriminacija na osnovu državljanstva, pod uslovom da zaštićeno lice ima prebivalište na teritoriji neke države članice Evropske unije. Ovu zabranu, pri tom, valja razumeti kao posledicu nepostojanja harmonizacije socijalnog prava, budući da uvažavanje razlika koje postoje između socijalnog zakonodavstva država članica može biti prihvatljivo samo ako one obezbeđuju uslove za eliminaciju diskriminacije na osnovu državljanstva u oblasti socijalnog prava (i socijalne politike).⁴⁸ U tom smislu, važno je uočiti da je zabrana (posredne) diskriminacije migranata značajno osnažena odredbama Pravila (EZ) broj 883/2004. Inspirisane jurisprudencijom Evropskog suda pravde, ove odredbe pretpostavljaju *asimilaciju činjenica ili događaja* nastalih u jednoj državi članici sa činjenicama i događajima koji nastaju na teritoriji druge države članice Unije, ako one, prema zakonodavstvu određene države, proizvode relevantne pravne posledice (npr. odsluženje vojnog roka, studiranje i sl).⁴⁹ Otuda se prema određenim činjenicama ili događajima koji su realizovani u jednoj državi članici postupa kao da su nastali na teritoriji države čije je socijalno zakonodavstvo određeno kao merodavno, ali tako da asimilacija ne utiče na očuvanje očekivanih socijalnih prava, tj. na pravilo o sabiranju staža osiguranja, radnog staža ili perioda prebivališta.⁵⁰

Sa druge strane, *načelo očuvanja stečenih socijalnih prava migranata* valja razmatrati u kontekstu posebne zaštite novčanih prestacija za slučaj invalidnosti, starosti, povrede na radu, profesionalnog oboljenja i smrti izdržavaoca koje su stečene u skladu sa zakonodavstvom jedne ili više država članica. Ove prestacije isplaćuju se korisnicima bez umanjenja, izmena, suspenzija, prestanka ili zaplene koje bi bile motivisane činjenicom da se prebivalište korisnika ili člana njegove porodice nalazi izvan teritorije države sedišta ustanove koja duuguje isplatu prestacije.⁵¹ Istovremeno,

⁴⁷ Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 4.

⁴⁸ Herwig Verschueren; - European (Internal) Migration Law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems; - „European Journal of Migration and Law“; - br. 3/2007, str. 312.

⁴⁹ Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 5.

⁵⁰ D. Pieters. *op. cit.*, str. 667.

⁵¹ Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 7.

komunitarno pravo sadrži posebno pravilo o isplati prestacija za slučaj nezaposlenosti. Ono je restriktivnije u odnosu na pravila o isplati drugih prestacija, budući da pravo na prestacije za slučaj nezaposlenosti mogu ostvariti samo korisnici koji se nalaze na teritoriji države sedišta nadležne ustanove socijalne sigurnosti, a, krajnje izuzetno, i korisnici u inostranstvu.⁵²

Komunitarni instrumenti koordinacije garantuju posebnu zaštitu socijalnih prava migranata i u pogledu prava koja ne omogućavaju ostvarivanje prestacija, budući da za to nedostaju još neke pravno relevantne činjenice (ako je očekivano da će se određeno pravo steći nakon što se ispune propisani uslovi). Tako *načelo očuvanja očekivanih socijalnih prava migranata* podrazumeva zahtev da se prilikom primene socijalnog zakonodavstva jedne države članice Unije uzima u obzir staž osiguranja i sa njim izjednačeni periodi koji su navršeni u različitim državama, bez diskriminacije lica koja su se kretala unutar Unije.⁵³ Ustanove socijalne sigurnosti svake države članice su, otuda, dužne da prilikom odlučivanja o zahtevima migranata, obezbede da staž koji je migrant navršio u skladu sa zakonodavstvom drugih država članica ima isto dejstvo kao i periodi navršeni u skladu sa unutrašnjim pravnim propisima koje primenjuje određena ustanova. Pravila o sabiranju kvalifikujućih perioda, pri tom, imaju različitu funkciju, zavisno od prestacija na koje se primenjuju: u oblasti zaštite za slučaj bolesti, materinstva, nezaposlenosti i dečjih dodataka ono, prevashodno, služi za odlučivanje o korišćenju odgovarajućih prestacija, dok u oblasti zaštite od rizika starosti, invalidnosti i smrti služi za obračunavanje odgovarajućih dugoročnih prestacija. Istovremeno, valja imati u vidu da je u potonjim trima oblastima, pravilo o sabiranju kvalifikujućih perioda dopunjeno pravilom o *podeli odgovornosti za troškove dugoročnih novčanih prestacija* između ustanova svih zainteresovanih država članica, što znači da se starosne, invalidske i porodične penzije obezbeđuju u skladu sa načelom *pro rata temporis*. Kako koordinacija sistema socijalne sigurnosti, sama po sebi, a, naročito, putem pravila o isplati prestacija u inostranstvu, može da dovede do kumulacije istovrsnih socijalnih prestacija, pravila o koordinaciji

⁵² Kako se osnovni cilj reforme komunitarne koordinacije ogleda u nastojanju da se unapredi mobilnost radnika, dopušteni izuzetak zagantovan je samo u korist nezaposlenih lica koja traže posao u drugoj državi. Nadležna ustanova socijalne sigurnosti, stoga, isplaćuje prestacije za slučaj nezaposlenosti migrantima koji se nalaze na teritoriji druge države radi traženja posla, pod uslovom da su evidentirani kao nezaposlena lica (odnosno, kao tražioci zaposlenja) i dostupni nadležnoj službi za zapošljavanje najkraće četiri nedelje od nastupanja osiguranog rizika. Korisnik može zadržati pravo na prestaciju samo u prva tri meseca boravka u drugoj državi, s tim što nadležna ustanova socijalne sigurnosti može da odluči da produži period isplate za još tri meseca. Premda mogućnost produženja perioda isplate predmetnog davanja valja razumeti kao značajan podsticaj mobilnosti radnika, ovom rešenju se može zameriti da otvara mogućnost za diskriminaciju migranata. Ovo stoga što je nadležnim ustanovama socijalne sigurnosti prepušteno da odlučuju o periodu isplate naknade za nezaposlenost, tako da migranti uživaju različit obim zaštite od jedne do druge države članice.

⁵³ Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 6.

zabranjuju dvostruku obaveznu zaštitu jednog lica od socijalnih rizika. Ova zabrana odnosi se na sticanje i očuvanje prava na više istovrsnih socijalnih prestacija za jedan isti period obaveznog osiguranja.⁵⁴

ZAKLJUČAK

I pored ograničenja i problema koji su je pratili, primenu komunitarnih pravila o koordinaciji, u načelu, treba oceniti kao uspešnu. Ovo, prevashodno, stoga što lica koja se kreću unutar Unije, na osnovu evropskih pravila o koordinaciji već duže od pola veka zadovoljavaju najosnovnije, svakodnevne potrebe u oblasti zaštite od socijalnih rizika.⁵⁵ Pri tom, valja imati u vidu da je „legislativnu istoriju“ pravila o koordinaciji suštinski obeležilo postepeno širenje područja koordinacije, kako u pogledu kruga zaštićenih lica, tako i u pogledu „pokrivenih“ socijalnih prestacija, budući da je koordinacija izvorno bila ograničena na zaštitu zaposlenih, i to, u vezi sa sticanjem i ostvarivanjem prestacija na osnovu radnog odnosa. Trend proširenja kruga zaštićenih lica obeležio je i najnoviju reformu pravila o koordinaciji, tako da se ona od sredine 2010. godine primenjuju na sve državljane država članica Evropske unije koji su uključeni u nacionalne sisteme socijalne sigurnosti (nezavisno od njihove /aktuelne ili prethodne/ profesionalne aktivnosti), državljane Islanda, Lihtenštajna, Norveške i Švajcarske koji su osigurani ili su bili osigurani u jednoj od ovih država, kao i članove njihovih porodica. Osim toga, pravila o koordinaciji primenjuju se i na apatride i izbeglice i članove njihovih porodica, kao i na državljane trećih država sa prebivalištem na teritoriji država članica Unije, u slučaju kretanja iz jedne u drugu državu članicu.

Pored proširenja kruga zaštićenih lica, pravila (EZ) br. 883/2004 i 987/2009 su omogućila i jednostavniji postupak sticanja i ostvarivanja nekih socijalnih prestacija, dok su mnoga rešenja učinjena jasnijim i modernijim. Ipak, novim pravilima se, i pored ovog napretka, mogu uputiti i određene primedbe, od kojih se najozbiljnije odnose na činjenicu da njihove odredbe

⁵⁴ Pravilo (EZ) broj 883/2004, član 10. U literaturi se, s pravom, upozorava da je primena pravila o sprečavanju kumulacije istovrsnih prestacija skopčana sa problemom klasifikacije prestacija. Pravila o koordinaciji, tako, zabranjuju jednom licu da ostvaruje dve invalidske penzije, ali ga ne sprečavaju da jednovremeno ostvaruje invalidsku i starosnu penziju u državama u kojima se korisnicima invalidskih penzija, po navršenju određenih godina života, ova penzija automatski zamenjuje starosnom penzijom! Y. Jorens, B. Schulte, *op. cit.*, str. 248.

⁵⁵ Procenjuje se da u Evropskoj uniji radi oko 10,5 miliona radnika migranata, od kojih jedan milion svakodnevno prelazi iz jedne u drugu državu članicu radi odlaska na posao, dok je više od 250.000 lica tokom profesionalne karijere radilo u dvema ili više država članica Unije i sada ostvaruje penziju od više različitih nosilaca socijalnog osiguranja. Nav. prema: International Labour Organization; - *Coordination of social security systems in the European Union. An explanatory report on EC Regulation No. 883/2004 and its Implementing Regulation No. 987/2009*; - Budapest 2010, str. 1.

nisu uvažile u dovoljnoj meri aktuelne tendencije u razvoju socijalnog zakonodavstva i prakse, ali ni ključne društvene, ekonomske i političke promene od značaja za položaj migranata. U tom smislu, poseban izazov za koordinaciju sistema socijalne sigurnosti predstavljaju najnovi trendovi u obezbeđivanju zaštite od socijalnih rizika, uključujući potrebu za zaštitom od novih socijalnih rizika⁵⁶. Ovo, posebno, stoga što u socijalnom zakonodavstvu nekih evropskih država, linija razgraničenja između sistema socijalnog osiguranja i sistema socijalne pomoći nije povučena sa matemačkom preciznošću,⁵⁷ dok se predmet regulisanja pojedinih odredi evropskih pravila ne može kvalifikovati „bez ostatka“ kao jedan od osnovnih socijalnih rizika.⁵⁸ Osim toga, valja pomenuti i trend širenja značaja privatnog osiguranja od socijalnih rizika, koje nije obuhvaćeno pravilima o koordinaciji, a predstavlja osnov zaštite koji ne bi trebalo zanemariti. Ovome valja dodati i promene koje se tiču samih migracija, među kojima, danas, dominiraju privremene migracije, dok nisu retki ni slučajevi tzv. socijalnog turizma (fr. „*tourisme social*“), koji podrazumeva migracije u države u kojima se korisnicima obezbeđuju izdašnija socijalna davanja nego u državi porekla. Ne treba zaboraviti ni promene u radnopravnom statusu migranata, budući da su komunitarna pravila tradicionalno koncipirana po modelu radnika migranta sa standardnim ugovorom o radu (ugovorom o radu na neodređeno vreme i sa punim radnim vremenom), dok je savremeno radno pravo suočeno sa trendom fleksibilizacije i problemima tzv. rada na crno i prividnog nezavisnog rada. Stoga se u književnosti, s pravom, upozorava na potrebu dubljeg promišljanja pravila o koordinaciji u novom ekonomskom i socijalnom okruženju. U tom smislu, može se očekivati da reforme koordinacije sistema socijalne sigurnosti država članica Evropske unije nisu završene usvajanjem pravila (EZ) br. 883/2004 i 987/2009, te da bi prilikom njihovog noveliranja valjalo u većoj meri uvažiti ključne aktuelne tendencije u razvoju socijalnog prava, kao i relevantne društvene, ekonomske i političke činjenice, uključujući one koje se (neposredno ili posredno) tiču skorašnjeg i očekivanog proširenja Unije⁵⁹.

Bogata „legislativna“ istorija i složena sadržina komunitarnih pravila o koordinaciji sistema socijalne sigurnosti svedoče i o obimu posla koji

⁵⁶ Eberhard Eichenhofer; - How to simplify the co-ordination of social security?; - „European Journal of Social Security“; - br. 2-3/2000, str. 238.

⁵⁷ Y. Jorens, B. Schulte, *op. cit.*, str. 247.

⁵⁸ D. Pieters, *op. cit.*, str. 670. U tom smislu, postoji i potreba za preispitivanjem evropske koncepcije socijalne sigurnosti. To bi, po nekim autorima, moglo da uključi i zamenu iscrpne liste „pokrivenih“ socijalnih rizika jednom opštom definicijom socijalne sigurnosti kao „sistema prestacija čije obezbeđivanje ne pretpostavlja procenu imovine korisnika za vreme osiguranog slučaja“ (E. Eichenhofer, *op. cit.*, str. 238).

⁵⁹ Za ilustraciju ovog problema vid. Philip Larkin; - A policy of inconsistency and hypocrisy: United Kingdom social security policy and European citizenship; - „Journal of Social Welfare & Family Law“; - br. 1/2009, str. 33 – 45.

očekuje domaće nosioce socijalnog osiguranja po pristupanju Srbije Evropskoj uniji.⁶⁰ Taj posao u značajnoj meri olakšava činjenica da je naša država zaključila bilateralne sporazume o socijalnom osiguranju sa većim brojem država, uključujući mnoge države članice Evropske unije. Ovaj zaključak relativizuje, međutim, činjenica da je koordinacija koja se odvija na osnovu pravila Evropskog parlamenta i Saveta složenija od koordinacije koja se ostvaruje na osnovu ugovora koje primenjuju Srbija i njeni sukontrahenti. Istovremeno, valja imati u vidu da je naša država ratifikovala i Konvenciju Međunarodne organizacije rada broj 48 o ustanovljavanju međunarodnog sistema očuvanja prava iz osiguranja za slučaj invalidnosti, starosti i smrti, koja se, baš kao i zaključeni dvostrani sporazumi o socijalnom osiguranju, zasniva na opšteprihvaćenim načelima koordinacije. Sve su to okolnosti koje bi mogle da olakšaju zaštitu naših državljana u slučaju rada u državama članicama Evropske unije, iako stvaranje uslova za celovitu i delotvornu zaštitu migranata od socijalnih rizika i dalje ostaje izazov za domaće zakonodavstvo i praksu.

⁶⁰ Up. sa: Y. Jorens, B. Schulte, C. Schumacher; - Co-ordination of the social security systems and the accession of Central and Eastern European countries to the European Union; - „European Journal of Social Security“; - br. 1-3/1999, str. 269 – 282.

Ljubinka Kovačević, PhD.

University of Belgrade Faculty of Law

MIGRANTS' PROTECTION AGAINST SOCIAL RISKS IN EU LAW

In recent years, much discussion has taken place on the social security of persons moving within the European Union, especially in the context of what has been agreed on the coordination of social security schemes in Regulations No 883/2004, No 987/2009 and No 1231/2010. The main purpose of this article is to analyze the capacity of these Regulations to abolish the obstacles to the free movement of workers that can be created if migration were to lead to discrimination and loss of social benefits in the state hosting EU citizen. The author first analyzes the aim and purpose of international social law protection of migrants, and shows how territoriality and diversity of national social legislations can cause problems when people move from one State to another. In second part of the article, the author comments on the legislative history of Regulations on coordination of social security schemes and personal and material scope of their provisions. She argues that the overall objective of Regulations is to link together the various social security systems in the European Union, so as to prevent migrants from losing out on social security rights on account of their moving, without creating a common „European system of social security“. Special attention is paid to the basic principles of the coordination of social security schemes: the principle of prohibition of (direct and indirect) discrimination on the basis of nationality; the principle of preservation of acquired social security rights and the principle of preservation of social security rights in the course of acquisition. These principles are placed in the context of challenges that (international and comparative) social law will have to face, including the challenges of protection of new social risks, the importance of private insurance systems and new patterns of migrations.

Key words: *free movement of EU citizens; social risks; coordination; preservation of social security rights; discrimination on the basis of nationality.*

Dr Dušan Popović

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu¹

UDK:347.77:004.738.5

Originalni naučni rad

DESET GODINA PRIMENE UDRP PRAVILA: OBRISI UJEDNAČENE PRAKSE

U članku se analizira dosadašnji rad arbitražnih veća koja su primenjivala UDRP pravila. Primenom UDRP pravila mogu se rešiti samo slučajevi klasičnog sajberskvotinga, tj. mala fide registracije naziva internet domena koji je istovetan ili sličan predmetu tuđeg žiga. Danas, nakon više od deset godina od njihovog usvajanja, čini se da je postignut izvestan stepen usaglašenosti prikom tumačenja UDRP pravila. Iako UDRP pravilima nije uspostavljen precedentsni sistem, arbitražna veća u ogromnom broju slučajeva slede stavove koje su veća zauzela u ranijim odlukama, time doprinoseći pravnoj sigurnosti. Ipak, izvesne razlike i dalje postoje, naročito prilikom utvrđivanja da li tuženi ima legitimni interes da koristi sporni naziv internet domena. Izvesna odstupanja u tumačenju UDRP pravila sigurno bi bila značajno manja ukoliko bi se putem izmena i dopuna pravila u važeći tekst unele definicije određenih pojmova. Međutim, izmene i dopune UDRP pravila ne čine se izvesnim u skoroj budućnosti, s obzirom na različite interese koje ima ICANN, s jedne strane, i titulari žiga, s druge strane.

Ključne reči: nazivi internet domena, alternativni način rešavanja sporova, žig, intelektualna svojina, UDRP pravila.

I Uvodna razmatranja

Vrednost naziva internet domena je ogromna.² Zbog daljeg razvoja interneta i njegovog sve većeg uticaja na svakodnevni život ljudi, procenjuje se da će dobro odabrani nazivi domena vredeti još više. Pa ipak, prilikom registracije naziva internet domena od registranta se po pravilu ne traži da dokaže da je titular prava čiji predmet je oznaka koju želi da registruje kao

¹ Autor je predsednik Komisije za rešavanje sporova povodom registracije .rs domena, koja deluje pri Privrednoj komori Srbije. U radu se iznose lični stavovi autora. Izneti stavovi ne predstavljaju zvanične stavove Komisije za rešavanje sporova povodom registracije .rs domena, Privredne komore Srbije, niti Registra nacionalnog internet domena Srbije.

² Na primer, registracija naziva domena *sex.com* prenet je na novog titulara za 14 miliona dolara. Za naziv domena *porn.com* postignuta je cena u iznosu od 9,5 miliona dolara, a za naziv domena *beer.com* – 7 miliona dolara. Procenjuje se da naziv internet domena *business.com* vredi 400 miliona dolara.

naziv domena. Registracija se vrši primenom pravila «Prvi u vremenu, jači u pravu». Ovakav otvoreni, demokratski karakter registrovanja naziva internet domena može dovesti do sporova između lica koje je registrovalo određenu oznaku kao naziv internet domena, s jedne strane, i titulara prava, najčešće žiga, čiji je predmet sporna oznaka. Takvi sporovi mogu se rešavati u klasičnom sudskom postupku ili primenom alternativnog načina rešavanja sporova (ADR). S obzirom na karakteristike sistema internet domena, sudski postupak se pokazao neodgovarajućim iz više razloga. Najpre, sud bi morao da primeni pravila žigovnog prava i/ili pravila o suzbijanju nelojalne konkurencije. Međutim, neka od osnovnih načela žigovnog prava u neskladu su sa globalnim karakterom interneta. Načelo specijalnosti žiga dozvoljava registrovanje dve istovetne ili slične oznake za označavanje robe ili usluga koje pripadaju različitim kategorijama robe ili usluga. Načelo specijalnosti ne važi jedino u odnosu na čuvene oznake. Ovo načelo dolazi u sukob sa načelom jedinstvenosti internet domena: moguće je registrovati samo jedan istovetni naziv domena. I drugo fundamentalno načelo žigovnog prava, načelo teritorijalnosti, u neskladu je sa globalnim karakterom interneta. Dok se titularu žiga zaštita pruža na određenoj teritoriji, po pravilu u okvirima države u kojoj je registracija izvršena, internet ne poznaje nacionalne granice, pa registracija naziva domena proizvodi posledice u čitavom svetu. Rešavanje sporova nastalih povodom registracije naziva internet domena u sudskom postupku pokazalo se neodgovarajućim i zbog same dužine trajanja sudskih postupaka. Takođe, moguće je da tokom trajanja sudskog postupka naziv domena bude prenet na treće lice, ukoliko sud ne bi izrekao privremenu meru zabrane prenosa naziva domena. Iz ovih razloga, još krajem devedesetih godina prošlog veka započete su konsultacije u cilju uspostavljanja alternativnog načina rešavanja sporova nastalih povodom registracije naziva internet domena, čiji glavni akteri su bili ICANN – Internet korporacija za dodeljene nazive i brojeve i WIPO – Svetska organizacija za intelektualnu svojinu.

Alternativni način rešavanja sporova uređen je aktima koje je ICANN, na predlog Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, usvojio 24. oktobra 1999. godine – *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (Jedinstvena pravila za rešavanje sporova o nazivima internet domena) i *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (pravila postupka u užem smislu), koja se redovno označavaju pod njihovom skraćenicom na engleskom jeziku – UDRP. U svetu ima nekoliko centara akreditovanih kod ICANN-a za rešavanje sporova primenom UDRP pravila. Najznačajniji od njih je WIPO Centar za arbitražu i medijaciju u Ženevi, pred čijim panelima (arbitražnim većima)³ je rešen najveći broj sporova.⁴

³ Tročlano arbitražno veće imenuje se na predlog tužioca i/ili tuženog. U suprotnom, spor rešava arbitar pojedinac. Više o pravilima postupka: David Lindsay; - *International Domain Name Law*; -Oksford; 2007, str. 129-167.

WIPO je 2010. godine otvorio odeljenje u Singapuru. Pored Centra Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, UDRP pravila su ovlašćeni da primenjuju i NAF – Nacionalni arbitražni forum, CPR Institut za rešavanje sporova i ADNDRC – Azijski centar za rešavanje sporova o nazivima domena. Danas, više od deset godina od usvajanja UDRP pravila, može se zapaziti da ovaj alternativni način rešavanja sporova nastalih povodom registracije naziva internet domena ispunjava svoju svrhu – delotvorno rešavanje sporova u kratkom vremenskom periodu od oko dva meseca od podnošenja tužbe. UDRP pravila primenjuju se u sporovima koji se vode povodom registracije naziva domena drugog nivoa na generičnim internet domenima prvog nivoa (npr. *.com*, *.net*, *.org*, *.aero*, *.biz*, *.coop*, *.info*, *.museum*, *.name*, *.pro*). Takođe, UDRP pravila mogu se primeniti i kod sporova povodom registracije izvršene na određenim geografskim domenima prvog nivoa (npr. *.nl*, *.me*, *.ve*, *.ro*, *.au*), ukoliko je tako odlučio nacionalni registar koji upravlja geografskim domenom. Značaj UDRP pravila ogleda se i u njihovom nesumnjivom uticaju na nacionalne propise o rešavanju sporova nastalih povodom registracije naziva internet domena, koji su uglavnom koncipirani po uzoru na UDRP. To je slučaj i sa srpskim Pravilnikom o postupku za rešavanje sporova povodom registracije *.rs* domena.⁵

Primenom UDRP pravila mogu se rešiti samo slučajevi klasičnog sajberskvotinga, tj. *mala fide* registracije naziva domena koji je istovetan ili sličan predmetu tuđeg žiga. UDRP pravilima propisana su tri uslova koja moraju biti ispunjena kako bi arbitražno veće usvojilo tužbeni zahtev i naložilo prenos (preregistraciju) ili ukidanje registracije naziva internet domena: (1) registrovani naziv domena mora biti istovetan predmetu tužiočevog žiga ili mu biti sličan u meri u kojoj može izazvati zabunu i dovesti u zabludu korisnike interneta; (2) mora se utvrditi da tuženi nema nikakvo pravo ili legitiman interes da koristi naziv internet domena koji je registrovao; (3) mora se utvrditi da je tuženi naziv internet domena registrovao i koristio *mala fide*.⁶ Danas, više od deset godina od početka primene UDRP pravila, čini se da je postignut značajan stepen usaglašenosti prilikom tumačenja materijalnopravnih uslova. Kao što će ovaj kritički osvrt

⁴ U radu će se koristiti termini “arbitar” i “arbitražno veće”, u nedostatku boljih izraza u srpskom jeziku, iako UDRP postupak nije klasičan arbitražni postupak. Naime, nadležnost veća ne zasniva se na arbitražnoj (kompromisornoj) klauzuli, već se tuženi saglašava sa primenom UDRP pravila putem prihvatanja opštih uslova registracije naziva domena, dok tužilac prihvata nadležnost konkludentnom radnjom – pokretanjem postupka protiv registranta. Povrh toga, nezadovoljna strana može u roku od deset radnih dana od dostavljanja odluke arbitražnog veća pokrenuti sudski postupak.

⁵ Za komentar Pravilnika videti: Dušan Popović, Marko Jovanović; - Osvrt na Pravilnik o postupku za rešavanje sporova povodom registracije *.rs* domena; «Pravo i privreda»; - br. 1-3/2011, str. 7-28.

⁶ Član 4 (a) UDRP.

na dosadašnji rad arbitražnih veća pokazati, po određenim pitanjima postoje i izvesne razlike među arbitražnim većima, koje će u ovom radu posebno biti analizirane.

II Istovetnost ili sličnost naziva internet domena i predmeta žiga

Prvim materijalnopравnim uslovom nalaže se arbitražnom veću da utvrdi da li je registrovani naziv internet domena istovetan predmetu tužiočevog žiga ili mu je sličan u meri u kojoj može izazvati zabunu i dovesti u zabludu korisnike interneta. Prilikom utvrđivanja ispunjenosti ovog uslova, arbitražna veća najpre su ispitivala da li je tužilac titular žiga. Za ispunjenost ovog uslova nije od značaja mesto registracije žiga, vreme registracije, niti kategorija robe i/ili usluga u pogledu koje je registracija izvršena.⁷ Pri rešavanju izvesnih, krajnje specifičnih sporova, arbitražna veća odstupala su od napred navedenog, dodatno ispitujući okolnosti pod kojima je izvršena registracija žiga čiji predmet je istovetan ili sličan nazivu spornog internet domena. Na primer, arbitražna veća cenila su okolnost da je registracija žiga u određenim državama automatska ili se vrši bez suštinskog ispitivanja prijave, kakav je na primer slučaj u nekim američkim državama (nasuprot registraciji na federalnom nivou).⁸ Arbitražna veća detaljnije su ispitivala okolnosti registracije žiga i u situacijama kada se podnosilac prijave žiga tokom registracije u pisanoj formi odrekao traženja isključive zaštite za pojedine nedistinktivne delove oznake (tzv. disklejmer).⁹ Povrh toga, neka arbitražna veća smatrala su da prvi uslov nije ispunjen ukoliko je tužilac titular žiga čiji predmet je složena oznaka koja se sastoji iz verbalizma i grafizma, ukoliko jedino grafički element oznake ispunjava uslove distinktivnosti.¹⁰ To je i logično, jer grafički element složene žigom zaštićene oznake nije pogodan za predstavljanje u sistemu internet domena.

⁷ Ove činjenice mogu, međutim, biti uzete u obzir prilikom utvrđivanja ispunjenosti trećeg uslova.

⁸ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2002-0358, *Thaigem Global Marketing Limited v. Sanchai Aree*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0358.html>

⁹ Ovaj institut uveden je i u srpsko žigovno pravo Zakonom o žigovima iz 2005. godine (Sl. list SCG br. 61/04 i 7/05).

¹⁰ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2004-0437, *PC Mall, Inc. v. Pygmy Computer Systems, Inc.*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0437.html> ; WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2009-1071, *No Zebra Network Ltda v. Baixaki.com, Inc.*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-1071.html>

Najzad, arbitražna veća su, po pravilu, dopuštala da se u svojstvu tužioca pojavi sticalac licence žiga, a ne samo titular žiga.¹¹

Vrlo rano, još u prvim sporovima koji su rešavani primenom UDRP pravila, arbitražna veća morala su da odgovore na pitanje da li žig stečen upotrebom, kakav postoji u zemljama anglosaksonskog prava, ispunjava prvi materijalnopравни uslov. Arbitražna veća su po pravilu zauzimala stav da je uslov ispunjen ukoliko se dokaže da je neregistrovana oznaka stekla tzv. sekundarno značenje, tj. da je stekla distinktivnost i da ostvaruje ulogu identifikovanja tužiočeve robe ili usluga.¹² Kao dokaz stečene distinktivnosti, arbitražna veća su prihvatala radnju reklamiranja proizvoda pod spornom oznakom, podatke o ukupnom obimu proizvedene robe ili pruženih usluga uz korišćenje sporne oznake, istraživanja javnog mnjenja, ispitivanja tržišta i sl. U određenim slučajevima i poznate ličnosti su, kao tužioci, uspevale da dokažu da je njihovo ime steklo tzv. sekundarno značenje, te su arbitražna veća nalagala prenos naziva internet domena istovetnih ili sličnih imenima poznatih ličnosti.¹³ Za ispunjenje prvog materijalnopavnog uslova nije, međutim, dovoljno što je reč o imenu poznate ličnosti; potrebno je dokazati da je ime zaista i korišćeno u komercijalne svrhe, za obeležavanje robe ili usluga. Tako je, na primer, arbitražno veće odbilo da naloži prenos naziva domena *vanishamittal.com* koje je istovetno imenu kćerke vlasnika kompanije Arcelor-Mittal, uz obrazloženje da gđica Mital nije poznata ličnost, pa se o eventualnom sticanju tzv. sekundarnog značenja njenog imena ne može ni raspravljati.¹⁴ Isto važi i za geografske nazive. Arbitražna veća nalagala su prenos naziva domena samo ukoliko tužilac dokaže da geografski naziv registrovan kao naziv internet domena ima tzv. sekundarno značenje, tj. da je stekao distinktivnost i da je korišćen za obeležavanje robe ili usluga koje nisu u vezi sa geografskim značenjem sporne oznake. To je, međutim, pre izuzetak nego pravilo, tako da su malobrojni sporovi u kojima su arbitražna veća zaključila

¹¹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0624, *Toyota Motor Sales U.S.A. Inc. v. J. Alexis Productions*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0624.html>

¹² WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2001-0784, *Universal City Studios Inc. v. Burns*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0784.html> ; WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. 2002-0786, *Australian Trade Commission v. Matthew Reader*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0786.html>

¹³ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0210, *Julia Fiona Roberts v. Russell Boyd*, dostupno na adresi: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2002/d2000-0210.html>

¹⁴ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2010-0810, *Vanisha Mittal v. info@setrillonario.com*, dostupno na:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2010/d2010-0810.html>

da je geografski naziv stekao potrebnu distinktivnost.¹⁵ Najzad, arbitražna veća su smatrala da je prvi uslov ispunjen čak i kada je tužiočev žig registrovan nakon registracije spornog naziva internet domena.¹⁶ UDRP pravila nijednom svojom odredbom ne propisuju da registracija žiga mora biti izvršena pre registracije naziva domena. To, međutim, ne znači da savesni titular naziva domena nije zaštićen od tzv. obrnutog sajberskvotinga, pošto u takvim situacijama po pravilu neće biti ispunjen treći uslov – registracija i korišćenje naziva domena *mala fide*.

Nakon što utvrde da tužilac jeste titular žiga istovetnog ili sličnog registrovanom nazivu internet domena, arbitražna veća, po potrebi, pristupaju delikatnom zadatku koji se sastoji u primeni kriterijuma sličnosti podobne da izazove zabunu i dovede u zabludu korisnike interneta. Naime, ukoliko je naziv internet domena istovetan predmetu tužiočevog žiga, arbitražna veća jednostavno prelaze na ocenu ispunjenosti narednog uslova. Međutim, ukoliko je registrovani naziv domena sličan predmetu tužiočevog žiga, potrebno je utvrditi da li je u konkretnom slučaju reč o sličnosti podobnoj da izazove zabunu i dovede u zabludu korisnike interneta. U pogledu tumačenja kriterijuma sličnosti, arbitražna veća su se podelila u dve grupe. U prvoj, brojnijoj grupi su ona veća koja su sličnost cenila prostim upoređivanjem naziva domena i predmeta žiga, procenjujući tako da li postoji vizuelna ili auditivna sličnost. Tako je, na primer, bitna sličnost utvrđena u slučaju kada se registrovani naziv domena od predmeta tužiočevog žiga razlikuje u jednom slovu¹⁷ ili broju¹⁸, u slučaju kada se žigom zaštićenoj oznaci doda neki generični pojam,¹⁹ kao i u slučajevima dodavanja reči sa pežorativnim značenjem oznaci koja čini predmet tuđeg

¹⁵ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0464, *FC Bayern München AG v. Peoples Net Services Ltd.*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0464.html>

¹⁶ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2008-0640, *The State of Tennessee, USA v. (DOMAIN NAME 4 SALE) DOMAIN-NAME-4-SALE eMAIL baricci@attglobal.net*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-0640.html>; WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0598, *MADRID 2012, S.A. v. Scott Martin-MadridMan Websites*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0598.html>

¹⁷ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0441, *Reuters Limited v. Global Net 2000 Inc.*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0441.html>

¹⁸ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0712, *EMI (Electric and Musical Industries) Plc v. Jason Mace*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0712.html>

¹⁹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2006-1307, *eBay Inc. v. ebayMoving / Izik Apo*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2006/d2006-1307.html>

žiga (tzv. *suck* sajtovi)²⁰. Arbitražna veća koja pripadaju prvog grupi zauzela su stav da bez obzira na značenje reči koja je dodata predmetu tuđeg žiga, zabune može biti, pošto svaki korisnik interneta na svetu ne mora razumeti dodatu reč zbog nepoznavanja stranog jezika. Na primer, arbitražno veće je u sporu koji se vodio povodom registracije naziva domena *unofficialblackberrystore.com* naložilo prenos registracije na tužioca, pošto nije prihvatilo argument tuženog po kome je mogućnost dovođenja korisnika interneta u zabunu isključena zbog korišćenja reči «nezvanična (prodavnica)» u nazivu domena. Arbitražno veće je smatralo da svaki korisnik interneta ne mora govoriti engleski jezik, te razumeti značenje naziva domena.²¹

U drugoj, manjoj grupi nalaze se arbitražna veća koja su sličnost procenjivala uzimajući u obzir i dodatne kriterijume, kao što su npr. ukupan utisak koji naziv domena ostavlja na korisnika interneta, podobnost oznaka (brojeva, slova, generičnih pojmova...) dodatih predmetu tužiočevog žiga da diferenciraju registrovani naziv domena od predmeta žiga i sl. Tako je u sporu koji je vođen povodom registracije naziva domena *fucknetscape.com* arbitražno veće zaključilo da je u spornom nazivu domena predmet tužiočevog žiga kombinovan sa rečju izrazito negativne konotacije, zbog čega korisnik interneta nikako ne može pomisliti da je naziv domena u bilo kakvoj vezi sa titularom žiga. Kako je veće ocenilo, suprotan zaključak suštinski bi vodio zabrani kritičkih sajtova.²² Najzad, neka arbitražna veća su prilikom ocene sličnosti čak uzimala u obzir i sadržinu sajta postavljenog na spornoj internet adresi, što smatramo nepravilnim tumačenjem ovog kriterijuma. Sadržina sajta mogla bi biti relevantna prilikom ocene ispunjenosti drugog ili trećeg uslova, u kontekstu namere izazivanja zabune. Ispunjenost uslova sličnosti trebalo bi ceniti prostim upoređivanjem spornog naziva internet domena i predmeta tužiočevog žiga, odnosno ne bi trebalo ispitivati sličnost van okvira samih oznaka. Sam *ratio* sistema internet domena nameće ovakav zaključak, jer se nazivi domena ne registruju u odnosu na određenu kategoriju robe ili usluga, kakav je slučaj sa žigom zaštićenim oznakama. Čim je registrovanim nazivom internet domena obuhvaćena žigom zaštićena oznaka, naziv domena je podoban da izazove zabunu i dovede u zabludu korisnike interneta, bez obzira na to o kakvoj «igri rečima» se radi, pošto svaki korisnik interneta ne mora znati jezik na

²⁰ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0477, *Wal-Mart Stores Inc. v. Walsucks and Walmarket Puerto Rico*, dostupno na:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0477.html>

²¹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2009-0227, *Research in Motion Limited v. One Star Global LLC*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0227.html>

²² WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2001-0918, *America Online, Inc. v. Johuathan Investments, Inc.*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0918.html>

kome je isписan naziv domena. Ovaj stav je, uostalom, zastupala ogromna većina arbitražnih veća (npr. sporovi povodom registracije naziva domena *abercrombieandfilth.com*,²³ *airfrancesuck.com*,²⁴ *wal-martsucks.com*²⁵ i dr.). Smatramo da se na ovaj način ne uskraćuje sloboda govora, niti pravo na kritiku, jer se i dalje slobodno može kritički pisati o uslugama/proizvodima tužilaca u okviru sajtova vezanih za internet domene čiji nazivi ne uključuju tužiočevu žigom zaštićenu oznaku.

III Osnov za korišćenje naziva internet domena

Drugim materijalnopравnim uslovom nalaže se arbitražnom veću da utvrdi da li tuženi ima pravo ili legitimni interes da koristi sporni naziv internet domena. Iz formulacije ovog uslova²⁶ proizilazi da je teret dokazivanja na tužiocu. Tužilac, dakle, treba da dokaže da tuženi nema pravo ili legitimni interes da koristi sporni naziv domena. Dokazivanje negativne činjenice je izuzetno težak zadatak (tzv. *probatio diabolica*), pa su arbitražna veća koja primenjuju UDRP pravila ustalila praksu po kojoj tužilac iznosi samo činjenice koje su mu poznate i koje ukazuju da tuženi nema pravo ili legitimni interes da koristi naziv domena. U slučaju da tuženi osporava činjenice koje je izneo tužilac, teret dokazivanja prelazi na tuženog. Ukoliko tuženi uopšte ne odgovori na tužbu ili se u svom odgovoru na tužbu ne izjasni o činjenicama koje je naveo tužilac, smatra se da je tužilac ispunio drugi materijalnopравni uslov. Na primer, u sporu povodom naziva domena *croatiaairlines.com*, arbitražno veće je smatralo da je tužilac dokazao ispunjenost drugog uslova ukazujući veću na sledeće činjenice, koje potom tuženi nije osporio: (1) tuženi nije ni u kakvoj poslovnoj vezi sa tužiocem i tužilac nije dozvolio tuženom da koristi spornu oznaku; (2) može se zaključiti da tužiočeva žigom zaštićena oznaka «Croatia Airlines» ima iznadprosečni stepen poznatosti, pošto je reč o nazivu nacionalnog avioprevoznika jedne države; (3) tuženi nije poznat pod spornim nazivom.²⁷

U UDRP pravilima navode se, primera radi, tri situacije u kojima će arbitražno veće smatrati da tuženi ima pravo ili legitimni interes da koristi

²³ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2001-0900, *A & F Trademark, Inc. and Abercrombie & Fitch Stores, Inc. v. Justin Jorgensen*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0900.html>

²⁴ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2007-0143, *Société Air France v. MSA, Inc.*, dostupno na adresi :

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-0143.html>

²⁵ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0662, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Richard MacLeod d/b/a For Sale*, dostupno na:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0662.html>

²⁶ Član 4(a) UDRP.

²⁷ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0455, *Croatia Airlines d.d. v. Modern Empire Internet Ltd.*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0455.html>

sporni naziv internet domena: (1) registrant je pre bilo kakvog saznanja za pokretanje spora koristio ili izvršio ozbiljne pripreme za korišćenje naziva internet domena u komercijalne svrhe, saglasno načelu savesnosti; (2) pre podizanja tužbe, registrant je već bio poznat široj javnosti kao titular spornog domena, bez obzira na to što nije registrovao spornu oznaku kao žig; (3) registrant koristi sporni naziv internet domena u nekomercijalne svrhe, bez ikakve namere da potrošače dovede u zabludu u pogledu porekla označenih roba ili usluga, a u kontekstu sličnosti ili istovetnosti sa predmetom tužiočevog žiga, kao i bez ikakve namere da nanese štetu reputaciji žigom zaštićene oznake.²⁸

Arbitražna veća često su morala da rešavaju sporove između titulara žiga, kao tužioca, i preprodavca ili distributera robe/usluga u kojima je materijalizovano intelektualno dobro, kao tuženog. U takvim situacijama nije lako utvrditi da li tuženi ima legitimni interes da koristi sporni naziv domena, jer se u konkretnom slučaju može raditi o *bona fide* korišćenju naziva domena u komercijalne svrhe. Međutim, u slučaju odbijanja tužbenog zahteva, tužilac koji je titular žiga bio bi onemogućen da koristi naziv domena koji je istovetan ili sličan predmetu njegovog žiga, što je veoma ozbiljno ograničenje s obzirom na značaj interneta u reklamiranju i prodaji robe/usluga danas. Zbog toga su arbitražna veća bila izuzetno obazriva u ovakvim situacijama i samo su u krajnje specifičnim situacijama zaključivala da tuženi ima legitimni interes da koristi naziv domena. Iz dosadašnje prakse proizilazi da će distributer ili preprodavac imati legitiman interes ukoliko na internet sajtu povezanim sa spornim nazivom domena zaista nudi robu/usluge označene tužiočevom žigom zaštićenom oznakom, ukoliko na sajtu ne nudi robu/usluge označene drugom žigom zaštićenom oznakom, i, što je najvažnije, ukoliko na sajtu jasno ističe prirodu svog odnosa sa tužiocem. Ovakvo tumačenje pojma savesnog korišćenja naziva domena u komercijalne svrhe dalo je arbitražno veće u sporu povodom registracije naziva domena *okidataparts.com* zbog čega se u često označava kao «Oki Data» test.²⁹ Međutim, neka arbitražna veća smatrala su da se, i pored ispunjenja napred navedenih uslova, tuženi ne kvalifikuje za savesno korišćenje naziva domena u komercijalne svrhe, ukoliko je registrovao nekoliko sličnih naziva domena i na taj način «zauzeo» većinu mogućih varijanti naziva internet domena. Takođe, ukoliko tuženi zarađuje od poseta svom sajtu (npr. putem sistema *pay-per-click*), veće po pravilu neće kvalifikovati korišćenje naziva domena kao savesno. Najzad, važno je napomenuti da, koliko je nama poznato, gotovo da i nema spora u kome je arbitražno veće zaključilo da tuženi savesno koristi naziv domena u komercijalne svrhe, ukoliko je naziv domena istovetan predmetu tužiočevog žiga. Dakle, prethodno navedeni uslovi odnose se samo na sporove povodom

²⁸ Član 4(c) UDRP.

²⁹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2001-0903, *Oki Data Americas, Inc. v. ASD, Inc.*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0903.html>

registracije naziva domena sličnog predmetu tužiočevog žiga, a i tada ih treba tumačiti restriktivno.

Kod manjeg broja sporova, arbitražna veća zauzimala su stav po kome savesnog korišćenja spornog naziva domena u komercijalne svrhe ne može biti, ukoliko tuženi nije ovlašćen da koristi tužiočevu žigom zaštićenu oznaku. Ovakav pristup isključuje primenu «Oki Data» testa, pa preprodavac ne bi imao legitiman interes da koristi naziv domena koji uključuje tužiočevu žigom zaštićenu oznaku čak i kada bi na sajtu istakao da između njega i tužioca ne postoji nikakva poslovna veza.³⁰

Ipak, najsloženiji zadatak u vezi sa tumačenjem drugog materijalnopravnog uslova arbitražna veća imaju kada se naziv internet domena koristi kao adresa kritičkog veb-sajta. Ukoliko je naziv internet domena istovetan tužiočevom žigu, arbitražna veća po pravilu su zauzimala stav da je tuženi mogao i da je trebalo da odabere drugi naziv domena za adresu kritičkog sajta, pošto odabrani naziv domena kod korisnika interneta stvara utisak povezanosti naziva domena (i pripadajućeg sajta) sa tužiocem. Tuženi se pravom na kritiku može koristiti registrujući naziv domena koji nije istovetan tužiočevom žigu.³¹ Kada se, pak, naziv internet domena sastoji iz kombinacije žigom zaštićene oznake i određene reči, po pravilu negativne konotacije (*suck, fuck, filth* i dr.), arbitražna veća zauzimala su različite stavove. U prvoj, većoj grupi nalaze se arbitražna veća koja su cenila da tuženi nema legitimni interes da koristi takav naziv domena. Zapravo, arbitri su zauzimali isti stav kao u sporovima povodom registracije naziva domena istovetnih predmetu tužiočevog žiga. Uskraćivanjem prava da se registruje takav naziv internet domena ne uskraćuje se i sloboda govora, jer se sajt potpuno iste sadržine može nesmetano postaviti na adresi koja ne bi obuhvatala tužiočevu žigom zaštićenu oznaku. Prema većinskom stavu, dakle, sloboda govora i legitiman interes za korišćenje naziva domena treba da budu nezavisno posmatrani.³² U drugoj, nešto manjoj grupi nalaze se arbitražna veća koja su cenila da tuženi ima legitimni interes da koristi naziv domena koji se sastoji iz kombinacije žigom zaštićene oznake i reči

³⁰ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2010-0981, *Vibram S.p.A. v. Chen yanbing*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2010-0981>

³¹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2002-0776, *Triodos Bank NV v. Ashley Dobbs*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0776.html>

³² WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0166, *The Royal Bank of Scotland Group plc, National Westminster Bank plc A/K/A NatWest Bank v. Personal and Pedro Lopez*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0166.html> U odluci donetoj u sporu povodom registracije naziva domena *natwestbanksucks.com* arbitražno veće je istaklo da, iako se kritika sama po sebi ne može podvesti pod komercijalno korišćenje žigom zaštićene oznake, dovodenje tuđe žigom zaštićene oznake u negativan kontekst putem odabira naziva domena u kome se tuđa oznaka kombinuje sa rečju negativne konotacije predstavlja vid "antikomercijalnog" ponašanja koje odvlači potencijalne klijente od titulara žiga i dovodi do narušavanja reputacije žigom zaštićene oznake.

negativne konotacije, ukoliko se takav naziv domena koristi kao adresa «pravog» kritičkog sajta, koji isključuje bilo kakav neposredni ili posredni komercijalni interes na strani tuženog.³³ Ponekad su u obzir bile uzimane i dodatne okolnosti, npr. veća su cenila da li korisnicima interneta u konkretnom slučaju na osnovu sadržine sajta može odmah biti jasno da naziv domena i sajt nemaju nikakve veze sa tužiocem.

U određenim sporovima se pitanje dozvoljenosti registracije naziva domena koji se sastoji iz kombinacije tuđe žigom zaštićene oznake i neke reči, najčešće negativne konotacije, postavljalo se još prilikom ocene ispunjenosti prvog materijalnog uslova. Kao što smo već napomenuli, takvo postupanje smatramo nepravilnim, jer je kod tzv. *suck sajtova* prvi uslov, po pravilu, uvek ispunjen: naziv domena koji predstavlja kombinaciju žigom zaštićene oznake i neke reči može dovesti u zabludu korisnike interneta koji ne poznaju korišćeni jezik. Ocenu dozvoljenosti takve registracije trebalo bi davati u okviru razmatranja ispunjenosti drugog uslova – (ne)postojanja legitimnog interesa.

Arbitražna veća su se takođe razdvojila po pitanju tumačenja drugog materijalnopravnog uslova u sporovima koji se vode povodom registracije naziva internet domena koji je istovetan imenu poznate ličnosti, kada se na spornoj internet adresi nalazi sajt fan kluba (sajt obožavalaca) te ličnosti. Kao prethodno pitanje utvrđuje se da li je ime poznate ličnosti predmet registrovanog ili *common law* žiga, tj. da li je upotrebom steklo tzv. sekundarno značenje. Jedan broj arbitražnih veća zauzeo je stav po kome tuženi koji vodi fan klub ima legitiman interes da registruje sporni naziv internet domena, pod uslovom da takva registracija ne predstavlja samo «masku» za obavljanje komercijalnih aktivnosti.³⁴ Druga grupa arbitražnih veća zauzela je suprotni stav: tuženi koji vodi fan klub ima legitimni interes da registruje naziv domena koji uključuje ime poznate ličnosti, ali ne i da registruje naziv domena koji se sastoji isključivo iz imena poznate ličnosti, jer se na taj način tužilac onemogućava u korišćenju predmeta svog žiga na internetu.³⁵

S obzirom na globalni karakter interneta, u praksi Centra za arbitražu i medijaciju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, kao i drugih ovlašćenih centara za rešavanje sporova primenom UDRP pravila, dolazilo je do sporova između titulara žiga i registranata koji su uočili

³³ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0190, *Bridgestone Firestone, Inc., Bridgestone/Firestone Research, Inc., and Bridgestone Corporation v. Jack Myers*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html>

³⁴ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2006-0560, *Tom Cruise v. Network Operations Center / Alberta Hot Rods*, dostupno na: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2006/d2006-0560.html>

³⁵ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-1459, *David Gilmour, David Gilmour Music Limited and David Gilmour Music Overseas Limited v. Ermanno Cenicolla*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1459.html>

pokretanja spora registrovali istovetnu oznaku kao žig u nekoj od država u kojima se registracija obavlja u roku od samo nekoliko sati (npr. u Tunisu). Pre podizanja tužbe kojom se pokreće UDRP postupak, titular žiga po pravilu stupa u kontakt sa registrantom, pokušavajući da u direktnom kontaktu dogovori prenos spornog naziva domena. Na taj način registrant unapred biva obavešten o mogućnosti skorog pokretanja UDRP postupka i može iskoristiti vreme koje preostane do podizanja tužbe da registruje istoimenu oznaku kao žig u nekoj od država. Po pokretanju postupka, registrant u svojstvu tuženog zatim ističe da ima pravo na korišćenje naziva domena, jer je titular istovetne žigom zaštićene oznake. Ukoliko bi se ovakva praksa tolerisala, primena UDRP pravila bila bi obesmišljena, jer bi se među više od 190 država na svetu uvek našla neka u kojoj je moguće na ovaj način zaštititi oznaku. Arbitražna veća s pravom odbacuju ovakvo izigravanje pravila UDRP, ne prihvatajući da tuženi u ovakvim situacijama ispunjava drugi materijalnopravi uslov. Kao što je navedeno u odluci arbitražnog veća u sporu vođenim povodom registracije naziva domena *madonna.com*, « *ukoliko bi tuženi koji je američki državljanin i koji ima prebivalište u SAD registracijom žiga u Tunisu ispunio drugi materijalnopravni uslov u sporu koji je protiv njega poveo drugi američki državljanin koji ima prebivalište u SAD, onda bi UDRP postupak bio potpuno beskoristan* ».³⁶ Arbitražno veće je zaključilo da bi u ovakvim slučajevima ocenu ispunjenosti drugog uslova trebalo zasnivati na ukupnim okolnostima registracije žiga i činjenici (ne)korišćenja žiga u državi u kojoj je registracija izvršena.

IV Nesavesnost registranta

Trećim materijalnopravnim uslovom arbitražnom veću se nalaže da utvrdi da li je registrant sporni naziv internet domena registrovao i koristio *mala fide*.³⁷ Kao što proizilazi iz prethodno navedene odredbe, tuženi mora (kumulativno) registrovati i koristiti sporni naziv internet domena. Na prvi pogled moglo bi se zaključiti da se UDRP pravila ne mogu primeniti u situaciji kada je tuženi izvršio *mala fide* registraciju naziva domena, ali domen ne koristi (npr. nije postavio veb-sajt na spornoj adresi). Na taj način bi se veoma jednostavno izbegla primena UDRP pravila. Kako to ne bi bio slučaj, arbitražna veća su ekstenzivno tumačila treći materijalnopravni uslov. Naime, veća su cenila da je tzv. pasivno držanje naziva domena dovoljno kako bi se utvrdila ispunjenost trećeg uslova. Sa «registrovanjem i korišćenjem» izjednačavano je i sporadično korišćenje, kao i tzv. parkiranje naziva domena (bez obzira na to da li se uz pomoć parkiranog domena ostvaruje ekonomska korist, npr. putem *pay-per-click* sistema). Arbitražna

³⁶ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-0847, *Madonna Ciccone, p/k/a Madonna v. Dan Parisi*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0847.html>

³⁷ Član 4(a) UDRP.

veća su cenila tzv. pasivno držanje s obzirom na ukupne okolnosti registracije naziva domena. U odluci donetoj u sporu povodom naziva domena *telstra.org*, arbitražno veće navelo je dodatne kriterijume koje je koristilo kako bi utvrdilo da li je tzv. pasivno držanje naziva domena dovoljno za ispunjenje trećeg uslova: (1) tužilac je titular čuvene žigom zaštićene oznake; (2) tuženi nije pružio nikakav dokaz trenutnog ili budućeg savesnog korišćenja naziva domena; (3) tuženi je preduzeo mere u cilju sakrivanja svog pravog identiteta, delujući pod nazivom koji ne predstavlja njegovo registrovano poslovno ime; (4) tuženi je pružio lažne kontakt podatke, na taj način povređujući obavezu iz ugovora o registraciji naziva domena.³⁸ Odluka u sporu *telstra.org* izvršila je značajan uticaj na potonju praksu WIPO Centra za arbitražu i medijaciju.

U samim UDRP pravilima navedene su, primera radi, četiri situacije u kojima će arbitražno veće smatrati da je tuženi registrovao i koristio naziv domena suprotno načelu savesnosti: (1) ako je naziv domena registrovan pretežno u cilju njegove prodaje, davanja u zakup ili drugog prenošenja tužiocu koji je titular žiga, odnosno radi prodaje, davanja u zakup ili drugog prenošenja naziva domena licu koje je tužiočev konkurent, a na osnovu utvrđene nesrazmere između cene zakupa naziva domena i prodajne cene prema napred spomenutim licima; (2) ako je naziv internet domena registrovan kako bi se titular žiga sprečio da oznaku koja čini predmet njegovog žiga registruje kao naziv domena, pod uslovom da se tuženi na sličan način već ponašao u prošlosti; (3) ako je naziv internet domena registrovan kako bi se nanela šteta poslovnom konkurentu; (4) ako je registrant koristio naziv internet domena koji je istovetan ili sličan predmetu tužiočevog žiga s namerom privlačenja korisnika interneta na svoj veb-sajt ili drugi internet servis, u komercijalne svrhe, stvarajući tako zabunu u pogledu porekla robe koja se na tom sajtu, odnosno putem tog internet servisa, prodaju, odnosno u pogledu usluga koje se pružaju.³⁹ Iz prethodnih primera može se zaključiti da je za ocenu nesavesnost registranta ponekad potrebno uzeti u obzir i sadržinu veb-sajta postavljenog na spornoj adresi (ako ga ima). Međutim, neki registranti koriste računarske programe koji onemogućavaju pristup arhivi sajta, najčešće kako bi prikrili da je sajt bio korišćen u komercijalne svrhe.⁴⁰ Upotreba takvih računarskih programa, po pravilu, predstavlja činjenicu koja govori u prilog nesavesnosti tuženog.⁴¹

Prilikom ocene ispunjenosti trećeg uslova arbitražna veća su, po pravilu, zauzimala stav po kome tuženi ne može biti nesavestan ukoliko je

³⁸ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2000-003, *Telstra Corporation Limited v. Nuclear Marshmallows*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0003.html>

³⁹ Član 4(b) UDRP.

⁴⁰ Najčešće se koristi program *robots.txt* kojim se onemogućava pretraga arhive određenog veb-sajta preko internet arhive «Wayback Machine» (www.archive.org).

⁴¹ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2007-1438, *The iFranchise Group v. Jay Bean / MDNH, Inc. / Moniker Privacy Services [23658]*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1438.html>

registrovao sporni naziv internet domena pre nego što je tužilac registrovao svoj žig, odnosno pre nego što je neregistrovana oznaka stekla tzv. sekundarno značenje.⁴² Ipak, u određenim, specifičnim situacijama, arbitražna veća zauzimala su suprotan stav. Tako nesavesnost registranta može biti utvrđena i ako je naziv domena registrovan pre registracije tužiočevog žiga, ukoliko je registrant izvršio registraciju naziva domena anticipirajući predstojeću koncentraciju privrednih društava (ili koncentraciju koja je u toku) na taj način «prestizujući» titulare žiga, ili ukoliko je registracija izvršena s obzirom na najavljen izlazak novog proizvoda/usluge na tržište pre nego što je proizvođač/pružalac usluge uspeo da registruje žig i naziv domena.⁴³ Takođe, arbitražna veća su po pravilu cenila da je tuženi nesavestan ukoliko je registrovao naziv domena istovetan ili sličan čuvenoj žigom zaštićenoj oznaci, jer je znao ili je morao znati da time povređuje tuđe pravo intelektualne svojine.⁴⁴

Automatsko pojavljivanje komercijalnih linkova na veb-sajtu postavljenom na spornoj internet adresi takođe može uticati na ocenu arbitražnog veća o savesnosti registranta. Naime, u ovakvim situacijama, arbitražna veća su zaključivala da se naziv domena koristi u komercijalne svrhe, što je išlo u prilog utvrđivanju nesavesnosti tuženog.⁴⁵ Izuzetno, neka arbitražna veća su smatrala da automatsko pojavljivanje komercijalnih linkova ne mora voditi zaključku o nesavesnosti tuženog, ukoliko on nije znao da se takvi linkovi automatski generišu, nije uticao na sadržaj takvih internet oglasa i nije znao da oznaka sadržana u nazivu internet domena predstavlja predmet tuđeg žiga (npr. naziv domena je istovetan delu oznake za koji je titular žiga sačinio tzv. disklejmer).⁴⁶

⁴² WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2001-0827, *Digital Vision, Ltd. v. Advanced Chemill Systems*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0827.html>

⁴³ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2003-0598, *MADRID 2012, S.A. v. Scott Martin-MadridMan Websites*, dostupno na:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0598.html> ; WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2002-0131, *Ladbroke Group Plc v. Sonoma International LDC*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0131.html>

⁴⁴ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2009-0113, *The Gap, Inc. v. Deng Youqian*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0113.html>

⁴⁵ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2009-0057, *The Jennifer Lopez Foundation v. Jeremiah Tieman, Jennifer Lopez Net, Jennifer Lopez, Vaca Systems LLC*, dostupno na adresi: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0057.html>

⁴⁶ WIPO Centar za arbitražu i medijaciju, predmet br. D2006-1275, *Mariah Media Inc. v. First Place® Internet Inc.*, dostupno na adresi:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2006/d2006-1275.html>

V Zaključna razmatranja

Kao što je prethodna analiza odluka arbitražnih veća pokazala, postignut je izvestan stepen usaglašenosti prikom tumačenja UDRP pravila. Iako UDRP pravilima nije uspostavljen precedentni sistem, arbitražna veća u ogromnom broju slučajeva slede stavove koje su veća zauzela u ranijim odlukama, time doprinoseći većoj izvesnosti, predvidljivosti i pravnoj sigurnosti. Ipak, po određenim pitanjima arbitražna veća i dalje zauzimaju različite stavove, ali je primetno da arbitri oprezno i relativno retko odstupaju od većinski prihvaćenog stava. Značajnije razlike postoje u pogledu tumačenja «legitimnog interesa» u kontekstu drugog materijalnopravnog uslova, gde su se veća podelila po pitanju priznavanja takvog interesa tuženom koji je registrovao naziv internet domena koji se sastoji iz kombinacije tuđe žigom zaštićene oznake i reči negativne konotacije. Iako je izvestan broj arbitražnih veća zauzeo stav po kome tuženi ima legitimni interes da registruje takav naziv domena, pod uslovom da je na spornoj adresi postavljen «pravi» kritički, nekomercijalni sajt, čini se ispravnijim većinsko shvatanje po kome se ovakvom registracijom nanosi šteta reputaciji tuđe žigom zaštićene oznake, dok se pravo na kritiku može vršiti i postavljanjem kritičkog veb-sajta na adresi koja ne uključuje tuđu oznaku.

Izvesna odstupanja u tumačenju UDRP pravila sigurno bi bila značajno manja ukoliko bi se putem izmena i dopuna pravila u važeći tekst unele definicije određenih pojmova. Međutim, izmene i dopune UDRP pravila ne čine se izvesnim u skoroj budućnosti, s obzirom na različite interese koje ima ICANN, s jedne strane, i titulari žiga i Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, s druge strane. Naime, dok titulari prava intelektualne svojine žele još jasnija pravila čijom primenom bi povrede žiga putem registracije naziva internet domena bile delotvorno otklonjene, ICANN, kao organizacija koja između ostalog okuplja registre naziva internet domena, u registracijama naziva domena vidi izvor prihoda za svoje članove. Suprotni interesi zainteresovanih strana znatno otežavaju željenu reformu.

Dušan Popović, Ph.DAssistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law⁴⁷

TEN YEARS OF THE UDRP: OUTLINES OF UNIFORM PRACTICE

The paper analyses the case law of panels applying the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP). The UDRP applies only to cases of classical cybersquatting, i.e. mala fide registrations of domain names identical or similar to a trademark. Nowadays, more than ten years since the adoption of the UDRP, one could conclude that a homogenous interpretation of the rules has been largely achieved. Although the UDRP is not based on a precedent system, in most cases panelists do follow the majority view taken by the panels in the previous cases, which increases legal certainty. However, certain differences among panels subsist, in particular regarding the identification of the «legitimate interest» of the respondent to use a domain name, under the second UDRP substantive element. Such departing from the well-established case law could be prevented by amending the UDRP, especially if this would comprise defining of certain concepts. Still, amendments of the UDRP do not seem to be possible in the near future, given the opposite interests of ICANN and trademarks owners.

Keywords: domain names, alternative dispute resolution, trademark, intellectual property, UDRP.

⁴⁷ The author is the president of the Commission for .rs domain name dispute resolution, acting within the auspices of the Serbian Chamber of Commerce. In the paper, the author expresses his personal views. Neither of the views expressed by the author reflect the official position of the Commission for .rs domain name resolution, Serbian Chamber of Commerce or Register of National Internet Domain Names of Serbia.

Dr Vladimir Kozar,
Privredna akademija u Novom Sadu

UDK: 336.717(497.11)+(4-12)
Originalni naučni rad

OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA BANKARSKOM GARANCIJOM U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU

U poslovanju privrednih subjekata pojmom "bankarska garancija" označavaju se različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata. Reč je o različitim sredstvima obezbeđenja, kako personalnim (menično jemstvo, akceptiranje menice, dokumentarni akreditiv i sl.), tako i realnim, odnosno stvarno-pravnim (ručna zaloga, hipoteka, založno pravo na hartijama od vrednosti). Obezbeđenje ispunjenja ugovornih obaveza zajednička je odlika navedenih instituta koji u širem smislu predstavljaju "bankarske garancije" za ispunjenje ugovornih obaveza. Međutim, bankarska garancija u užem smislu je poseban pravni institut koji ima specifične karakteristike, a koje ga, i pored određenih dodirnih tačaka, bitno razlikuju od napred navedenih instituta.¹

Predmet ovog rada je obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama u regionu. Pored odredaba Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, posebno su analizirane odredbe novog Zakona o obligacionim odnosima iz 2008. godine, koji se primenjuje u Republici Crnoj Gori, kao i odredbe o bankarskoj garanciji na poziv iz Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama.

Takođe, ukazano je i na nova rešenja o bankarskoj garanciji u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske iz 2003. godine.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Ključne reči: bankarska garancija; obezbeđenje potraživanja; pisana forma; ništavost; kontragarancija; rok važenja; prenos prava.

¹ Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1995. godina, str. 730.

1. Bankarska garancija u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

1.1. Pojam i pravna priroda bankarske garancije

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao kojim banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca. Bankarska garancija regulisana je u čl. 1083. - 1087. Zakona o obligacionim odnosima.

Bankarskom garancijom obavezuje se banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuní obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Prema članu 1083. Zakona o obligacionim odnosima, garancija mora biti izdata u pismenoj formi. Iz izložene zakonske definicije pravna teorija je izvela zaključak da je bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jednostrani pravni posao (jednostrani akt), a ne ugovor, jer obaveza banke prema korisniku garancije nastaje jednostranom izjavom volje banke izraženoj u datoj garanciji.²

Otuda se poverilac iz osnovnog pravnog posla (korisnik garancije) može koristiti garancijom i kada nije saglasan sa njenim uslovima.³

Međutim postoje i druga mišljenja prema kojima je bankarska garancija jednostrano-obavezni ugovor između banke i korisnika garancije, jer obaveza nastaje samo za banku. U prilog ovom drugom mišljenju govori i činjenica da je institut bankarske garancije sadržan u drugom delu Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naslov "UGOVORI".

Iako postoje određene sličnosti sa ugovorom o jemstvu, bitna razlika se sastoji u tome što kod jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok god bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu i izvršava svoju obavezu a ne dužnikovu.⁴ Pravna zavisnost jemčeve obaveze u odnosu na obavezu glavnog dužnika iz osnovnog posla označava se kao akcesornost i prema shvatanju pravne teorije i prakse, predstavlja osnovni i glavni kriterijum razlikovanja jemstva od bankarskih garancija. Otuda jemstvo pruža poveriocu sigurnost samo protiv rizika insolventosti dužnika iz glavnog ugovora, ali ne i protiv rizika pravnog postojanja obaveze tog

² Ibidem, str. 733.-734.

³ Mićović M., Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010. godina, strana 519.

⁴ Besarović I. Poslovno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Intermex, Beograd, 2010. godina, strana 225.

dužnika, npr. ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao, ili postao nepunovažan.⁵

Bankarska garancija razlikuje se od naloga za plaćanje sa računa. Bankarska garancija je sredstvo obezbeđenja plaćanja u smislu člana 1083. Zakona o obligacionim odnosima. Bankarska garancija nije nalog za plaćanje sa računa u propisa o platnom prometu.⁶

1.2. Pravni odnosi povodom izdavanja garancije

U pravne odnose povodom izdavanja bankarske garancije stupaju najmanje tri pravna subjekta, i to: nalogodavac (dužnik iz osnovnog pravnog posla), banka koja izdaje garanciju i korisnik garancije (poverilac iz osnovnog pravnog posla zaključenog sa nalogodavcem).

Na osnovu osnovnog ugovora nastaje pravni odnos između poverioca i dužnika koji se posebnom finansijskom klauzulom obavezuje da pribavi garanciju određene banke radi obezbeđenja poveriočevog potraživanja. Neispunjenje ove obaveze daje poveriocu pravo da raskine ugovor i da od dužnika traži naknadu štete zbog neizvršenja ugovora. Osnovni ugovor može biti ugovor o kreditu, ugovor o prodaji robe ili nepokretnosti, ugovor o građenju, kao i mnoge druge vrste obligacionih ugovora. Poseban značaj imaju ugovori o privatizaciji, ugovori o javnim nabavkama, kao i ugovori o prodaji imovine stečajnog dužnika ili samog stečajnog dužnika kao pravnog lica.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu. Naime, isplatom iznosa iz garancije korisniku, između banke i nalogodavca za čiji račun je izvršeno plaćanje uspostavlja se kreditni odnos. Izložena situacija nastaje kada nalogodavac na svom računu kod banke nema finansijsko pokriće za izvršenje takvog naloga.

Banka garant je u stvari osiguravač u pogledu određenih rizika.⁷ Samo davanje garancije (odnos između banke i nalogodavca) vezuje se za personalitet određene banke i reč je o ugovoru *intuitu personae*. Nakon prijema zahteva za izdavanje bankarske garancije banka vrši proveru

⁵ Vukadinović R., Pravna priroda bankarske garancije na prvi poziv, «Pravna riječ» časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godina, broj 25, str. 45.

⁶ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 7393/96 od 8. oktobra 1996. godine, Petrović Z. - Kozar V., Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd, 2009. godina, strana 1220.

⁷ Dukić-Mijatović M., Usklađenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima - korporativno upravljanje i aktuelna korporativna praksa, Pravni život br.12, Beograd, 2008. godina, str. 761 -775.

boniteta nalogodavca i po pravilu, prihvata zahtev nalogodavca ukoliko je ta banka poslovna banka dužnika, te kao takva zna za ukupno poslovanje nalogodavca.⁸

Odnos između banke i korisnika garancije uspostavlja se izdavanjem garancije. Izdavanjem garancije za banku nastaje obaveza, da prema uslovima iz garancije, izvrši isplatu garantovanog iznosa. Na taj način nastaje samostalan obligaciono-pravni odnos između banke - garanta i korisnika garancije. Banka je, dakle, dužnik u obligaciji, a bankarska garancija je izvor obligacije, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.⁹ Pored toga, neispunjenje obaveze iz garancije je osnov za odgovornost banke za štetu koju je korisnik usled toga pretrpeo.

Pored tri navedena odnosa koji uvek postoje, povodom izdavanja bankarske garancije mogu nastati i drugi pravni odnosi. Takvi odnosi nastaju između banke u zemlji korisnika garancije i banke nalogodavca (kontragarancija), ili između dve domaće banke u slučaju supergarancije.

Sudska praksa dala je odgovore na mnoga pitanja koja se tiču navedenih pravnih odnosa u koje stupaju banka - garant, nalogodavac i korisnik garancije.

2. Bankarska garancija u Republici Crnoj Gori

U Republici Crnoj Gori bankarska garancija uređena je odredbama čl. 1186 - 1190. Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list Crne Gore“ br. 47/2008), gotovo na isti način kao i u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine. U potpunosti su preuzete odredbe o pojmu bankarske garancije, izmirenju obaveze iz garancije u novcu, potvrdi garancije (supergaranciji), ustupanju prava iz garancije, kao i garanciji „bez prigovora“, iz čl. 1083. do 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Jedina razlika sastoji se u tome što je u članu 1186. Zakon o obligacionim odnosima, posle st. 1. i 2. kojima je na isti način definisan pojam bankarske garancije i propisana obavezna pisana forma, dodat treći stav koji predviđa da je ništava garancija koja nije izdata u pisanoj formi. Na ovaj način, zakonodavac u Republici Crnoj Gori izričito je propisao sankciju nedostatka propisane forme, a koja je na opšti način regulisana u član 64.

⁸ Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 538/97 od 8. oktobra 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1216.

⁹ Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986, strana 7.

stav 1. istog zakona, u kome je predviđeno da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo. Dakle, ista pravna posledica – nevažnost, odnosno ništavost bankarske garancije koja nije izdata u pisanoj formi, nastupila bi po opštim pravilima o sankciji nedostatka propisane forme, i da nije navedene specijalne norme. Tome se mora dodati da je na opisani način zakonodavac u Republici Crnoj Gori preciznije odredio posledicu nedostatka forme, tako što je izričito propisao ništavost garancije, dok je opšta sankcija nedostatka forme da ugovor „nema pravno dejstvo“. Takvo rešenje je bolje, jer je načinjena razlika između ništavog pravnog posla i nepostojećih pravnih poslova, koji u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, nisu regulisani na opšti način, već se njihov pojam izvodi na posredan način – iz sadržaja pojedinih normi, a u praksi se svodi na apsolutnu ništavost. Tako npr. Kod zaključenja ugovora uz saglasnost ograna pravnog lica - ako saglasnost nije data, smatra se da ugovor nije ni zaključen¹⁰ ili kod zaključenja ugovora od strane neovlašćenog lica - ako neovlašćeno zastupani ni u ostavljenom roku ugovor ne odobri, smatra se da ugovor nije ni zaključen.¹¹

U Republici Crnoj Gori napravljen je i jedna terminološka izmena kada je u pitanju označavanje forme ugovora, tako što je umesto izraza „*pismena forma*“ koji se koristi u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, uveden termin „*pisana forma*“ koji je jezički pravilniji.

3. Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske

Bankarska garancija na poziv regulisana je u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske, iz 2005. godine, sa docnijim novelama, i to odredbama čl. 1039. do 1043.¹² Novelama je regulisana „bankarska garanciju na poziv“, čime je u osnovnom tekstu Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine, izmenjen deo koji je regulisao „*bankarsko jamstvo*“.

Bankarska garancija na poziv u Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske ima sličnosti i razlike za odredbama o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

¹⁰ Član 55. Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹¹ Član 88. Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹² pročišćeni tekst zakona – „Narodne novine“ br. 35/05, 41/08

3.1. Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Sličnosti sa odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ogledaju se pre svega u definiciji pojma garancije, propisivanju obavezne pisane forme i isplati određenog novčanog iznosa. Bankarska garancija na poziv je svaka pisana obveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (garant) obvezuje da će na pisani zahtjev korisnika ovome isplatiti određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. (Članak 1039. stav 1). Zakon o obveznim odnosima ne sadrži izričitu odredbu da "banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza", kao što je to regulisano u članu 1084. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali takvo pravilo posredno proizlazi iz citiranog članka 1039. stav 1. u kome je određeno da se banka obavezuje da će korisniku "isplatiti određeni novčani iznos" ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Razlika je i u tome što se po odredbama iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine banka obavezuje da će korisniku izmiriti obavezu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti, što ima sličnosti sa jemstvom, dok je u Zakonu o obveznim odnosima novčana obaveza banke regulisana kao sopstvena obaveza banke, a ne garancija za tuđu obavezu.

Takođe slične su i odredbe o potvrđi garancije (supergaranciji): Ako druga banka potvrdi obvezu iz garancije, korisnik može svoje zahtjeve iz nje podnijeti bilo garantu bilo banci koja ju je potvrdila (Članak 1040).

3.2. Razlike u odnosu na odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

Bitna razlika sastoji se u tome što Zakon o obveznim odnosima reguliše samo apstraktnu - samostalnu bankarsku garanciju, nazivajući je „bankarska garancija na poziv“ koja je u članu 1087. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine uređena pod nazivom garancija "bez prigovora" (koja sadrži klauzulu "bez prigovora", "na prvi poziv"). Međutim, Zakon o obveznim odnosima ne reguliše akcesornu bankarsku garanciju, koja je sadržana u opštem pojmu bankarske garancije iz člana 1083. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Kao posledica te bitne razlike nastale su i druge razlike između ova dva zakona.

Prema članku 1039. stav 2. Zakona o obveznim odnosima bankarska garancija je samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje. Ova odredba, po svojim pravnim dejstvima, odgovara pravilu koje važi za garanciju "bez prigovora" iz člana 1087. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, u kome je predviđeno da „ako bankarska garancija sadrži klauzulu

"bez prigovora", "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.“ Iz ovog pravila pravna teorija i sudska praksa izveli su pravilo o samostalnosti i nezavisnosti garancije "bez prigovora" u odnosu na osnovni pravni posao. Recepcija navedenih stavova izvršena je u Zakonu o obveznim odnosima, citiranjem odredbom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1041) sadrži odredbe o kontragaranciji, koje ne postoje u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, iako je kontragarancija postojala u poslovnoj praksi banaka, pravnoj teoriji i sudskoj praksi, nastaloj u primeni toga zakona. Kontragarancija je pisana obveza na plaćanje, bez obzira kako je nazvana, kojom se banka (kontragarant) obvezuje prema garantu da će mu isplatiti novčani iznos po predloženju pisanog zahtjeva u skladu s uvjetima iz kontragarancije. Kontragarancija je odvojena od garancije i od osnovnog posla na koje se odnosi, pa i kada ih se spominje u kontragaranciji.

Zakon o obveznim odnosima (članak 1043. st. 1. i 2.) reguliše prijenos prava na plaćanje iz garancije. Pravo pozivanja na plaćanje iz garancije ne može se ustupiti trećemu osim ako to nije izričito predviđeno u garanciji ili u njezinim dodacima (stav 1). Time se ne utječe na pravo primiti iznos iz garancije koje bi u garanciji ili u njezinim dodacima bilo prenijeto na nekog drugog (stav 2). Navedene odredbe razlikuju se od ustupanja prava iz garancije iz člana 1086. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, koje je mogućnost ustupanja vezuje isključivo za ustupanje potraživanja koje je obezbeđeno garancijom, što znači da se prava iz garancije punovažno ne bi mogla ustupiti bez ustupanja obezbeđenog potraživanja, čak i da je tako predviđeno garancijom.

Zakon o obveznim odnosima zatim pod istim naslovom - *Prijenos prava na plaćanje iz garancije* (članak 1043. stav 3) predviđa da „korisnik jamstva dužuje nalogodavcu iznos primljen po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“ Nije jasno zašto zakonodavac umesto termina „bankarska garancija na poziv“ ovde upotrebljava termin „jamstvo“. U svakom slučaju, reč je o normi sa istom suštinom i pravnim posledicama, koje odgovaraju odredbi iz član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, prema kojoj „korisnik garancije dužuje nalogodavcu iznos primljen po osnovu garancije na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“ To pravilo posledica je pravila sadržanog u prethodnom stavu istog člana, koje predviđa da je „nalogodavac dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila po osnovu garancije izdate sa klauzulom iz prethodnog stava“, ¹³ a koje je

¹³ član 1087. stav 2 Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine,

izostavljeno iz dela Zakona o obveznim odnosima, koji reguliše bankarsku garanciju na poziv. Naime, s obzirom da je bankarska garancija samostalna obveza neovisna o osnovnom poslu u vezi s kojim je izdana, pa i u slučaju da se taj posao u njoj spominje, to znači da banka prema korisniku garancije ne može da ističe prigovore iz osnovnog pravnog posla (npr. prigovor na kvalitet isporučene robe, kada je isplata cene robe obezbeđena garancijom), pa ni prigovore koji se tiču punovažnosti osnovnog pravnog posla (npr. prigovor da je ugovor zaključilo neovlašćeno lice) i sl., već mora da korisniku isplati određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Zatim je nalogodavac u obavezi da banci refundira isplaćeni iznos – po članu 1087. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine ili, u nedostatku posebnih odredaba, po opštijim odredbama o naknadi troškova koje važe za obaveze nalogodavca iz ugovora o nalogu - nalogodavac je dužan naknaditi nalogoprimcu, čak i ako njegov trud bez njegove krivnje nije imao uspjeha, sve potrebne troškove što ih je učinio za izvršenje naloga, s kamatama od dana kad su učinjeni.¹⁴

Kada nalogodavac po jednom ili drugom pravnom osnovu plati banci iznos koji je korisniku banka platila po osnovu garancije, a ipak postoje valjani prigovor na kvalitet isporučene robe, punovažnost osnovnog pravnog posla ili drugi opravdani prigovori nalogodavca, tada je korisnik u obavezi da isplati nalogodavcu iznos primljen po osnovu garancije,¹⁵ odnosno „po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.“¹⁶ Na ovaj način oba zakona uvode korekciju u pravni poredak, koja je posledica primene načela savesnosti i poštenja. S druge strane, garancija je obavila svoju funkciju obezbeđenja korisnika – poverioca iz osnovnog pravnog posla. Korisnik je primio novac, teret dokazivanja i vođenja je spora je obrnut. Tužbu za isplatu mora da podnese nalogodavac pred sudom nadležnim po sedištu tuženog korisnika garancije, mora da snosi troškove spora, kao i teret dokazivanja. Dok se ne okonča spor, novac se nalazi kod korisnika, koji isti može da koristi u svom poslovanju. Na taj način, ne samo teret dokazivanja, već i ekonomski teret spornog odnosa prevaljuje se na nalogodavca. Da nije bilo garancije, kao sredstva obezbeđenja plaćanja, situacija bi bila sasvim obrnuta, kao i stranačka uloga u sporu, nadležnost suda, teret dokazivanja itd.

¹⁴ Članak 773. stav 1. Zakona o obveznim odnosima

¹⁵ član 1087. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine

¹⁶ članak 1043. stav 3. Zakona o obveznim odnosima

3.3. *Prestanak valjanosti garancije*

Prestanak valjanosti garancije uređen je u članku 1042. Zakona o obveznim odnosima. Rok valjanosti garancije može njome biti određen do određenog datuma ili do predočenja isprave kojom se potvrđuje nastup nekog događaja kao mjerodavnog za prestanak njezine valjanosti. Ako su u garanciji navedena oba roka za prestanak valjanosti garancije, njezina valjanost prestaje protekom prvog od tih rokova.

Odredbе o prestanku valjanosti garancije, odnosno roku važenja bankarske garancije nisu sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ali su prihvaćene u poslovnoj praksi banaka i sudskoj praksi nastaloj u primeni toga zakona, koja rok važenja smatra bitnim elementom garancije.

3.3.1. *Rok važenja i aktiviranje bankarske garancije*

Po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, svaka garancija pa i garancija sa klauzulom "na prvi poziv" mora imati rok važnosti garancije i mora biti aktivirana do isteka roka važenja garancije. Sama činjenica da je za isto potraživanje izdata još jedna garancija, nema uticaja na punovažnost prvobitno izdate garancije.¹⁷

U obrazloženju ovog stava navodi se da u smislu člana 1087. Zakona o obligacionim odnosima ako bankarska garancija sadrži klauzulu "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje je nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi. Svaka garancija pa i garancija "na prvi poziv" mora imati bitne elemente, a jedan od bitnih elemenata je rok važnosti garancije, jer nakon isteka roka važnosti garancije prestaju prava po osnovu garancije. U konkretnom slučaju rok važnosti garancije je određen do 28. avgusta 1995. godine. Sporno je da li je tužilac navedenu garanciju aktivirao u roku važnosti garancije, odnosno da li je garanciju dostavio na realizaciju. Iz izjave od 25. avgusta 1995. godine, pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je tužilac obavestio tuženog da firma "U"MN iz S, nije izvršila obaveze po ugovoru, a za koje obaveze je izdata garancija broj 257/95. Istoga dana 25. avgusta 1995. godine, tužilac je dostavio dopis tuženom u kome je izričito naveo da je predmet dopisa garancija broj 257/95. U navedenom dopisu tužilac je obavestio tuženog da će aktivirati garanciju broj 257/95 dana 28. avgusta 1995. godine, iz razloga što nalogodavac nije ispoštovao uplatu po ugovoru i pored upozorenja da garancija ističe 28.

¹⁷ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214

avgusta 1995. godine. Uz navedeni dopis tužilac je dostavio kopiju garancije i izjavu finansijskog direktora tužioca. Drugostepeni sud nalazi da je tužilac blagovremeno dostavio garanciju na realizaciju, jer je garanciju dostavio i obavestio tuženog o aktiviranju garancije dana 25. avgusta 1995. godine, dakle u vreme važenja bankarske garancije. Dosledno izloženom sud nalazi da je održan rok važnosti garancije, da je tužilac u roku važnosti garancije tražio od tuženog naplatu iznosa po garanciji, te da ne stoji navod prvostepenog suda da tužilac nije garanciju aktivirao u roku važnosti garancije. Činjenica da je tuženi izdao još jednu garanciju i na isti iznos i po istom ugovoru i to broj 281/95 od 28. avgusta 1995. godine ne utiče na obaveze tuženog po ovoj garanciji jer navedenom garancijom nije stavljen van snage garancija 257/95, niti su dati dokazi da je tuženi dostavio tužiocu garanciju 281/95, kao i da je tužilac dao svoju saglasnost da se stornira garancije 257/95. Prema tome, tužilac je blagovremeno aktivirao garanciju 257/95, te je tuženi dužan po osnovu navedene garancije da isplati garantovanu sumu u iznosu od 50.000,00 dinara.¹⁸

3.3.2. *Tužba kao način aktiviranja bankarske garancije*

Takođe, po stanovištu sudske prakse, nastale u primeni Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine, ako je u pre isteka roka važnosti bankarske garancije korisnik garancije podneo tužbu protiv banke garanta za zahtevom za izmirenje obaveze i garancije, smatra se da je na taj način blagovremeno uputio poziv za plaćanje.

U konkretnom slučaju, prvostepenom presudom obavezan je prvotuženi DD "U." da tužiocu banci "A." AD isplati određeni novčan iznos na ime glavnog duga sa kamatom, s tim da se solidarno obavezuje i drugotužena banka "B." AD da tužiocu isplati određeni novčani iznos sa kamatom. Drugotužena banka u žalbi navodi da se radi o samostalnim bankarskim garancijama plativim na prvi poziv. Međutim, tužilac ovaj poziv nije uputio drugotuženom kao garantu, a što je i utvrđeno veštačenjem, tj. uvidom delovodnik dostavne knjige za 1994. godinu. Žalba nije osnovana. U toku prvostepenog postupka izvršeno je veštačenje. Na osnovu garancije koja je data po osnovu ugovora o investicionim kreditima, utvrđuje se da je drugotuženi kao garant solidarno obavezan sa prvotuženim a prema tužiocu da mu isplati određeni novčani iznos sa zakonskom zateznom kamatom. Na osnovu izveštaja veštaka zaključeno je da veštak uvidom u delovodno dostavnu knjigu za 1994. godinu ustanovio da drugotuženi nema evidencije da je primio opomene tužioca za plaćanje po garancijama. Kako je tužilac podneo predlog za izvršenje, odnosno tužbu u 1994. godini, to je i postavio

¹⁸ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu Pž. 195/97 od 29. januara 1997. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1214

zahtev za naplatu spornih potraživanja od drugotuženog, pa prvostepeni sud pravilno zaključuje da je na ovaj način uputio poziv za plaćanje drugotuženom po osnovu datih garancija, a što je učinjeno u vreme kada su garancije važile, pa su neosnovani navodi žalbe da tužilac nije obavestio drugotuženog da ispuni obaveze po garancijama.¹⁹

4. Bankarska garancija u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH / Republika Srpska iz 2003. godine

Bankarska garancija bila je predviđena i u nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacija BiH / Republika Srpska iz 2003

U odnosu na druge zakone zemalja u regionu, nacrt sadrži mnogo više normi, tako da je institut bankarske garancije detaljnije regulisan.

Nacrt reguliše garanciju „bez prigovora“ na sličan način kao i Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Nacrt predviđa i nove oblike garancije, kao što je indirektna garancija, gde učestvuju dve banke, od kojih prva banka po nalogu svog klijenta daje nalog drugoj banci da izda direktnu garanciju, ugovornom partneru klijenta prve banke.

Nacrt reguliše detaljno reguliše izmenu garancije uz prethodno ili naknadno odobrenje od strane korisnika. Izmjena garancije nema uticaja na prava i obaveze nalogodavca ili potvrdioca garancije, ako se on ne složi sa izmjenama. Kako u poslovnoj praksi postoji izmena garancija, npr. zbog produženja roka važnosti usled reprograma obaveza i kredita, koje su obezbeđene garancijom, i sl, smatramo da su predložene odredbe korisne.

Nacrt uređuje prenos prava korisnika da zahtijeva plaćanje, na sličan način kao Zakon o obveznim odnosima.

Novina u odnosu na postojeće zakone je asignacija odnosno mogućnost asigniranja prava. Ako nije drugačije određeno u garanciji ili na drugom mjestu ugovoreno između banke i korisnika, korisnik može drugom licu asignirati sva prava koja ima ili može imati na osnovu garancije. Ako je banka od korisnika primila obavijest o neopozivom asigniranju, isplata asigniranoj strani oslobađa banku do iznosa isplate daljnjih obaveza po osnovu garancije.

Nacrt detaljno uređuje prestanak prava da se zahtijeva isplata. Pravo korisnika da zahtijeva isplatu po osnovu garancije prestaje: 1. kada je banka primila izjavu korisnika o oslobađanju od obaveza u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 2. kada su banka i korisnik dogovorili prestanak garancije u formi koja je predviđena u garanciji ili, ako u garanciji nije predviđena forma, u formi koja je predviđena za zasnivanje garancije; 3.

¹⁹ Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 9410/97 od 23. januara 1998. godine, Petrović Z. - Kozar V., navedeno delo, strana 1212

kada je raspoloživi iznos po osnovu garancije isplaćen, ako garancija ne predviđa automatsko obnavljanje ili automatsko povećanje raspoloživog iznosa, ili na neki drugi način predviđa nastavak garancije; 4. kada je isteklo vrijeme važenja garancije. Način prestanka pod tačkom 3. može biti od značaja kada su u pitanju carinske garancije, kojima se obezbeđuju obaveze za određeni period, dok je prestanak zbog isteka vremena važenja uređen na sličan način kao u Zakonu o obveznim odnosima

Nacrt reguliše pravni odnos između banke i nalogodavca, tj. sadržinu garantnog naloga, dakle naloga za izdavanje garancije, u kome između ostalog mora biti naznačen ne samo korisnik, već i vrsta garancije (garancija ponude, isporuke, obezbjeđenja, ispunjenja ugovora), zatim iznos garancije i potpune podatke klauzule o plaćanju, i td

Obaveza otvaranja i plaćanja je takođe odredba, koju ne sadrže drugi zakoni. Banka je prema nalogodavcu obavezna neodložnim obavještenjem ovlaštenika o izdavanju garancije otvoriti garanciju. Za otvaranje ona može i bez posebnog ovlaštenja uključiti drugu banku (avis-banka). Ako je u otvaranje garancije uključena avis-banka, ona mora s primjerenom pažnjom provjeriti vidljivu vjerodostojnost garancije. Neovisno o samostalnoj obavezi plaćanja prema ovlašteniku, banka je i prema nalogodavcu ugovorno obavezna na plaćanje iznosa garancije ovlašteniku kod nastupanja slučaja garancije. Na ovaj način, jasno je napravljena razlika između ugovora o izdavanju garancije, u kome su ugovorne strane banka i nalogodavac, od same garancije gde je banka dužnik, a korisnik je poverilac.

Izuzeci od obaveze plaćanja, takođe su uređeni nacrtom. Naime, ako je nedvosmisleno i jasno utvrđeno 1. da neki od dokumenata nije vjerodostojan ili je krivotvoren; 2. da plaćanje nije dospjelo prema osnovu navedenom u zahtjevu i pratećim dokumentima, ili 3. da sudeći prema vrsti i namjeni garancije zahtjev nema razumnog osnova, banka postupajući u dobroj vjeri može odbiti plaćanje prema korisniku. Zatim se u nacrtu definišu situacije u kojima zahtjev nema razumnog osnova: 1. ako se slučaj ili rizik, protiv kojeg je garancija bila namijenjena da obezbijedi korisnika, nije nesumnjivo ostvario; 2. ako je obaveza nalogodavca proglašena nevažećom od strane suda ili arbitražnog tribunala, osim ako garancija indicira da takav slučaj predstavlja rizik pokriven garancijom; 3. ako je obaveza nesumnjivo ispunjena na zadovoljstvo korisnika; 4. ako je ispunjenje obaveze bilo jasno spriječeno namjernim službenim propustom korisnika.

ZAKLJUČAK

Bankarska garancija je bankarski uslužni posao kojim banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini. Banka se kod ovih poslova pojavljuje u ulozi jemca.

Pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog pravnog posla), i banke koja izdaje garanciju nastaje zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije. Prema svojoj pravnoj prirodi ovo je ugovor o nalogu, a mogu postojati i elementi ugovora o kreditu.

Prema članu 1083. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima bankarska garancija mora biti izdata u pismenoj formi, iz čega proizilazi da je bankarska garancija strogo formalni pravni posao jer je pismena forma uslov njene punovažnosti. Međutim, ugovor o izdavanju bankarske garancije koji se zaključuje između banke i nalogodavca ne mora biti zaključen u pismenoj formi, jer je reč o ugovoru o nalogu, za koji zakonom nije propisana forma.

U privrednom pravu postoje tri vrste bankarskih garancija s tim što je garant uvek platac. Reč je o garanciji "bez prigovora", garanciji uz dostavljanje dokumentacije i garanciji uz pružanje dokaza da je ugovorena obaveza ispunjena. Pored navedene podele u pravnoj teoriji postoje i klasifikacije na osnovu drugih raznih kriterijuma iz kojih proizilaze i druge vrste, odnosno tipovi bankarskih garancija

Ako bankarska garancija sadrži klauzulu "bez prigovora", "na prvi poziv" ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.

Da bi korisnik bankarske garancije ostvario svoja prava iz garancije on istu mora aktivirati u okviru roka važenja garancije. I na bankarsku garanciju "bez prigovora" primenjuje se ugovoreni rok važnosti garancije.

Po svojoj pravnoj prirodi ugovor o izdavanju bankarske garancije je ugovor o nalogu. Prema članu 749. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima, nalogoprimac (u ovom slučaju banka - garant) ima pravo na naknadu (proviziju) za svoj trud, osim ako je drukčije ugovoreno ili proizilazi iz prirode međusobnog odnosa, što znači da zakon pravo banke - garanta na naknadu - proviziju pretpostavlja.

Isplatu dospelog iznosa po datoj bankarskoj garanciji može od garanta tražiti samo korisnik garancije, a ne i lice za čiju je obavezu banka garantovala.

Odredbe o bankarskoj garanciji iz navedenih propisa koji važe ili su u nacrtu u zemljama u regionu, imaju sličnosti, ali i velike razlike u odnosu

na odredbe o bankarskoj garanciji iz Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Literatura

Besarović I. Poslovno pravo, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Intermex, Beograd, 2010. godina,

Dukić-Mijatović M., Usklađenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima - korporativno upravljanje i aktuelna korporativna praksa, Pravni život br.12, Beograd, 2008. godina, str. 761 -775.

Mićović M., Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2010. godina

Perović S., Obligaciono pravo, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986. godina.

Petrović Z. - Kozar V., Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd, 2009. godina

Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Savremena administracija d.d, Beograd, 1995. godina

Vukadinović R., Pravna priroda bankarske garancije na prvi poziv, «Pravna riječ» časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2010. godina, broj 25, str. 45.

Softverski paket za pravnike „Indok“, izdavač “Intermex”, Beograd, 2011.

Vladimir Kozar, Ph.D.,

Assistant Professor

Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad,

Special Adviser, NLB banka AD, Beograd

PROVIDING CLAIMS THROUGH BANK GUARANTEE IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES IN THE REGION

The practice of business entities by the term "bank guarantee" means different legal institutes, aimed at ensuring the fulfillment of contract obligations the bank's clients. It is a different means of securing both personal (endorsement guarantee, acceptance bill, documentary credit, etc..) and the actual or the real (pledge, mortgage, lien on securities). Ensuring the fulfillment of contractual obligations is a common feature of these institutes in the wider sense of the "bank guarantee" for the fulfillment of contractual obligations. However, the bank guarantee in the narrow sense is a separate legal institution that has specific characteristics, and that it, in spite of certain common points, significantly different from the above mentioned institutes.

The subject of this paper is to provide a bank guarantee claims in the Republic of Serbia and the countries in the region. In addition to the provisions of the Law on Obligations of 1978. year, particularly in the analyzed provisions of the new Law of Obligations in 2008. year, which is applied in the Republic of Montenegro, as well as the provision of bank guarantee at the invitation of the Law on Obligations of the Republic of Croatia, in 2005. year, with the latter's novels. It is also emphasized and the new ruling on bank guarantee in the draft Law of Obligations of the Federation of BiH / Serbian Republic in 2003. year. The provisions on bank guarantee from these regulations in force or being drafted in the countries in the region have similarities but also significant differences in relation to the provision of bank guarantee of the Obligations Act of 1978. year

Key words: bank guarantee; collaterals; written form; nullity; counter-guarantees; validity; assignment;

Dr Miodrag N. Simović,
Predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Mr Marina M. Simović – Nišević,
Uprava za indirektno oporezivanje BiH

UDK: 343.13 (497.6)
Originalni naučni rad

ISTRAGA U KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE

Novi pristup u suzbijanju kriminaliteta otvara mnoga složena pitanja u uređenju krivičnog postupka. Sadašnje reforme krivičnog postupka prate savremene tendencije na području borbe protiv korupcije i organizovanog kriminaliteta, te dinamičan razvoj na području zaštite prava i sloboda čovjeka. U razdoblje dalekosežnih promjena u postupku otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela i zahvata u osnovna prava i slobode čovjeka odnedavno je ušla i Bosni i Hercegovini. Cilj svih ovih promjena može se predstaviti kao: efikasnija borba protiv rastuće korupcije i organizovanog kriminaliteta; ugrađivanje novih metoda u borbi protiv složenih oblika savremenog kriminaliteta; ubrzanje krivičnog postupka; pojednostavljenje krivičnog postupka za lakša krivična djela; zaštita prava i sloboda čovjeka i harmonizacija krivičnopravnih propisa unutar Bosne i Hercegovine.

Zakonima o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine iz 2003 godine realizovane su promjene i u onim procesnim normama i institutima koji su u vezi s otkrivanjem krivičnih djela i njegovih učinioca, dakle u dijelu krivičnog postupka koji se označava kao istraga. Posmatrano u cjelini, istraga je kao dio prethodnog postupka strukturirana prvenstveno na inkvizitornim i samo nekim akuzatornim elementima. Tako, nezavisno i potpuno samostalno istragu naređuje i sprovodi tužilac, a ne više sud, što znači da on vrši ne samo funkciju krivičnog gonjenja već i funkciju istraživanja krivičnog djela. U tom smislu, ovi zakoni napuštaju koncept istražnog sudije i vođenje istrage povjeravaju tužiocu, kao i policijskim, carinskim, poreskim i drugim organima koji svoje aktivnosti moraju preduzimati u skladu sa zakonom i pod nadzorom tužioca. Prava i dužnosti tužioca tokom sprovođenja istrage i njegov odnos prema drugim organima u fazi otkrivanja krivičnog djela od naročitog su značaja s obzirom da rezultati suđenja u ozbiljnoj mjeri zavisi od kvalitetnog i uspješnog vođenja istrage kao početnog stadija krivičnog postupka. Funkcija sudije u ovoj fazi krivičnog postupka dolazi do izražaja u slučajevima primjene mjera procesne prinude, te ograničavanja određenih osnovnih prava i sloboda osumnjičenog lica.

Ključne riječi: istraga, krivični postupak, tužilac, ovlašćeno službeno lice, osumnjičeni, krivično djelo, nadzor tužioca.

ULOGA TUŽIOCA U ISTRAZI

Najznačajnije izmjene, u odnosu na raniji krivični postupak, sastoje su se u izmijenjenoj ulozi subjekata krivičnog postupka.¹ Ovlašćenja koja je po ranijim zakonima u krivičnom postupku imao istražni sudija - prenesena su na tužioca.² Tako se po novim zakonima o krivičnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini³ krivični postupak može pokrenuti i provesti samo po zahtjevu nadležnog tužioca. Isto tako, tužilac je sada odgovoran, pored obaveze gonjenja učinilaca krivičnih djela i za otkrivanje samih krivičnih djela. Nadalje, s obzirom na činjenicu da Zakon o krivičnom postupku BiH⁴ uspostavlja osnove sumnje kao neophodni osnov za pokretanje istrage, za čije utvrđivanje je isključivo nadležan tužilac, uspostavlja se i novi odnos između tužioca i ovlašćenih službenih lica koji su nosioci aktivnosti na pronalaženju osumnjičenog i prikupljanju izjava i dokaza.⁵

Iako je nadležnost za sprovođenje istrage u cijelosti data tužiocu, neka od svojih ovlašćenja on može prenijeti na ovlašćena službena lica, koji tada moraju djelovati pod njegovim rukovođenjem i nadzorom. Tako je tužilac od početka, tj. od samog otkrivanja krivičnog djela, u situaciji da usmjerava istražni postupak i obezbjeđuje zakonitost pribavljanja dokaza, što mu omogućava efikasno podizanje optužnice i njeno zastupanje na glavnom pretresu.⁶ Izmijenjenom ulogom tužioca, izmijenila su se i ovlašćenja ovlašćenih službenih lica u istrazi u pogledu validnosti dokaza koje pribave, naravno ako su ti dokazi pribavljeni u skladu sa zakonom.

Teret dokazivanja krivice je na državi, odnosno tužiocu. Tužilac mora temeljno istražiti i pripremiti predmet za suđenje; mora imati „teoriju“ kojom se objašnjava slučaj i biti u stanju predvidjeti na koji će se način braniti optuženi. S druge strane, osumnjičeni, odnosno optuženi se može braniti šutnjom i njegova šutnja se ne može koristiti protiv njega. Osim toga,

¹ Ostale važnije promjene koje sadrže novi zakoni o krivičnom postupku su: pregovaranje o krivici; zaštita svjedoka; postupak privremenog oduzimanja imovine; imunitet svjedoka; kontradiktornost postupka naročito na glavnom pretresu i postupak protiv pravnih lica.

² Bubalo, str. 1133.

³ Zakon o krivičnom postupku BiH je obavljen u „Službenom glasniku BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09; Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine u „Službenim novinama Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/04, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07 i 9/09; Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske - Prečišćeni tekst u „Službenom glasniku Republike Srpske“ broj 100/09 i Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH - Prečišćeni tekst u „Službenom glasniku Brčko Distrikta BiH“ broj 44/10.

⁴ U daljem tekstu: Zakon. Citirane norme ovog zakona navedene u ovom radu sadržane su i u zakonima o krivičnom postupku entiteta i Brčko Distrikta BiH.

⁵ Sijerčić-Čolić, Hadžomeragić, Jurčević, Kaurinović i Simović, str. 581.

⁶ Milošević i Tirić, str. 36.

sve dileme u vezi činjenica se rješavaju u korist osumnjičenog, odnosno optuženog.

Da bi se ostvarili preduslovi za pokretanje i vođenje krivičnog postupka, potrebno je raspolagati saznanjima i dokazima o postojanju krivičnog djela i njegovog učinioca, do čega tužilac dolazi postupanjem u skladu sa svojim pravima i dužnostima na otkrivanju krivičnih djela i gonjenju učinilaca. Ukoliko tužilac zaključi da nema dovoljno dokaza ili da dalje krivično gonjenje nije pravedno, on će povući optužnicu ili će odustati od optužnice (čl. 38 i 224 Zakona). Uz to, ako tužilac nađe da je stanje stvari dovoljno razjašnjeno, podići će optužnicu, što je jedan od načina završetka istrage.

Svi dokazi koji idu u korist osumnjičenom u toku istrage, moraju se dati na uvid odbrani (član 47 Zakona). Ovo pravo se, međutim, može uskratiti ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage.

Uloga tužioca u krivičnom postupku je „dvostruka“.⁷ Prvo, tužilac nastupa kao državni organ zadužen za otkrivanje i gonjenje učinilaca krivičnih djela, uključujući i isključivu nadležnost tužioca za naređivanje i sprovođenje istrage, te podizanje i zastupanje optužnice. U drugom slučaju, tužilac ima funkciju stranke u postupku, te ista ovlašćenja u postupku kao i suprotna stranka (osumnjičeni, odnosno i optuženi).

Prava i dužnosti tužioca koji postupaju pred Sudom BiH propisani su i Zakonom o Tužilaštvu BiH⁸, kojim se Tužilaštvo BiH uspostavlja kao organ zadužen za efikasno ostvarivanje propisa iz nadležnosti BiH, primjenu ljudskih prava i zakonitosti na teritoriji BiH. Poslovi Tužilaštva BiH vrše se u skladu sa Ustavom BiH i zakonima BiH, a obavljaju ih glavni tužilac BiH, četiri zamjenika glavnog tužioca BiH i određeni broj tužilaca BiH. Glavnog tužioca i zamjenike glavnog tužioca bira i imenuje Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH iz reda tužilaca u Tužilaštvu BiH.

POKRETANJE I SPROVOĐENJE ISTRAGE

Pokretanje i sprovođenje istrage je u nadležnosti tužioca (član 16 Zakona). Istraga se pokreće na osnovu naredbe tužioca. Naredba se donosi na osnovu postojanju osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo. Izvori saznanja o postojanju osnova sumnje o izvršenom krivičnom djelu mogu biti svi oni koje predviđa zakon.⁹ Za sprovođenje istrage potrebno je, takođe, da ne postoje zakonski uslovi koji isključuju sprovođenje istrage kao što su slučajevi sa strancima koji uživaju pravo imuniteta i na koje se primjenjuju

⁷ Jurčević i Huremagić, str. 228.

⁸ Prečišćeni tekst („Službeni glasnik BiH“ broj 49/09.

⁹ Milošević i Tirić, str. 43.

odredbe međunarodnog prava, kao i u slučaju lica za čije je gonjenje potrebno pribaviti prethodno odobrenje nadležnog državnog organa.

Tužilac će donijeti naredbu o nesprovođenju istrage ako iz prijave i pratećih spisa očigledno proizilazi da prijavljeno djelo nije krivično djelo, ako ne postoje osnovi sumnje da je prijavljeno lice učinilo krivično djelo, ako je nastupila zastarjelost ili je djelo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje (član 216 stav 3 Zakona). U takvim slučajevima tužilac ima obavezu obavijestiti podnosioca prijave i oštećenog u roku od tri dana od dana donošenja odluke o nepokretanju istrage. Podnosiocu prijave i oštećenom je dato pravo da uložite pritužbu uredu tužioca o odluci tužioca o nesprovođenju istrage, i to u roku od osam dana (član 216 stav 4 Zakona).

Za pokretanje istrage nije potrebno da je sa izvjesnošću utvrđeno da je počinjeno krivično djelo, nego je dovoljno da postoje osnovi sumnje, tj. dovoljno je postojanje činjenica koje čine vjerovatnim da je izvršeno krivično djelo. Osnovi sumnje moraju biti određenog karaktera i zasnivati se na konkretnim podacima. Treba ih posmatrati kao minimalnu vjerovatnoću zasnovanu na konkretnim okolnostima, koje predstavljaju polazno stanovište za tvrdnju da je krivično djelo učinjeno. Ustanovljenje osnova sumnje predstavlja početak spoznajnog procesa koji treba da potvrdi da polazne indicije o krivičnom djelu počivaju na stvarnim okolnostima koje je moguće i dokazati. Stoga je bitno da kako tužioci tako i ovlašćena službena lica imaju pravilno razumijevanje osnova sumnje i onog što ih konstituiše. Osnove sumnje uvijek treba posmatrati u njihovom funkcionalnom smislu, kao skup okolnosti i indicija koje upućuju na vjerovatnoću da je krivično djelo učinjeno, pri čemu se prikupljena saznanja ne uklapaju u postavku da krivičnog djela nema. U protivnom, pokretanje krivičnog postupka, bez ovog zakonskog uslova, dovelo bi do kršenja ljudskih prava lica koje se stavlja u položaj osumnjičenog, što se ne može i ne smije dozvoliti.¹⁰

Pokretanjem istrage, na osnovu postojanja osnova sumnje, ovlašćenim službenim licima se ne uskraćuje pravo da preduzimaju potrebne mjere i radnje na dokumentovanju krivičnog djela, identifikovanju učinioca i prikupljanju dokaza. Oni to pravo i obavezu imaju i dalje samo što oni to tada preduzimaju po odobrenju i pod nadzorom tužioca. S druge strane, na ovaj način se osigurava i dodatni nivo primjene i zaštite ljudskih prava, pošto se od najranije faze postupka uključuje tužilac koji ima direktan nadzor i kontrolu nad radom ovlašćenih službenih lica.

Zakon dozvoljava mogućnost pokretanja istrage i u onim slučajevima gdje nije poznat identitet učinioca krivičnog djela. Prednost novog rješenja leži u činjenici što otvaranje istrage protiv nepoznatog učinioca omogućava primjenu radnji dokazivanja čak i onda kad se ne raspolaze podacima o

¹⁰ Jurčević i Huremagić, str. 230.

učiniocu krivičnog djela. Ovo će biti od posebnog značaja kod složenih krivičnih djela poput organizovanog kriminaliteta, korupcije i terorizma, te finansijskih i privrednih delikata¹¹ gdje je češći slučaj da se raspolaze podacima o određenim aktivnostima koje bi mogle upućivati na krivično djelo, nego o podacima koji bi u tom stadiju postupka ukazivale na učinioca krivičnog djela.¹²

Tužilac ima široka ovlašćenja za provođenje istrage (čl. 35 i 217 Zakona). Njegova ovlašćenja uključuju i: identifikaciju osumnjičenih; upućivanje policije ili drugih organa da prikupe dokaze ili informacije; davanje imuniteta svjedocima (član 84); traženje informacija od fizičkih i pravnih lica i vladinih organa; upućivanje poziva fizičkim i pravnim licima; traženje sudskih naloga; mogućnost da naloži policiji i drugim ovlašćenim licima da izvrše sudske naloge; pripremanje optužnice i njeno podnošenje sudu (član 226); izvođenje dokaza na sudu; ulazak u pregovore sa odbranom o nagodbi o priznanja krivice (član 231); zahtijevati od suda da izda nalog za pretres (član 53); zatražiti od suda da izda nalog za oduzimanje predmeta (član 65); pozvati i ispitati osumnjičenog (član 77); izvršiti uviđaj; zatražiti pomoć vještaka pri istrazi ili tokom sudskog procesa (član 96) i zahtijevati posebne istražne radnje (čl. 116 – 122 Zakona). Tužilac može od suda zatražiti nalog kojim se privremeno oduzima imovina stečena na nezakonit način (član 73 Zakona). Oduzimanje imovine može biti moćno sredstvo u istrazi komplikovanih finansijskih transakcija.

Tužilac je profesionalac i trebao bi biti u istrazi proaktivan. On ne bi smio biti samo neko ko čini tek onoliko koliko je neophodno da bi zadržao svoj posao. On bi se temeljnom pripremom trebao u potpunosti upoznati sa svim činjenicama vezanim za predmet, u više navrata razgovarati sa svojim svjedocima, kao i sa policajcima istražiteljima, te izaći na mjesto zločina i obezbijediti sve materijalne dokaze.

Dok prikuplja dokaze, tužilac bi trebao razvijati „teoriju“ kojom se objašnjava slučaj. On bi morao biti u stanju da sudiji objasni činjenice koje se odnose na slučaj optuženog i na koji je način ponašanje optuženog prekršilo zakon.

POSEBNE METODE U ISTRAZI

Posebne istražne radnje se mogu primjenjivati ako se ne može doći do dokaza na drugi način ili bi njihovo pribavljanje bilo popraćeno nesrazmjernim poteškoćama i ako postoje osnovi sumnje da je to lice počinilo krivična djela usmjerena protiv integriteta Bosne i Hercegovine, krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim

¹¹ Vidjeti Orlović i Pajčić, str. 695–738.

¹² Sijerčić-Čolić, Hadžiomeragić, Jurčević, Kaurinović i Simović, str. 582.

pravom, krivična djela terorizma i krivična djela za koja se prema Krivičnom zakonu BiH¹³ može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna (čl. 116 i 117 Zakona). Posebne istražne radnje uključuju: nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka; nadzor i tehničko snimanje prostorija; tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima; korišćenje prikrivenih istražitelja i korišćenje informatora; simulirani i kontrolirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine i nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela (član 116 stav 2 Zakona).

Sve posebne istražne radnje se moraju preduzeti u skladu sa sudskim nalogom. Dokazi pribavljeni kao rezultat valjanih posebnih istražnih radnji su prihvatljivi na sudu i mogu se smatrati dokazima.¹⁴ Ovo uključuje svjedočenje prikrivenih istražitelja, informatora, tehničke snimke, dokumente i predmete pribavljene tokom istrage (član 122 Zakona). Sud ne može svoje odluke zasnivati ni na dokazima koji su pribavljeni putem posebnih istražnih metoda koje su sprovedene bez sudskog naloga ili u prekoračenju valjanog sudskog naloga (čl. 118–122 Zakona).

Informatori (tajni doušnici) se moraju veoma pažljivo koristiti kako tokom istrage krivičnog djela tako i na suđenju. Opasnosti vezane za upotrebu doušnika uključuju i slijedeće: informator je možda i sam učestvovao u krivičnom djelu prije nego što je pristao da sarađuje u istrazi; ima „mračnu“ prošlost; ima motiv da laže; od tužilaštva je dobio imunitet u zamjenu za svjedočenje, što narušava njegov kredibilitet.

Postojeće slučajeve u kojima će tužilac svjedoku dati imunitet od krivičnog gonjenja (član 84 Zakona). To se može koristiti kao sredstvo u istrazi da bi se osiguralo svjedočenje „sitne ribe“ s ciljem hvatanja „krupnije ribe“ čija je krivica veća. Imunitet se takode može koristiti da bi se dobilo svjedočenje lica koje se poziva na pravo da odbije da svjedoči - da ne bi inkriminiralo samo sebe. Kada se svjedoku da imunitet, tužilac se slaže da neće biti krivičnog gonjenja tog lica u zamjenu za saradnju tog svjedoka u istrazi i svjedočenje za optužbu na kasnijem suđenju protiv drugih lica.

ULOGA POLICIJE U ISTRAZI

Uloga policije u istrazi je višestruka: ona prva reaguje na poziv, istražuje i radi u partnerstvu sa tužiocima. Policija je ta koja prva reaguje na prijavu krivičnog djela ili bilo kakav incident u kojem javna bezbjednost zahtijeva trenutnu akciju. Ovakve situacije su raznolike i pripadaju širokoj lepezi mogućih događaja, od teških saobraćajnih nezgoda do terorističkih napada i uzimanja talaca. Policija mora takode odgovoriti na krivična djela

¹³ “Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

¹⁴ Vidjeti Sijerčić-Čolić, str. 694.

koja su počinjena u prošlosti i istražiti ko je za njih odgovoran. Ona se može odlučiti na pokretanje istrage zbog pritužbe građana ili na svoju inicijativu. Ne smije samo čekati da neko podnese prijavu. Osim toga, policija mora djelovati protiv učestalih krivičnih radnji - da bi prekinula opšte bezakonje u zajednici.

Policija mora sarađivati sa tužiocima u cilju prikupljanja dokaza koji se mogu koristiti u sudu. Pretpostavka je da rade zajedno na slučajevima - da bi poboljšali sve aspekte provođenja zakona. Uloga policije je da ustanovi koje je krivično djelo učinjeno, ko ga je učinio i da prikupi informacije neophodne za eventualno hapšenje. Tužilac nakon toga preuzima istragu - da bi ustanovio kojim će se dokazima slučaj „poduprijeti“ na sudu.

Između policije i tužioca može doći i do institucionalnog konflikta ili poteškoća u sljedećim situacijama: policijski istražitelj može tužioca okriviti za nepodizanje optužnice ili nezainteresovanost za dalji rad na slučaju koji je obradila policija; moguće je da se policijski istražilac ne složi sa načinom istrage koju provodi tužilac; tužilac može smatrati da policija nije djelovala prema uputama ili nije dokaze pribavila na zakonit način; tužilac može policiju okriviti zato što policija očekuje podizanje optužnice na osnovu ograničenih ili površnih dokaza i sl. Da bi prevazišli okvake sukobe, tužilac i policija moraju raditi zajedno, i to kao dio tima koji ima iste ciljeve.

NADZOR TUŽIOCA NAD RADOM OVLAŠĆENIH SLUŽBENIH LICA

Tužilac je dužan i ima pravo, na osnovu postojanja osnova sumnje o izvršenom krivičnom djelu, preduzeti potrebne mjere i radnje na njegovom otkrivanju i sprovođenju istrage, pronalasku osumnjičenog, rukovođenju i nadzoru nad istragom, kao i preduzimanje mjera koje se odnose na upravljanje aktivnostima ovlašćenih službenih lica vezanim za pronalaženje osumnjičenog i prikupljanje izjava i dokaza (član 218 Zakona). Svrha ovakvog zakonskog rješenja jeste razvijanje aktivnosti tužilaštva u oblikovanju postupka, izgrađivanju i postizanju veće efikasnosti u vezi sa otkrivanjem krivičnih djela i pronalaženjem njihovih učinilaca, te u pogledu aktivnog upravljanja aktivnostima ovlašćenih službenih lica na pronalaženju osumnjičenog i prikupljanju izjava i dokaza.¹⁵

Nadređenost tužioca (u smislu nadzora nad radom ovlašćenih službenih lica) nastupa u trenutku saznanja da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo. Iz ovog proizilazi da tužilac nema nadzor niti mogućnost rukovođenja i upravljanja radom ovlašćenih službenih lica prije saznanja da postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo. Time se doprinosi i osiguranju pravde i pravičnosti krivičnog postupka, kao i da

¹⁵ Sijerčić-Čolić, Hadžiomerađić, Jurčević, Kaurinović i Simović, str. 590.

ovlašćena službena lica poštuju zakonske odredbe koje se odnose na zaštitu prava lica koja su osumnjičena ili pritvorena, te koja se ispituju, odnosno pretresaju.¹⁶ Odgovornost za postupanje i rad ovlašćenih službenih lica do trenutka izvještavanja tužioca o učinjenom krivičnom djelu leži isključivo na samim ovlašćenim službenim licima i službama u čijem okviru ta službena lica djeluju.¹⁷

Nadzor tužioca nad radom ovlašćenih službenih lica se manifestuje na tri različita načina¹⁸: (1) tužilac osigurava stručnu podršku i tumačenje krivičnopravnih odredbi, kako materijalnog tako i procesnog krivičnog prava, te vodi računa o primjeni i zaštiti ljudskih prava građana u postupcima ovlašćenih službenih lica; (2) tužilac izdaje potrebna uputstva i prijedloge ovlašćenim službenim licima u toku istrage, u smislu prikupljanja informacija i dokaza na zakonom dopušten način, kako bi oni bili pravno valjani u postupku pred sudom i (3) tužilac učestvuje u potrebnim procesnim radnjama i drugim postupanjima u toku istrage, a koje se odnose na angažman ovlašćenih službenih lica.¹⁹ Ova uloga tužioca posebno treba da dođe do izražaja kod složenih istraga bilo da se radi o istragama složenih i teških krivičnih djela, bilo o istragama koje zahtijevaju angažman ovlašćenih službenih lica iz više različitih službi za sprovođenje zakona. U ovakvim slučajevima, tužilac, osim što sprovodi istragu i ostvaruje nadzor nad radom ovlašćenih službenih lica, služi i kao katalizator zajedničkih aktivnosti ovlašćenih službenih lica sa različitih nivoa organizacije i različitih službi za sprovođenje zakona.²⁰

Za krivična djela za koja je zapriječena kazna zatvora preko pet godina, ovlašćena službena lica su dužna obavijestiti tužioca odmah po saznanju o postojanju osnova sumnje o izvršenom djelu. Kod krivičnih djela sa propisanom kaznom do pet godina, ovlašćena službena lica su dužna obavijestiti tužioca o svim raspoloživim indicijama, informacijama, radnjama i mjerama koje su preduzeli u periodu od sedam dana od dana saznanja o postojanju osnova sumnje da je krivično djelo učinjeno (član 218 Zakona).

Mogući problem bi mogao nastati kod krivičnih djela sa zapriječenom kaznom zatvora do pet godina. Naime, Zakon daje rok od sedam dana ovlašćenom službenom licu da obavijesti tužioca o postojanju osnova sumnje da je krivično djelo učinjeno. Iz ovog proizilaze dva pitanja koja su od značaja za utvrđivanje od kog trenutka nastupa nadzor tužioca

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Milošević i Tirić, str. 48.

¹⁸ Tegeltija et. al., str. 30.

¹⁹ Na primjer, nastupanje tužioca prema sudu na osnovu zahtjeva ovlašćenih službenih lica za preduzimanje određene mjere i radnje. Isto tako, primjena posebnih istražnih radnji u smislu člana 116 Zakona, mora biti pod direktnim nadzorom i usmjeravana od strane tužioca.

²⁰ Jurčević i Huremagić, str. 233.

nad radom ovlaštenih službenih lica. Prvo se odnosi na trenutak od kada se ima računati Zakonom predviđeni rok od sedam dana. Drugim riječima, postavlja se pitanje kako i na osnovu čega se može utvrditi da ovlašćeno službeno lice o počinjenom djelu nije raspolagala saznanjima i prije momenta od kog je nastupilo računanje zakonskog roka od sedam dana. Ovo je posebno bitno u onim situacijama kad su saznanja koja formiraju osnov sumnje prikupljena u određenom vremenskom periodu, odnosno kad se do tih saznanja nije došlo odjednom. S druge strane, postavlja se pitanje pravne kvalifikacije djela, pošto će od toga direktno zavisiti kad nastupa obaveza obavješćavanja tužioca. Problem je u činjenici da prikupljena saznanja o krivičnom djelu koja formiraju osnov sumnje, koji je hipotetička postavka i preliminarna kriminalistička diferencijalna dijagnoza, mogu biti tumačena višeznačno. Tako je moguće da se ista prikupljena saznanja o, na primjer, aktiviranju eksplozivne naprave u privatnom stanu, mogu tumačiti na način da formiraju postojanje osnova sumnje za više različitih krivičnih djela, kao što su izazivanje opšte opasnosti, terorizam ili pak kao dio aktivnosti koje preduzima određena zločinačka organizacija (krivično djelo organizovanog kriminaliteta).²¹

PROBLEMI U PRAKSI TUŽILACA I MOGUĆA RJEŠENJA

Definicija istrage prema odredbama člana 20 tačka i) Zakona glasi: „Istraga obuhvata aktivnosti preduzete od tužioca ili ovlaštenog službenog lica u skladu sa ovim zakonom, uključujući prikupljanje i čuvanje izjava i dokaza“. S tim u vezi, treba istaći da su strategija i upravljanje istragom stavljeni u nadležnost tužioca. Kako će tužilac planirati istragu, zavisi od više činilaca. Prije svega, od same prirode i težine krivičnog djela, ali i od samog tužioca.

Za jednostavnije istrage, uglavnom za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina, ne postoji prepreka da se ovlaštenim službenim licima daju šira ovlašćenja. Međutim, za kompleksnije istrage (krivična djela protiv privrede, službenog položaja, organizovane grupe – narkotici, krađe vozila, razbojništva i sl.), tužilac istragu treba da provodi sa ovlaštenim službenim licima, koji mogu pripadati različitim agencijama za sprovođenje zakona (policija ministarstava unutrašnjih poslova, poreska uprava, granična policija, carinski organi i sl.). Tako formirani tim u praksi treba da funkcioniše jedinstveno, razmjenjujući prikupljene informacije i dokaze,²² a sve radi što bržeg i efikasnijeg ostvarivanja cilja istrage.

U slučajevima izvršenja teških krivičnih djela, tužilac i ovlašćena službena treba da sačine plan postupanja, planirajući vremensku dinamiku

²¹ *Ibidem*, str. 235.

²² Ti kontakti se mogu ostvarivati, telefonom, usmeno kao i pisanim podnescima.

izvršenja istražnih radnji i zaduženja svakog od tih članova. Naravno da je konačna odluka na koji način će istraga biti okončana isključivo u nadležnosti tužioca.

U dosadašnjoj praksi je uočeno da se najčešće čine greške u radnjama dokazivanja koje iziskuju hitno postupanje, i to bez naredbe suda, kao što su pretresanje stana, prostorija i lica i privremeno oduzimanje predmeta bez naredbe. Takođe se pokazala kao vrlo osjetljiva tačka u toku istrage i momenat kada ovlašćena službena lica treba da obavještavaju tužioca da je počinjeno krivično djelo i kada tužilac treba da odluči da li i koje je istražne radnje neophodno odmah preduzeti - zato što postoji opasnost od odlaganja. Zbog toga, ovlašćena službena lica prije nego što stupe u kontakt sa tužiocem, moraju prikupiti što više informacija i podataka - kako bi omogućili donošenje pravilne i zakonite odluke tužioca. Nakon toga, tužilac treba da odluči koje radnje treba preduzeti odmah i ko će ih preduzeti.

Posebno je značajno da ovlašćena službena lica obezbijede mjesta događaja, kako bi ono ostalo neizmijenjeno do dolaska uviđajne ekipe, kao i da sakupe podatke koji kasnije mogu postati nedostupni. Kada je tužilac obaviješten o počinjenom krivičnom djelu, trebao bi odmah izdati i odgovarajuće naredbe, posebno ako postoji opasnost od odlaganja. Ako postoji opasnost od odlaganja preduzimanja određenih radnji dokazivanja, tužilac može sudu podnijeti i usmeni zahtjev za izdavanje naredbe za pretresanje, a može se zahtijevati i privremeno oduzimanje predmeta. Takođe, tužilac odmah odlučuje i da li će izaći na lice mjesta ili će ovlastiti ovlašćeno službeno lice da izvrši uviđaj.

Što se tiče ostalih radnji dokazivanja, problemi se pojavljuju donekle i u određenim situacijama kod uviđaja. Naime, u pravilu, tužioci izlaze na uviđaj samo kada se radi o teškim krivičnim djelima koja imaju za posledicu smrt određenih lica ili kada je zbog same prirode djela i ozbiljnosti situacije to potrebno. Međutim dešava se da tužioci ne izađu na lice mjesta ni u ovakvim situacijama. U svakom slučaju, za dobro obavljen uviđaj je, prije svega, odgovoran tim ovlašćenih službenih lica i nikako se ne može prihvatiti njihovo objašnjenje kada nešto nije urađeno dobro - da je za to kriv nedolazak tužioca.

Problem sa kojim se susreću tužioci je što je teško naći kvalitetne vještake koji bi obavljali složena finansijska vještačenja. S druge strane, brojni su primjeri iz prakse gdje tužioci u svojim naredbama traže od vještaka da se izjašnjavaju o pitanjima koja nisu u njihovoj nadležnosti.

Izvođenje dokaza na glavnom pretresu je ključno kako bi se na najkvalitetniji način dokazi prikupljeni u toku istrage prezentovali sudu na glavnom pretresu. Pošto sud pred sobom ima samo optužnicu, zadatak je tužioca da izvođenjem svojih dokaza uvjeri sud da je optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. Kako će tužilac izvoditi dokaze,

zavisi od njegove pripreme za glavni pretres. Ne smije se desiti da tužilac dođe na glavni pretres bez spisa, da zaboravi na suđenje i da uopšte ne zna koga će šta da pita.

NEKI ASPEKTI TUŽILAČKE PRAKSE

Priprema tužioca za suđenje obuhvata: obavezu tužioca da ispita zakonski osnov po kojoj dato ponašanje predstavlja krivično djelo; kako će dokazati šta je optuženi učinio i procjenu šta će odbrana tvrditi na suđenju. Tužilac, između ostalog, treba da utvrdi: ima li svjedoka i hoće li oni sarađivati sa tužiocem i svjedočiti na suđenju; ima li bilo kakvih materijalnih, odnosno forenzičkih ili naučnih dokaza; da li je optuženi priznao krivicu policiji ili tužiocu; da li je predmet zasnovan na identifikaciji učinioaca od strane svjedoka koji ga ne poznaje; da li su svjedoci optužbe konzistentni u svojim izjavama; procjenu kako će odbrana osporiti svjedočenje svjedoka optužbe²³; ko su mogući svjedoci odbrane i da li su voljni dati izjave prije suđenja i da li je policija napravila bilo kakve greške u istrazi? Procjena tužioca šta će odbrana iznositi na suđenju, obuhvata odgovore na pitanja hoće li odbrana tvrditi: da se u vrijeme izvršenja krivičnog djela osumnjičeni nalazio na drugom mjestu, braneći se alibijem; da je to slučaj zamjene identiteta; da svjedoci optužbe namjerno lažu i da treba osporiti ponašanje policije?

Konkretna tehnika pripreme tužioca za suđenje obuhvataju: sačinjavanje spiska svih svjedoka koji će biti pozvani da svjedoče; pitanja koja će postaviti svakom svjedoku na suđenju²⁴; pisanje svoje uvodne riječi; izlazak na lice mjesta; fotografisanje i detaljno upoznavanje sa okolinom; česti razgovori sa svjedocima optužbe i uspostavljanje prisnog odnosa sa njima²⁵; pridobijanje svjedoka da govori istinu²⁶ i razmišljanje koje će utemeljene argumente upotrijebiti u završnoj riječi pred sudom²⁷.

Pravilo je da dokazi koji potkrepljuju početne dokaze moraju bili veoma ubjedljivi. Tužilaštvo bi trebalo učiniti sve napore da dođe do dokaza koji potkrepljuju početni dokaz, odnosno do dokaza iz drugog izvora koji nezavisno potvrđuje validnost početnog dokaza. Potkrepljivanje je naročito

²³ Treba odgovoriti na pitanje da li će porijeklo ili prethodno ponašanje svjedoka predstavljati problem u pogledu njegovog kredibiliteta ili sposobnosti da zapazi krivično djelo.

²⁴ Tužilac ne treba samo ustati i pitati „šta se dogodilo?“.

²⁵ Tužilac bi morao steći povjerenje svjedoka, tako da svjedok postane potpuno otvoren i iskren.

²⁶ Svjedok ne smije tužiocu govoriti samo ono što tužilac želi da čuje, ne smije „zamagljivati“ istinu - da bi se pokazao u boljem svjetlu.

²⁷ Pretpostavljajući šta će biti rečeno u završnoj riječi, tužilac može svjedočenje tokom suđenja izvesti tako da ono da potporu završnim argumentima. Završna riječ bi trebala predstavljati objašnjenje kako svi izvedeni dokazi ubjedljivo govore u prilog krivici optuženog. Tužilac mora razmišljati o završnoj riječi čak i prije nego što počne suđenje.

važno u slučajevima kada saučesnik svjedoči protiv optuženog kao dio dogovora o saradnji sa tužiocem. Tužilac mora pokazati da saučesnik ne svjedoči lažno samo da bi dobio blaži tretman za vlastita krivična djela.

ULOGA OŠTEĆENOG U ISTRAZI

Stupanjem na snagu novog krivičnog procesnog zakonodavstva u BiH, uloga oštećenog u istražnom postupku se značajno promijenila. Istražni postupak je postao javnopravno ovlašćenje tužioca, dok oštećeni u istrazi praktično nema nikakvu ulogu. Sama istraga i njen sadržaj mogu predstavljati tajnu kako za osumnjičenog tako i za oštećenog. Oštećeni uopšte ne mora znati da se sprovodi istraga, jer tužilac nema obavezu da ga obavijesti o tome. Kada su u pitanju istraga i oštećeni, može se govoriti samo o odnosu tužioca prema oštećenom. Zbog toga, tužilac u svakom trenutku istrage mora imati u vidu oštećenog kao lice čija su prava i slobode povrijeđeni, odnosno ugroženi krivičnim djelom.²⁸

Kada je u pitanju sam istražni postupak, tužilac je u obavezi da ispita i utvrdi sve činjenice i okolnosti od značaja za ostvarivanje imovinskopravnog zahtjeva oštećenog, kako bi oštećeni mogao ostvariti ovo svoje pravo. Tužilac bi trebalo obavijestiti oštećenog o sprovođenju istrage i mogućnosti stavljanja prijedloga za privremenu mjeru obezbjeđenja imovinskopravnog zahtjeva, i to kad ustanovi da postoji razlozi koji ukazuju da takav prijedlog može biti postavljen. Osim toga, Zakon daje pravo oštećenom da uloži pritužbu na odluke tužioca o nesprovođenju, odnosno obustavi istrage.

POLOŽAJ OSUMNJIČENOG U ISTRAZI

Osumnjičeni u istražnom postupku ima pravo na branioca već od prvog saznanja da protiv njega teče istraga, odnosno već od njegovog prvog pojavljivanja (ispitivanja) pred organima koji provode istražni postupak, bilo da je riječ o tužiocu ili o ovlašćenim službenim licima. Međutim, u istražnom postupku osumnjičeni ne samo da nema mehanizam da osporava osnov vođenja krivične istrage protiv njega, kako je to imao po ranijim zakonima o krivičnom postupku (žalbom na rješenje o sprovođenju istrage), nego ne mora ni znati da se protiv njega vodi istraga, jer tužilac nije u obavezi da ga o tome obavijesti, niti da mu dostavi inicijalni akt o sprovođenju istrage (naredbu o sprovođenju istrage), u kojoj je navedeno za koje se krivično djelo osumnjičeni tereti, koji osnovi sumnje stoje protiv njega i dr.²⁹

²⁸ Milošević i Tirić, str. 49.

²⁹ Tegeltija et. al., str. 45.

Kada govorimo o osumnjičenom i njegovom braniocu u istražnom postupku, podrazumjeva se da se radi o procesnim situacijama kad osumnjičeni ima branioca, dok u drugim procesnim situacijama, kada nije u pitanju obavezna odbrana, a osumnjičeni nema branioca, sva prava osumnjičenog u istražnom postupku su neposredna i direktna, ali suštinski potpuno ista kao i u situacijama kada osumnjičeni ima branioca. Pravo na odbranu pripada osumnjičenom, a prava branioca nisu izvorna nego proizilaze iz prava osumnjičenog, tako da ne postoji ni jedno pravo iz spektra prava na odbranu koje pripada braniocu, a ne pripada osumnjičenom.³⁰

Prilikom ispitivanja osumnjičenog, tužilac mu mora saopštiti osnove sumnje koji stoje protiv njega i tada osumnjičeni može sa sigurnošću znati šta je predmet istraživanja tužioca ili ovlašćenih službenih lica, što mu ujedno daje mogućnost određivanja i postavljanja njegove odbrane. Međutim, ako tužilac ne odluči ispitati osumnjičenog u početku istrage, osumnjičeni suštinski ne može formirati i provoditi svoju odbranu, odnosno u tom slučaju je njegova uloga potpuno pasivna.³¹

Kada je u pitanju provođenje istražnih mjera i radnji, osumnjičeni, odnosno njegov branilac nemaju aktivnog učešća u njima. Prisustvo osumnjičenog, odnosno njegovog branioca u istražnom postupku, prilikom provođenja određenih istražnih radnji, predviđeno je vrlo restriktivno, i to kod onih radnji kojima se ograničavaju pojedina prava ili slobode građana (npr. pretres) premda se ni tada ne radi o aktivnoj ulozi osumnjičenog, odnosno njegovog branioca, nego o svojevrsnoj kontroli zakonitosti izvođenja određene istražne radnje, odnosno postojanju mogućnosti za stavljanje određenih prijedloga za obezbjeđenje dokaza.³²

Prema tome, uloga osumnjičenog, a posebno njegovog branioca u istrazi se uglavnom svodi na prava, a ne na ovlašćenja, i to u cilju ostvarivanja i zaštite ustavnih prava i sloboda osumnjičenog. Obim prava osumnjičenog i njegovog branioca u istrazi se svodi, uglavnom, na: obavještenje osumnjičenog o djelu za koje se tereti i osnovima sumnje koji stoje protiv njega; davanje procesnih garancija i uputstava prilikom njegovog prvog ispitivanja kod tužioca ili ovlašćenog službenog lica i obavještenje od kada optuženi i njegov branilac mogu razgledati sve dokaze koji idu u korist osumnjičenog.

Prava osumnjičenog u istrazi mogu biti osnovna³³ i prava koja zavise od karaktera istražnih mjera i radnji koje se preduzimaju, a koja mogu

³⁰ Milošević i Tirić, str. 56.

³¹ *Ibidem*, str. 57.

³² Tegeltija et. al., str. 46.

³³ Osnovna prava osumnjičenog, koja imaju svi osumnjičeni, nezavisno od karaktera istražnih mjera i radnji koje se prema njima preduzimaju, određena su članom 6 Zakona: (1) osumnjičeni već na prvom ispitivanju mora biti obaviješten o djelu za koje se tereti i

dovesti do ograničenja određenih prava osumnjičenog. Načelno, kada istražne mjere i radnje imaju za posljedicu narušavanje, odnosno ograničavanje određenih sloboda i prava osumnjičenog, u tom slučaju je za izvođenje takvih mjera i radnji potrebno odobrenje suda, odnosno sudije za prethodni postupak, koji vrši kontrolu opravdanosti i zakonitosti izvođenja tih mjera i radnji.

S obzirom na karakter radnji i mjera koje se preduzimaju u istražnom postupku, postoje tri različita stepena prava osumnjičenog, u zavisnosti od načina ograničenja tih prava:

(1) Položaj i prava osumnjičenog i njegovog branioca prema kojem nisu primijenjene mjere i radnje koje zahtijevaju sudsko odobrenje: Prava osumnjičenog u istražnom postupku generalno su određena članom 6 Zakona. Tužilac, odnosno ovlašćeno službeno lice su dužni upoznati osumnjičenog sa krivičnim djelom za koje se tereti i osnovama sumnje koji stoje protiv njega, te ga poučiti o pravima iz člana 78 stav 2 Zakona.³⁴ Osumnjičeni nema pravo prisustva izvođenju pojedinih istražnih radnji i mjera koje se obavljaju po inicijativi tužioca ili ovlašćenih službenih lica, premda mogu iznositi činjenice i predlagati dokaze tužiocu. U toku istrage branilac ima pravo da razmatra spise i razgleda pribavljene predmete koji su u korist osumnjičenog. Ovo pravo tužilac može uskratiti braniocu ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u pitanje cilj istrage (član 47 Zakona).

(2) Položaj i prava osumnjičenog i njegovog branioca prema kojem su primijenjene mjere i radnje koje zahtijevaju sudsko odobrenje. Tako, osumnjičeni u slučaju donošenja naredbe za pretresanja ima (a) pravo na obavještenje branioca prije početka pretresanja i (b) pravo na javnost izvođenja te radnje. Prava osumnjičenog prilikom privremenog oduzimanja predmeta i imovine su: (a) pravo na odbijanje predaje predmeta (ovo pravo osumnjičenog proističe iz njegovog prava na odbranu koji nije dužan da preduzme ni jednu radnju koja može dovesti do njegovog samooptuživanja,

osnovima sumnje koji stoje protiv njega, (2) osumnjičenom se mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist, (3) osumnjičeni nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja. Takođe, član 7 Zakona uređuje pravo na odbranu osumnjičenog: pravo na izbor branioca, odnosno pravo na branioca po službenoj dužnosti, kao i pravo na usluge prevodioca.

³⁴ Da nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja; da može uzeti branioca po svom izboru koji može biti prisutan njegovom ispitivanju, kao i da ima pravo na branioca bez naknade u slučajevima predviđenim zakonom o krivičnom postupku; da se može izjasniti o djelu koje mu se stavlja na teret i iznijeti sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist i ako to učini u prisustvu branioca - da je takav njegov iskaz dopušten kao dokaz na glavnom pretresu i da bez njegove saglasnosti može biti pročitani i korišćen na glavnom pretresu; da ima pravo u toku istrage razmatrati spise i razgledati pribavljene predmete koji mu idu u korist, osim ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage i da ima pravo na besplatne uloge prevodioca ako ne razumije ili ne govori jezik koji se koristi prilikom ispitivanja.

bilo direktnog bilo indirektnog – ali, tužilac, odnosno ovlašteno službeno lice može od suda zahtijevati izdavanje naredbe za pretresanje, na koji način takve predmete može oduzeti od osumnjičenog i lica koja su oslobođena dužnosti svjedočenja i mimo njegove volje); (b) pravo žalbe³⁵ i (c) pravo na obavještenje branioca o otvaranju privremeno oduzetih predmeta, odnosno dokumentacije, te pravo prisustva takvom otvaranju – član 71 Zakona. Otvaranje i pregled privremeno oduzetih predmeta i dokumentacije vrši tužilac, koji je o tome dužan obavijestiti branioca, mada odsustvo branioca ne sprečava otvaranje³⁶.

(3) Položaj i prava osumnjičenog i njegovog branioca kada je protiv osumnjičenog određen pritvor (uključujući lica lišena slobode). Osnovna prava osumnjičenog data su u član 6 Zakona. Dodatna prava osumnjičenog u vezi sa pritvorom odnose se na:

(a) Prava osumnjičenog kod zadržavanja i lišenja slobode od strane policijskog organa (Zakon nalaže hitno postupanje, te postavlja krajnje rokove zadržavanja takvog lica, odnosno krajnje rokove za postupanje nadležnih organa: sprovođenje tužiocu najkasnije u roku 24 sata, a izuzetno za slučaj terorizma u roku 72 sata). Nakon što mu lice lišeno slobode bude privedeno, tužilac je dužan bez odlaganja ispitati takvo lice, te odlučiti da li će ga pustiti na slobodu ili staviti prijedlog za određivanje pritvora. Ukoliko sudiji za prethodni postupak bude stavljen prijedlog za određivanje pritvora, on će u roku 24 sata ocijeniti postojanje uslova, te će ukoliko se ne složi sa prijedlogom tužioca, donijeti rješenje kojim se prijedlog odbija i lice odmah pušta na slobodu, a tužilac može izjaviti žalbu (ne zadržava izvršenje rješenja) vijeću.

(b) Pravo odbrane na uvid u dokaze tužioca. Osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo na uvid u sve dokaze prikupljene u istražnom postupku, a koji su doveli do određivanja pritvora - da bi se mogli suprostaviti navodima tužioca o postojanju osnovane sumnje.

(c) Prava pritvorenika: pritvor se izvršava na način da se ne vrijeđa lice i dostojanstvo pritvorenika (član 141); pritvorenici se smještaju u prostorije odgovarajuće veličine koje udovoljavaju potrebnim zdravstvenim uslovima (član 142); imaju pravo na osmosatni neprekidni odmor u vremenu od 24 sata (član 143); pravo na posjete lica po svom izboru, osim u slučajevima kada sudija za prethodni postupak donese pisanu odluku o

³⁵ Članom 69 Zakona predviđeno je pravo žalbe svih lica od kojih se privremeno oduzima predmet, odnosno imovina. Žalba u ovom slučaju ne odlaže privremeno oduzimanje predmeta i dokumentacije. Takođe, i u članu 72 stav 6 Zakona predviđeno je pravo na žalbu protiv rješenja kojim sud naređuje pravnom ili fizičkom licu da privremeno obustavi izvršenje finansijske transakcije za koju postoji sumnja da predstavlja krivično djelo ili da je namijenjena izvršenju krivičnog djela, da služi prikrivanju krivičnog djela ili prikrivanju dobiti ostvarene krivičnim djelom, koju sud može da izda na osnovu odredbe stava 4 istog člana.

³⁶ Ovo obavještenje se odnosi i na osumnjičenog koji nema branioca.

zabrani određenih posjeta zbog njihovog štetnog djelovanja na tok postupka i pravo na slobodne i neometane veze sa braniocem (član 144 Zakona).

ULOGA SUDA U ISTRAZI

Stupanjem na snagu novih zakona o krivičnom postupku u BiH, sud je, s jedne strane, postao svojevrsni kontrolor istrage u situacijama kada istražne mjere i radnje, koje preduzimaju tužilac ili ovlašćena službena lica ograničavaju prava i slobode građana. S druge strane, sud je, u stvari, jedini zakonski mehanizam za izvođenje istražnih mjera i radnji kojima se ljudska prava i slobode građana ograničavaju, čime se obezbjeđuje zakonitost na taj način prikupljenih dokaza.³⁷ Dakle, uloga suda je u kontroli poštovanja ljudskih prava i sloboda u istražnom postupku od strane tužioca ili ovlašćenog službenog lica u slučajevima kada se primjenjuju mjere i radnje kojima se ta prava i slobode ograničavaju, i to u cilju pribavljanja dokaza koji se, bez primjene tih ograničenja, ne bi mogli pribaviti. Osim toga, obezbjeđuje se prisustvo osumnjičenog u postupku i uspješno vođenje krivičnog postupka - ocjenom opravdanosti preduzimanja takvih radnji i mjera s obzirom na cilj istrage i postojeće okolnosti koje sudu dokumentuje tužilac.

U ovoj fazi krivičnog postupka sud ne vrši kontrolu osnovanosti vođenja istrage, iako posredno daje ocjenu osnovanosti određenih zaključaka tužioca. Dakle, sud se u fazi istražnog postupka stara o ostvarivanju prava na odbranu osumnjičenog, naročito u slučajevima kada je od suda u istražnom postupku zatražena određena sudska intervencija, zasnivajući svoje odluke (naredbe i rješenja) na ostvarivanju ciljeva krivičnog postupka (ocjenom stepena ograničenja prava osumnjičenog na osnovu predloženih činjenica o osnovanosti i opravdanosti preduzimanja određene istražne radnje i mjere, kojom se ograničava neko od prava i sloboda građana).

Uloga suda u istražnom postupku uglavnom se odvija kroz aktivnosti sudije za prethodni postupak koji donosi naredbe i rješenja, i to po prijedlozima tužioca ili ovlašćenih službenih lica i odlučuje po zahtjevima osumnjičenog u vezi sa tim prijedlozima. Jedna od specifičnih uloga suda u istražnom postupku je sudska obezbjeđenje dokaza u kojem sud uzima aktivnije učešće u obezbjeđivanju dokaza za koje postoji opasnost da se u vrijeme suđenja neće moći izvesti pred sudom. Tu se, naime, radi o izuzetnim situacijama u istražnom postupku u kojima se sud prije suđenja stavlja u poziciju organa pred kojim se izvodi određeni dokaz i na taj način obezbjeđuje kontradiktornost krivičnog postupka - kada se osnovano može očekivati da određeni dokaz na suđenju neće biti moguće izvesti ili će njegovo izvođenje biti znatno otežano (član 223 Zakona).

³⁷ Milošević i Tirić, str. 67.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Uopšteno, kada je riječ o načinu na koji Zakon reguliše funkcije različitih subjekata u istrazi, postoji određeni nedostatak jasnoće i razlikovanja. Kao rezultat, u određenoj je mjeri praktičarima prepušteno da sami odrede ko će obavljati koje zadatke. Usljed toga su se razvili različiti regionalni modeli. Taj razvoj ide na štetu djelotvornosti postupka, kao i vladavine prava. Procesno pravo mora konkretno i jasno odijeliti funkcije policije i tužilaca.

Cilj takođe treba da bude da se omogući policiji i tužilaštvu da međusobno sarađuju. To ne znači da oni odlučuju o tome kako će „podijeliti posao“. Policija i tužioci bi trebali sarađivati na osnovu zajedničkog razumijevanja njihovih odvojenih uloga.

Jedan od preduslova za djelotvornu saradnju je trajna zajednička evaluacija zajedničkih postignuća, i to na temelju dogovorenih pokazatelja učinka. Danas policija smatra predmet riješenim u trenutku kada ga preda tužilaštvu. Ako se kasnije ispostavi da prikupljeni dokazi nisu dovoljni za osuđujuću presudu, to može uzrokovati određene frustracije na obje strane.

Konačno, u demokratskom društvu nepovjerenje u policiju nije dobra osnova za razvoj „zdravih“ odnosa između policije i zajednice. Stoga bi, s jedne strane, trebalo ukinuti neka ograničenja u odnosu na dopustivost dokaza koje je prikupila policija, a, s druge, izvršiti određene mjere institucionalne reforme, a posebno učiniti znatne napore kako bi djelotvorno povećao nivo profesionalnosti, transparentnosti i odgovornosti policije. U drugom kontekstu je institucionalna reforma potrebna kako bi osigurala opštu ravnotežu mjera: neophodno je ojačati vanjsku nezavisnost tužilaštava, kao i unutrašnji nadzor u tužilaštvima. Najzad, neophodno je i ojačati kapacitet sudova za kontrolu istrage, te bolje zaštititi prava osumnjičenih i žrtava.

LITERATURA

- Beulke, W., *Strafprozessrecht*, C.F. Muller, 2005;
- Bologna, J. and Shaw, P., *Corporate crime investigation*, Butterworth-Heinemann, 1997;
- Bubalo, T., *Novela Zakona o krivičnom postupku BiH od 17. juna 2008. godine*, „Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu“, Zagreb, broj 2/08;
- Chalmers, D. and Monti, G., *European Union Law: updating supplement*, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2008;
- Dingwall, G. and Davenport, A., *The Evolution of Criminal Justice Policy in the UK*, in Harding/Fennell/Jörg/Swart (ed.), *Criminal Justice in Europe - A Comparative Study*, 1995;

Geck, A., Die Zusammenarbeit von Polizei und Finanzbehörde, u: Kühne, Eberhard (Hrsg.), Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Aktuelle Aufgaben für Ausbildung und Strafverfolgung; Referate der Arbeitstagung vom Oktober 2003 in Rothenburg/OL., Fachhochschule für Polizei Sachsen, 2004;

Horvatić, Ž. i Cvitanović, L., Politika suzbijanja kriminaliteta, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1999;

Jörg, N., Field, S. and Brants, C., Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging? in Harding/Fenell/Jörg/Swart (ed.), Criminal Justice in Europe - A Comparative Study, 1995;

Jurčević, M. i Huremagić, R., Uloga tužioca u istrazi sa posebnim osvrtnom na nadzor tužioca nad radom ovlaštenih službenih lica (<http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?opcija=sadrzaj&kat=12&id=32&jezik=b>);

Jurčević, M., Obuka o krivičnom postupku, Interpretirano izlaganje sudijama i tužiocima Bosne i Hercegovine prezentovano na seminaru, od strane Ministarstva pravde SAD i Evropske unije, održanom od 5. do 10. maja 2003. godine u Sarajevu;

Karas, Ž., Nezakoniti dokazi, "Laserplus", Zagreb, 2006;

Kos, D., Kaznenopravna odgovornost za krivična djela privrednog kriminaliteta, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/00

Krapac, D., Savremeni prethodni krivični postupak – nastanak i glavne značajke, „Naša zakonitost“, Zagreb, broj 2–3/89;

Kröniger S., "Neue" Formen der Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft (Eine bundesweite empirische Bestandsanalyse), "Kriminalistik", broj 10/04;

Krstulović, A., Uloga državnog advokata u savremenom prethodnom postupku, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 1/04;

Ljubanović, V., Državna advokatura – pitanja položaja i zadataka po novom ZKP, s posebnim naglaskom na iskustva prakse, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/00;

Milošević, B. i Tirić, A., Modul 3 - krivična oblast, Principi krivičnog postupka i istraga, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova CEST FBiH i CEST RS, Sarajevo, 2009;

Mršić, Ž., Je li borba protiv korupcije realnost ili iluzija, "Policija i sigurnost", Zagreb, broj 3-4/06;

Novosel, D., Tok krivičnog postupka – kazneni progon i istraga, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/08;

Novosel, D. i Dundović, D., Saradnja državnog advokata i policije u predistražnom (prekrivičnom) postupku, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/06;

Novosel, D. i Pajčić, M., Državni advokat kao gospodar novog prethodnog krivičnog postupka, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/09;

Orlović, A. i Pajčić, M., Policijski izvidi krivičnih djela privrednog kriminaliteta, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/07

Pavišić B., Krivični postupak u Republici Hrvatskoj: pogled na reformu iz 1997. godine s posebnim osvrtom na predistražni postupak i istragu, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/00;

Perrodet, A., The public prosecutor, in Delmas-Marty/Spencer (ed.), European Criminal Procedures, 2002;

Sačić, Ž., Primjena prikrivenih posebnih izvidnih mjera za suzbijanje organizovanog i drugog teškog kriminala na području Republike Hrvatske, "Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu", Zagreb, broj 2/00;

Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D. i Simović, M., Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, DES Sarajevo, Sarajevo, 2005;

Sijerčić-Čolić, H., Prikrivene istražne radnje u borbi protiv organizovanog kriminaliteta – primjer Bosne i Hercegovine, „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu“, Split, broj 4/09;

Simović, M., Krivično procesno pravo II (krivično procesno pravo – posebni dio), Pravni fakultet, Istočno Sarajevo, 2010;

Tegeltija, M. et. al., Modul 1 - krivična oblast, Istražni postupak, Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH, Javna ustanova CEST FBiH i CEST RS, Sarajevo, 2006;

Tomašević, G., Krivično procesno pravo – opšti dio, Pravni fakultet u Splitu, Zavod za krivičnopravna i kriminološka istraživanja „Ivan Vučetić“, Split, 2009;

Trechsel, S. and Summers, S., Human Rights in Criminal Proceedings, „Oxford University Press“, 2005.

Miodrag N. Simović

Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka and President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Marina M. Simović-Nišević, M.A.,

the Indirect Tax Administration of BiH, doctoral candidate

INVESTIGATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

New approach in crime suppression raises many complex issues in criminal proceedings arrangement. Current reforms of criminal proceedings follow contemporary trends in the field of fight against corruption and organized crime and active development in the area of rights and freedoms protection. Bosnia and Herzegovina has recently entered the period of long-reaching changes in the process of uncovering and proving criminal offenses and interfering with basic human rights and freedoms. The goal of all of these changes can be represented as: more efficient fight against rising corruption and organized crime; incorporating new methods of fight against complex forms of contemporary crimes; speeding up of the criminal proceedings; simplification of criminal procedure for minor criminal offenses; protection of human rights and freedoms and harmonization of criminal regulations within Bosnia and Herzegovina.

By the Criminal Procedure Codes of Bosnia and Herzegovina for 2003 changes have been achieved in those procedural norms and institutes that are related to uncovering of criminal offenses and their perpetrators, thus in part of criminal proceedings marked as investigation. Viewed as a whole, investigation as a part of preliminary proceedings is structured primarily on inquisitory and only certain accusatory elements. Thus, the prosecutor orders and conducts investigation independently rather than the court which implies that it carries out criminal prosecution but also investigation of criminal offense. In that sense, these laws depart from concept of investigative judge and conduct of investigation entrusted to prosecutor as well as to police, customs, tax and other authorities that must undertake their activities in accordance with the law and under supervision of the prosecutor. Rights and duties of the prosecutor during investigation and its relation towards other authorities in the stage of uncovering criminal offense are of special significance considering that results of trial to a considerable extent depend on well conducted and successful investigation as a beginning stage of criminal proceedings. Role of a judge in this stage of criminal proceedings comes into play in the event of application of procedural coercion measure and restriction of certain basic rights and freedoms of a suspect.

Keywords: *investigative procedure, criminal procedure, prosecutor, authorized official person, suspect, crime, prosecutor supervising.*

Dr. Nada Bakić

Assistant Professor

School of Law, University Luzern

UDK: 323.1:329.15 323.1(497.11)

Pregledni naučni rad

MANJINSKA POLITIKA U KOMUNIZMU I DANAŠNJOJ SRBIJI

Socijalistička Jugoslavija već dugi niz godina ne postoji. Uzroke raspada treba tražiti pre svaga u jugoslovensko-komunističkoj politici i ustavnom uređenju države.

Pitanje koje će se ovde obraditi je kakav je odnos države Srbije prema pravnom nasleđu komunizma? Da bi dali odgovor na ovo pitanje potrebno je sagledati državno-pravni sistem i politiku od 1940 pa do 90tih godina, videti koje pojave, prava i instituti su tekovine komunizma i da li se država Srbije oprostila od njih ili su oni još uvek prisutni.¹ Teza ovog rada je da je komunističko nasleđe ne samo nekritično prihvaćeno u današnjem državno-pravnom sistemu Srbije, već da je doživelo i dalji razvoj. Teze će biti prikazane u oblasti manjinske politike u vreme komunizma i danas.

Ključne reči: manjinska politika; komunizam, raspad SFRJ, današnja Srbija,

Tekovine jugoslovenskog federalizma u Srbiji

Već pri stvaranju države odlučilo se na II zasedanju AVNOJ-a 1943 da će socijalistička Jugoslavija biti federalna država, da će postojati pet konstitutivnih naroda (Srbi, Hrvati, Slovenci, Makedonci i Crnogorci) i svih pet naroda treba da poseduju teritorijalnu autonomiju. Kroz jemčenje teritorijalne autonomije trebalo je da dođe do ostvarenja prava na samoopredeljenje nacija. Time su još 1943 tad još nepostojećim nacijama date teritorije i pravo na secesiju, a po nastanku države 1945. krenulo se u istorijski projekat stvaranje tih nacija.

O jugoslovenskom federalizmu je napisano puno, kako u vreme njegovog postojanja, tako i nakon raspada federacije.² On je bio zamišljen

¹ Detaljnije o ovoj temi u: Bakić, Nada: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, Zürich 2010, str. 161 id.

² Vidi: Beckmann-Petey, Monika: Der jugoslawische Föderalismus, München 1990.; Beckmann-Petey: Erfahrungen mit dem gescheiterten Föderalismus in Jugoslawien, u: Brunner, Georg/Lemberg, Hans (izd.): Volksgruppen in Ostmittel- und Südosteuropa, Südosteuropa-Studie, tom 52, str. 173-186; Samardžić, Slobodan: Föderalismus in der

kao koncept za prevazilaženje nacionalnih problema po ugledu na Sovjetski Savez.³ Nacionalna jednakost je trebala da se uspostavi na osnovu teritorijalne podele države na republike i provincije.⁴ Jugoslovenske nacije su dobile republike, a manjine pokrajine.⁵

Saveznim Ustavom iz 1946 uveden je etnički federalizam.⁶ Stvorena je savezna država koja je bila podeljena na šest federalnih jedinica (Republika). Svaka "nacija" je dobila svoju republiku. Teritorije republika nisu male istorijsko opravdane, a granice su bile samovoljno povučene. Etnički federalizam postojao je samo u imenu, jer kod podele zemlje na republike nije uzeta u obzir stvarna etnička rasprostranjenost stanovništva, već je šta više ignorisana.

Saveznim ustavima federalizovana je i Republika Srbija, i to samo ona od svih jugoslovenskih republika. Republika Srbija je bila pored centralne Srbije podeljena još na dve pokrajine (Vojvodinu i Kosovo i Metohiju).⁷ Pokrajine su bile pod suverenosti Republike Srbije i time su morale biti i njeno unutrašnje pitanje. Međutim položaj pokrajina i njihova ovlašćenja bila su regulisana Saveznim ustavima, tako da Republika Srbija nije mogla da odlučuje o uređenju svoje teritorije.⁸ Sa svakim novim

Schweiz und in Jugoslawien, Verfassungskonzepte und politische Institutionen, u: Samardžić, Slobodan/Fleiner, Thomas (izd.): *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften, Eine vergleichende Analyse über die Schweiz und Jugoslawien*, Fribourg i Ÿ. 1995, str. 99-166; Samardžić, Slobodan: *Yugoslav Federalism: Unsuccessful Model of a Multi-National Community*, u: *Indian Journal of Federal Studies*, New Delhi 2002, str. 66-86; *Probleme des Föderalismus*, Referate auf dem Symposium „Föderalismus in der SFR Jugoslawien und in der Bundesrepublik Deutschland – ein Vergleich“, Sekelj, Laslo: *Kulturna prava nacionalnih manjina*, u: Macura, Miloš/Stanovčić, Vojislav (izd.): *Položaj manjina u Saveznoj Republici Jugoslaviji*, Beograd 1996, str. 185.

³ Brunner, Georg: *Der Schutz ethnischer Minderheiten in Osteuropa*, u: Brunner, Georg/Camartin, Iso/Harbach, Heribert/Kimminich, Otto (izd.): *Minderheitenschutz in Europa*, Heidelberg 1985, str. 68 id.; Beckmann-Petey: *Der jugoslawische Föderalismus*, str. 45.

⁴ U jugoslovenskom federalizmu ležao je uzrok problema u državi. Vidi: Samardžić: *Föderalismus in der Schweiz und in Jugoslawien*, u: Samardžić/Fleiner (izd.), str. 132; Terzić, Slavenko: *Pravno na samoopredeljenje i srpsko pitanje*, u: Spasovski, Milena (izd.): *Etnički sastav stanovništva Srbije i Crne Gore i Srbi u SFR Jugoslaviji*, Edicija etničkog prostora Srba, Knjiga 1, Beograd 1993, S. 9-15; Fleiner-Gerster: *Legal Instruments and Procedures to Prevent and Solve Ethnic Conflicts*, u: Grigorova-Mincheva, Lyubov (izd.): *Comparative Balkan Parliamentarism*, Sofia 1995, str. 99 id.

⁵ Ratković, Radoslav: *Die ideologischen Grundlagen des jugoslawischen Föderalismus*, u: *Probleme des Föderalismus*, Referate auf dem Symposium „Föderalismus in der SFR Jugoslawien und in der Bundesrepublik Deutschland – ein Vergleich“ vom 19-21. März 1984, Tübingen 1985, str. 17 id.

⁶ Vidi čl. 1 i 2 SuSFRJ 1946.

⁷ SuFNRJ od 1946 je predvideo u Srbiji pokrajinu Vojvodinu i oblast Kosovo i Metohiju. Kroz ustavne promene 1968 oblast Kosovo i Metohija postaje pokrajina.

⁸ Obe srpske pokrajine su sa ustavnim promenama Saveznog ustava iz 1963 dobile de facto položaj republika.

Saveznim ustavom pokrajine su dobijale veća ovlašćenja, a Republika Srbija nije mogla da svoje unutrašnje prilike uredi kako ona želi. Time su ovlašćenja pokrajina ograničavala suverenosti Republike Srbije i bila smetnja ostvarenju njene pune suverenosti.

Kao razlog za stvaranje ovih pokrajina unutar Srbije navedeno je da je to učinjeno da bi se manjinama garantovala kulturna, politička i upravna prava i time ostvario princip ravnopravnosti.⁹ Ako se pogleda etnička struktura stanovništva iz vremena komunizma, vidi se da su etnički heterogene oblasti postojale i u drugim delovima tadašnje Jugoslavije (npr. u Istri, Bosni i Hercegovini itd.) ali je odlučeno da se samo manjinama u Srbiji pristupi njihovoj zaštiti na ovaj način.¹⁰ Postavlja se pitanje ako se već odlučilo za teritorijalni princip zaštite manjina, zašto on onda nije sproveden na celoj teritoriji Jugoslavije.¹¹ Razlog je bio što su Srbi bili najveći narod u Jugoslaviji. Položaj srpskog naroda i eventuelno njegovo demokratsko buđenje nosio je veliki rizik po komunističku vlast. Pošto se u državi nije demokratski vladalo, morao se naći drugačiji sistem kojim će se najveći narod staviti pod kontrolu. Kroz sistem manjinske zaštite formiran je takav državnopravni sistem, po kome narod Republike Srbije nije mogao da bude suveren i suvereno odlučuje, npr. sve druge Republike mogle su kroz Parlament da donesu odluke i one su bile konačne. Zbog prava veta pokrajina moglo se dogoditi da srpski parlament donese odluke, a one da ne budu konačne.¹² Stvoren je jedan perfidan sistem u kome su manjine korištene da bi se kontrolisala većina.

Komunistički sistem stvorio je još jedan manjinski problem kojem nije pridavan nikakav značaj. Kroz proizvoljno povučene granice Srbi su postali faktička manjina u svim republikama, a pri tome nisu imali nikakva prava. Tako su Srbi u Jugoslaviji bili najveća manjina bez bilo kakvih prava.

⁹ Vidi Đorđević, Jovan: Ustavno pravo, 3 izdanje, Beograd 1972, str. 96.; Djordjević, Jovan: Die föderale Ordnung, ihre Formen und Strukturen in Jugoslawien, u: Probleme des Föderalismus, str. 104; Drašković, Milivoje: Die sozialistischen autonomen Provinzen als spezifisches Element der föderalen Struktur Jugoslawiens, u: Probleme des Föderalismus, str. 191-197.

¹⁰ Špadijer, Balša: Politički sistem Jugoslavije i manjinsko pitanje, u: Macura/Stanočević (izd.), str. 140 id.

¹¹ Slična teritorijalna autonomija nije bila garantovana u drugim republikama, iako je bilo razloga za nju. Predlozi za ovakvu autonomiju u drugim republikama su postojali, npr. u Hrvatskoj, ali se iz straha da bi to moglo da rasplamsa hrvatski nacionalizam odustalo se od toga. Trbovich, Ana S.: A Legal Geography of Yugoslavia's Disintegration, Oxford 2008, str. 147 id.

¹² Republika Srbija nije imala pravo da osnuje pokrajinu, da postojeće ukine ili njihove granice promeni. Srpske pokrajine mogle su da blokiraju odluke srpskog parlamenta na tri načina: jedan je kroz veto na saveznom nivou, drugi kroz blokiranje odluka samih organa Republike Srbije i treći način je taj što su mogle da iniciraju postupak pred Saveznim ustavnim sudom koji bi ocenjivao odluke srpskog parlamenta.

Koliko se Srbija danas udaljila od ovog komunističkog modela? Malo. Pokrajina Vojvodina kao komunistička tvorevina postoji i dalje. Ona nema prava veta, ali proširenje njenih prava je stalna tema u državi. Samo postojanje Pokrajine Vojvodine diskriminiše ostatak Srbije. Npr. prava stanovnika Vojvodine su u državi dva puta reprezentovana. Jednom od poslanika Vojvođanskog parlamenta i jednom u parlamentu Srbiji. Prava ostalih građana Srbije su zastupljena samo jednom i to samo u parlamentu Srbije. Time su građani Vojvodine privilegovani, a privilegije koje se daju samo jednom delu stanovništva, bez bitnih razloga koji ih opravdavaju, diskriminišu ostale građane.

Vojvodina ima svoje organe vlasti, a Parlament je jedan od njih. Parlament je nosilac suverenosti i zakonodavni organ, a vojvođanski Parlament danas ne može da donosi zakone. Zbog njegovog postojanja umnožavaju se glasovi da mu se dodeli zakonodavna funkcija. Polazi se od logične konstatacije, da ako postoji mora i da ima svrhu koja mu je namenjena. Njegovo pravo da donosi zakone narušilo bi jedinstven pravni poredak iz čl. 4 Ustava iz 2006. Onda se postavlja pitanje zašto uopšte postoji taj parlament. Postoji jer je država slaba i nema snage da ga ukine. Vojvođanski Parlament je recidiv prošlosti, izvor konflikta, a za njegovo postojanje nema opravdanja.

Primer pokrajine Vojvodine pokazuje da se organi i sistem vlasti iz perioda komunizma i dalje održavaju; da još nije sagledana šteta i opasnost koja je iz tog sistema nastaje po državu.

Manjinska politika

Jugoslavija je od kraja II. Svetskog rata do raspada Jugoslavije¹³ vođena od Saveza komunista, tako da se u tom periodu ne može govoriti o srpskoj, već samo o jugoslovenskoj manjinskoj politici. Ipak ta vremenska epoha pripada srpskoj manjinskoj politici i njenoj istoriji.¹⁴

¹³ „Nacionalno pitanje“ bilo je u centru interesa jugoslovenskih komunista od osnivanja KPJ 1919. Vidi: Haberl, Othmar Nikola: *Parteiorganisation und nationale Frage in Jugoslawien*, Berlin 1976; Schweissguth, Edmund: *Jugoslawien*, u: Maurach, Reinhart/Rosenthal, Walther (izd.): *Fragen des mitteleuropäischen Minderheitenrechts*, tom 18, Herrenalb 1967, str. 41 id.

¹⁴ Jugoslovenski komunisti polazili su od toga da je Jugoslavija multietnička država, u kojoj žive različiti narodi i narodnosti (manjine). Srpski ustavi pratili su terminologiju Saveznih ustava. Po shvatanju jugoslovenske ustavne nauke do 1963 pravilo se razlikovanje između „nacija“ i „nacionalnih manjina“. U Saveznom Ustavu SFRJ iz 1963 izraz „nacionalna manjina“ se napušta i preuzima termin „narodnost“. Razlog je bio što se smatralo da pojam „nacionalna manjina“ znači da „manjina“ svoja prava dobija od „većine“ i ne poseduje originalna prava i što je ovaj izraz za tadašnje teoretičare zvučao diskriminatorski. Pojam „narodnost“ je trebao formalno da simbolizuje punu ravnopravnost sa nacijama i naglasi da u državi ne postoji manjina, već da su svi građani u pravima i obavezama jednaki. U ustavnim tekstovima se pojam „narodnost“ poslednji put pominje u srpskom Ustavu iz 1990, čime je bio u upotrebi do donošenja novog Ustava iz 2006. U srpskom Zakonu o manjinama iz 2002

Položaj manjina u Jugoslaviji je samo delimično zavisio od njihovog držanja tokom II. Svetskog rata. Manjinska politika je bila ideološki obojena, pa je priznanje jedne grupe stanovništva kao manjine zavisilo da li je matica neke manjine bila uređena kao komunistička ili kapitalistička država. Jedino je na položaj nemačke manjine posle rata uticalo njeno držanje tokom II. Svetskog rata. Njihova bezrezervna podrška fašizmu¹⁵ imala je za posledicu da su izgubili pravni položaj manjine. Skoro svi pripadnici mađarske, albanske¹⁶ i bugarske manjine su stajali na strani fašista, ali iz razloga komunističke solidarnosti sa komunistima na vlasti u njihovim zemljama maticama, njima je i dalje garantovan položaj manjina. Pripadnici ove tri manjine su ostali da žive u Jugoslaviji. Šta više pripadnicima albanske manjine, koja je pre, u toku i posle II. Svetskog rata neprijateljski bila nastrojena prema državi, dodeljena je autonomija. Ostalim manjinama je garantovana ravnopravnost u zemlji i one su uživale velika prava i široku podršku.¹⁷

Politika u odnosu na „narode i narodnosti“ komunističke partije Jugoslavije počivala je na marksističko-lenjinističkoj politici Sovjetskog Saveza.¹⁸ Tvrdeno je da su nerešena nacionalna i manjinska pitanja posledica diskriminacije svojstvene kapitalističkim društvima,¹⁹ da su samo komunistička društva bez diskriminacije i da je samo u njima moguća prava jednakost.²⁰ Komunistička doktrina je osporavala naciji svaku vrednost²¹ i verovalo se u nadnacionalno društvo u kome su nacije izumrle, nacionalna država prestala da postoji, a na njeno mesto stupila komunistička država.²²

ne upotrebljava se izraz “narodnost”, iako se u srpskoj pravnoj literaturi razlikovanje na “nacije i narodnosti” još uvek koristi. Vidi: Gabrić-Molnar, Irena u: Stanovčić (izd.): Položaj nacionalnih manjina u Srbiji, str. 509.

¹⁵ Svi vojno sposobni muškarci od 16 do 60 godina, pripadnici nemačke manjine stavili su se u službu fašističke Nemačke. Straka, Manfred: Handbuch der europäischen Volksgruppen, Beč 1970, str. 404.

¹⁶ Reuter, Jens: Die Albaner in Jugoslawien, München 1982, str. 33 id.

¹⁷ Na manjinskim jezicima sprovodilo se opismenjavanje, obrazovanje od osnovne škole do univerziteta, sudovi i uprava je koristila manjinske jezike, postojali su nebrojana kulturna udruženja manjina.

¹⁸ Više o sovjetskoj manjinskoj politici u: Meissner, Boris: Nationalitätenfrage und Sowjetideologie, u: Brunner, Georg/Meissner, Boris (izd.): Nationalitäten-Probleme in der Sowjetunion und Osteuropa, Köln 1982, str. 11-44; Meissner: Die „nationale Frage“ in marxistischer und leninistischer Sicht, str. 9-31, u: Schönfeld, Ronald (izd.): Nationalitätenprobleme in Südosteuropa, tom 25, München 1987, S. 9-31.

¹⁹ Vidi: Schulz, Werner: Grundfragen des Minderheitenschutzes in Ostmittel- und Südosteuropa, u: Maurach, Reinhart/Rosenthal, Walther (izd.): Fragen des mitteleuropäischen Minderheitenrechts, tom 18, Herrenalb 1967, str. 7-32.

²⁰ Stalin, J.: Der Marxismus und die nationale und koloniale Frage, Berlin 1955, str. 37 id.

²¹ Vidi: Stalin: Der Marxismus und die nationale und koloniale Frage, str. 32.

²² Politika jugoslovenskih komunista bila je nekonsekventna. Polazili su od toga da je Jugoslavija multinacionalna zajednica u kojoj komunizam kao politički sistem predstavlja integracionu snagu države. Pri tome je KPJ samo na početku bila nadnacionalna partijska

Kako su tvrdili komunisti oni su se zalagali za prekid ugnjetavanja svih naroda i manjina koji u Kraljevini Jugoslaviji nisu bili priznati kao takvi. Politika u odnosu na "narode i narodnosti" imala je za cilj održanje komunističkog sistema na vlasti,²³ a bila je sročena u principu "ravnopravnosti naroda i narodnosti".²⁴ Njegovim ostvarivanjem trebalo je, da se sva prava garantovana narodima garantuju i manjinama.²⁵

Članom 203 stav 1 Ustava SFRJ iz 1974 određeno je da se manjinska prava primenjuju bez ograničenja i one se izjednačavaju sa nacijama u svim društvenim poljima.²⁶ Posledica ovoga je bila široka primena manjinskih prava. Time je trebalo pridobiti manjinsko stanovništvo za komunistički sistem i istovremeno drugim kapitalističkim državama demonstrirati kako u komunističkim društvima ne postoje nacionalni konflikti. Kroz ovakvu politiku verovalo se tada da su nacionalni problemi rešeni i međuetničke napetosti prevaziđene.²⁷ Iz ove politike manjine su bile stvarni dobitnici.

organizacija. 1969 odlučeno je da i ona treba da bude federativno organizovana, tako da svaka republika ima svoju komunističku partiju. Pošto se u Jugoslaviji radilo o etničkom federalizmu, znači i partija je bila etnički organizovana. Federalizacija KP je stajala u suprotnosti sa ideologijom koju su zastupali o nadnacionalnoj komunističkoj državi. Vidi: Haberl, str. 29. U zemlju se plediralo na nacionalnu ravnopravnost, sa istovremenim propagiranjem marksističke ideje o nestanku nacija. Vidi: König, Matthias: The Situation of Minorities in the Federal Republic of Yugoslavia. Towards an Implementation of the Framework Convention of the Protection of National Minorities, ECMI Working Paper 11, 2001, str. 5; Haberl, str. 10 id.; Meissner: Nationalitätenfrage und Sowjetideologie, u: Brunner/Meissner (izd.), str. 12.

²³ I spoljna politika Jugoslavije u odnosu na tadašnje „jugoslovenske manjine“ koje su živjele u inostranstvu bila je samo instrument komunističke politike. Komunisti su zalagajući se za prava slovenačke manjine u Austriji i Italiji, iz razloge jer su one bile kapitalističke zemlje dovodili odnose sa tim zemljama do usijanja. Istovremeno srpska manjina u Albaniji i Rumuniji bila je totalno zaboravljena. Vidi: Špadijer, Balša: Politički sistem Jugoslavije i manjinsko pitanje, u: Macura/Stanočević (izd.), str. 138.

²⁴ Ovaj princip je najpre bio garantovan u Saveznom ustavu iz 1963 od čl. 145 do 148. On nije važio samo kao princip koji se primenjivao u oblasti manjina, već je kroz Savezni ustav iz 1974 uzdignut na nivo državnih principa, vidi čl. 1, 3, 4 i 245 SuSFRJ iz 1974. Njegovo sprovođenje reflektiralo se i u ustavnim tekstovima, umesto izraza "nacija" koristen je izraz "naroda i narodnosti". Vidi: Izveštaj poslaničke grupe Veća naroda o ostvarivanju ravnopravnosti jezika i pisma u radu saveznih organa i odredbama saveznih propisa vom 18. 10. 1968, u: Đurović, Dragoljub (izd.): Ravnopravnost jezika i pisma naroda i narodnosti Jugoslavije, Beograd 1969, str. 37 id.

²⁵ Rajić, Ljubiša: Jezička ravnopravnost i opštenje u Jugoslaviji, u: Petrović Vljako (izd.): Marksistička misao, br. 5-6, Beograd 1987, str. 126; Vidi: Čok, Vida: Uvod, u: Basta, Lidija/Čavoški, Kosta, Vida/Dabić, Ljubiša/Despot, Milivoje/Krivokapić, Boris/Radović, Zorica/Teslić, Sanvila/Vranjanac, Dušan (izd.) Pravo i pravo na upotrebu jezika, Beograd 1989, str. 15 id.

²⁶ Izuzetak je da manjine nisu imale pravo na samoopredeljenje i time pravo na secesiju. Vidi: Ratković: Die ideologischen Grundlagen des jugoslawischen Föderalismus, u: Probleme des Föderalismus, str. 17-21.

²⁷ Jončić, Koča: Nacionalne manjine u Jugoslaviji, Beograd 1962, str. 29 id.

Manjinska politika bila je temeljena na “principu ravnopravnosti naroda i narodnosti”. Neka racionalna granica ravnopravnosti nije postojala. Osim što se stalno radilo na postizanju idealne ravnopravnosti u svim oblastima društvenog života, u mnogobrojnim normama manjinske zaštite, nije se mogao prepoznati cilj ove politike.²⁸ Ni integracija ni asimilacija nisu bili ciljevi manjinske politike. U stvarnosti radilo se na osamostaljivanju i po-državljanju manjina. Kao njen krajnji rezultat nastalo je jezičko i kulturno udaljšavanje različitih grupa stanovništva. Etničke granice su rasle, a u nekim slućajevima došlo je i do getoizacija.²⁹ Kroz stvaranje pokrajine Kosovo i Metohija srpski Albanci su dobili toliku podršku da je probuđena želja za sopstvenom državom. Država Srbija im je postala suvišna.

Kakva je manjinska politika danas u Srbiji? Ona se temelji na istim pravima i principima kao u vreme komunizma, a to su: pravo na slobodno nacionalno opredeljenje (ćl. 47 Ustava 2006), pravo na slobodnu upotrebu jezika i pisma (ćl. 79 stav 1 sem 3 Ustava 2006) i na pravu na ravnopravnosti (ćl. 21 i ćl. 76 Ustava 2006). Ne postoji znaćajan problem u samom tekstu ovih ćlanova. Problem je u tumaćenju i primeni ovih prava, koje je u kontinuitetu sa pravnim shvatanjem iz vremena komunizma. Cilj manjinske zaštite danas nije integracija manjina i oćuvanje mira u državi, već ravnopravnost i zaštita manjinskog identiteta, ćl. 14 stav 2 Ustava iz 2006. Ovi ciljevi su kao mećuciljevi opravdani, ali manjinska zaštita treba da služi celom društvu, tako da i njeni ciljevi moraju da odgovaraju dobrobiti celog društva. Ni u Ustavu iz 2006 ni u zakonima nije spomenuta integraciju i oćuvanje mira u državi kao cilj manjinske politike. S obzirom na detaljan stil Ustava, ne definisanje ovog cilja predstavlja njegov veliki nedostatak. Isti pravni stubovi manjinske zaštite postojali su u komunizmu i danas. To je dovelo do daljeg krunjenja većine u državi. Tako su u današnjoj Srbiji nastale nove kategorije manjinskog stanovništva, nastali su novi manjinski jezici i nastale su nove finansijske obaveze države. FaktiĆko stanje u obrazovanju manjina, ostvarivanju njihovih prava u oblasti uprave i sudskim procesima je takvo da ga ni najbogatije države sveta ne bi uspele održati.³⁰ Država garantuje prava, a zbog ne postojanja politike njihovo ostvarivanje se dešava na naćin koje država finansijski i organizaciono ne mođe da podnese. Kuda vodi onda ova politika? Novim konfliktima. Država se se ne bi našla u današnjoj situaciji da je vodila jezićku politiku i definisala šta su njeni interesi.

²⁸ Bugarski, Ratko: Pogled na jezićku politiku i jezićko planiranje u Jugoslaviji, u: Kulturni radnik, br. 1, Zagreb XXXIX, S. 76.

²⁹ Tanasković, Darko: Ravnopravnost jezika i komunikacijski problemi u višenacionalnim zajednicama, u: Petrović, Vljako (izd.): Marksistićka misao, br. 5-6, Beograd 1987, str. 109 id.; Rajić: Jezićka ravnopravnost i opštenje u Jugoslaviji, u: Petrović (izd.): Marksistićka misao, br. 5-6, str. 142.

³⁰ Vidi Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, str. 407 id.

Nacionalna politika

Nacionalna politika u Jugoslaviji odnosila se na jugoslovenske nacije i manjine. Sprovodila se komunistička doktrina o “ravnopravnosti nacija i narodnosti”.³¹ Ova ravnopravnost je našla mesto i u ustavnim tekstovima, gde je korišten izraz “narodi i narodnosti”. Prvo je Savezni ustav iz 1963³² od čl. 145 do 148 jemčio ravnopravnost, koja je kasnije u zakonskim tekstovima razrađivana.³³ Saveznim ustavom iz 1974³⁴ je princip ravnopravnosti nacija i narodnosti podignut na nivo državnog principa.³⁵ Članom 203 stav 1 Ustava SFRJ iz 1974 određeno je da se manjinska prava *bez ograničenja* garantuju i da se manjine u svim društvenim poljima izjednačavaju sa narodima.³⁶ Ostvarivanje ovog člana je pre svega pogađalo Srbiju, jer su se na njenoj teritoriji bile manjine koje su priznate i koje su imale teritorijalnu autonomiju.

Komunističko vođstvo zemlje borilo se protiv svega što je podsećalo na Kraljevinu Jugoslaviju.³⁷ Srbima se zameralo da su se tokom Kraljevine kroz jugoslavizam borili za unitarizam. Da bi se taj unitarizma pobedio bilo je potrebno stvoriti nove nacije i priznati ih kao državotvoren.³⁸ Komunistička partija postavila je sebi za cilj priznanje određenih grupa stanovništva za nacije i radila je na njihovom nacionalnom identitetu i sazrevanju.

Tokom komunizma su iz ideoloških i političkih razloga nastale tri nove nacije. Njihov nastajanje nije bio prirodan proces, već državni projekat na kome su radile skoro sve institucije u zemlji. Stvaranje različitih nacija od strane države u svojoj državi je jako interesantan fenomen ako se zna da države teže da svoje stanovništvo homogenizuju, a ne heterogenizuju. Kroz

³¹ Magocsi, Paul Robert: : The End of the Nation-State?, u: Heuberger, Valeria/Kolar, Othmar/Suppan, Arnold/Vyslonzil, Elisabeth (izd.): Nationen, Nationalitäten, Minderheiten: Probleme des Nationalismus in Jugoslawien, Ungarn, Rumänien, der Tschechoslowakei, Bulgarien, Polen, der Ukraine, Italien und Österreich 1945-1990, tom 2, str. 261 id.

³² Sl. list SFRJ 14/1963.

³³ Vidi: Izveštaj poslaničke grupe Veća naroda o ostvarivanju ravnopravnosti jezika i pisma u radu saveznih organa i odredbama saveznih propisa vom 18. 10. 1968, u: Đurović (izd.): Ravnopravnost jezika i pisama naroda i narodnosti Jugoslavije, str. 37 id.

³⁴ Sl. list SFRJ 9/1974.

³⁵ Vidi: čl. 1, 3, 4 i 245 Ustav SFRJ iz 1974.

³⁶ Rajić: Jezička ravnopravnost i opštenje u Jugoslaviji, u: Petrović, Vlado (izd.): Marksistička misao, br. 5-6, Beograd 1987, str. 126; Čok: Uvod, u: Basta/Čavoški (i.a.): Pravo i pravo na upotrebu jezika, str. 15 id.

³⁷ Po dolasku komunista na vlast svi propisi Kraljevine su stavljeni van snage. To je urađeno odlukom AVNOJ-a od 03. 02. 1945, Sl. list FRNJ 4/1945 i Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 06. 04. 1941 i za vreme neprijateljske okupacije, Sl. list FRNJ 96/47; Vidi: Đorđević: Ustavno pravo, str. 72, 73 id.

³⁸ Milosavljević, Petar: Uvod u srbistiku, 2 izdanje, Beograd 2003, str. 22 id.

njihovo stvaranje država je određene delove stanovništva instrumentalizovala i koristila za postizanje svoji ciljeva.

Opravljanje za stvaranje novih nacija bilo je u svakom slučaju različito.³⁹ Vođena je politika koja je trebala da stvori razlike tamo gde one nisu postojale. Po naredbi komunističke partije je stvaran jezik,⁴⁰ osnivana crkva, podsticano vršenje religije, veličala se istorija. Politikom stvaranja nacija trebalo je određenim delovima stanovništva stvoriti osećaj posebnosti, na njima zasnovati naciju i time ih odvojiti od srpskog naroda. Krajnji cilj ove politike je sprovođenje "principa ravnopravnosti naroda i narodnosti" koji je podrazumevao i brojačno ujednačavanje naroda u državi. Od delova stanovništva koji su pripadali srpskoj naciji krenulo se sa stvaranjem novih naroda. Kroz nastanak novih nacija smanjen je broj Srba u državi i njihova pozicija oslabljena.⁴¹ Time je u zemlji bila sprečena demografska i politička premoć jednog naroda. Iako ove napravljene nacije danas uspešno postoje, njihov identitet je do danas sporan.⁴² Smanjenje jedne nacije kroz odvajanje jednog njenog dela i od njega stvaranje nove nacije je bila poznata metoda komunističke vladavine.⁴³ Pošto komunisti nisu mogli demokratskim sredstvima da kontrolišu stanovništvo i plašili su se srpske nadmoći, stvaranje novih nacija trebalo je da im pomogne u sticanju kontrole u zemlji. Stvaranje nacija bilo je u skladu sa principom *Divide et impera*.⁴⁴ Ova politika imala je još jedan cilj, trebala je da doprinese širenju komunizma, time što bi se pokazala velikodušnost komunističkog sistema prema novim nacijama.

Politika koja je imala za cilja da stvori nove nacije, morala je da ističe razlike. U komunističkom sistemu i jednom kvazi nadnacionalnom društvu nacionalne i religiozne razlike su naglašavana i oštrene. Mesta za politika koja neguje zajedništvo i time se bori za opstanak države nije postojala.⁴⁵ U

³⁹ O komunističkom utemeljenju novih nacija vidi: Vukomanović, Slavko: Jezik, društvo, nacija, Beograd 1987, str. 51 id.

⁴⁰ Voss, Christian: Sprache und Politik auf dem Balkan, Zur Konstruktion nationalsprachlicher Grenzen bei den Südslawen, Gastvortrag am Osteuropa-Institut, FU Berlin, 24. 01. 2006 (<http://userpage.fu-berlin.de/~ulf/Voss.pdf>.)

⁴¹ Vidi: Breznik, Dušan/Sentić, Milica u: Composition and Development of Yugoslavia's Population in Terms of Nationality, u: Dragić, Nada (izd.): Nations und Nationalities of Yugoslavia, Beograd 1974, str. 15-42.

⁴² Vidi: Dejzings, Ger: Religija i identitet na Kosovo, Beograd 2005, str. 202 id.

⁴³ Vidi: Dimitrijević, Vojin: Stare i nove manjine posle „realnog socijalizma“, u: Macura/Stanočević (izd.), str. 332. Vidi: Brunner, Georg: Die Stellung der Muslime in den föderativen Systemen der Sowjetunion und Jugoslawien: Identität, Politik, Widerstand, u: Kappeler, Andreas/Simon, Gerhard/Brunner, Georg (izd.), Köln 1989, str. 158 id.

⁴⁴ Brunner: Die Stellung der Muslime in den föderativen Systemen der Sowjetunion und Jugoslawien, u: Kappeler/Simon/Brunner (izd.), str. 158 id.

⁴⁵ Tek krajem 50tih godina je to delimično promenjeno i sročeno u paroli „bratstvo i jedinstvo“ koja je našla svoje mesto u Ustavu iz 1963. Vidi: Libal, Wolfgang: Das Ende Jugoslawiens, Selbstzerstörung, Krieg und Ohnmacht der Welt, 2. izdanje, Beč 1998, str. 58 id. Kroz ovu parolu došla je do izražaja politika pomirenja i zataškavanja zločina tokom II.

vreme komunizma došlo je do povećanja broja naroda, a rezultat ove politike pokazuje da je nacionalne identitete moguće konstruisati i to u kratkom vremenskom periodu.

Makedonci

Tokom osmanskog osvajanja Balkana geografski pojam „Makedonija“ nije bio poznat, već je stvoren tek krajem 19. veka.⁴⁶ Od tog perioda postoji geografski termin Makedonije, ali ne i označavanje stanovništva kao Makedonci.⁴⁷ Sadašnja teritorija Makedonije je u Srbiji do kraja II. Svetskog rata obeležavana kao „Južna Srbija“ ili „Stara Srbija“. Komunističko vođstvo zemlje odlučuje da u Južnoj Srbiji stvori Republiku Makedoniju i naciju Makedonce.⁴⁸

Jezičkom politikom u Jugoslaviji sprovedeni su ideoloski motivi.⁴⁹ Kao i sovjetska, tako i jugoslovenska politika je iz ideoloskih razloga stvarala i kodifikovala jezike.⁵⁰ Pošto jezik ima utica na stvaranje, sazrevanje i održanje naroda, odlučeno je da osnovu makedenskog identiteta čini makedonski jezik.⁵¹ 1944 godine odlučuje Antifašističko veće narodnog oslobođenja Makedonije da makedonski narodni jezik bude službeni jezik.⁵² Normalno jedan jezik postaje službeni jezik tek kad je dovoljno izgrađen, da se može govoriti o postojanju standardnog jezika. U trenutku odluke da makedonski narodni jezik bude službeni jezik, nije bilo moguće govoriti o

Svetskog rata, što je značilo da zločini fašističkih pomoćnika iz ideoloških razloga ostaju istorijski neobrađeni i nekažnjeni. Ova politika je nacionalne konflikte negirala i time ih napunila novom eksplozivnom snagom.

⁴⁶ Jansen, Christian/Borggräfe, Henning: Nation – Nationalität – Nationalismus, Frankfurt/Main 2007, str. 164.

⁴⁷ Vidi: Jong, Jutt da u: Die makedonische Nationswerdung – eigenständige Integration oder künstliche Synthese?, u: Grothusen, Klaus-Detlev (izd.): Jugoslawien Integrationsprobleme in Geschichte und Gegenwart, Göttingen 1984, str. 165 id.

⁴⁸ Vidi: Troebst, Stefan: Das makedonische Jahrhundert, Von Anfängen der nationalrevolutionären Bewegung zum Abkommen von Ohrid 1893-2001, München 2007.

⁴⁹ Bugarski, Ranko: Unity in Diversity, in Sociolinguistica, Aspects of Language Policy in the Soviet Union and Yugoslavia, u: Sociolinguistica, Internationales Jahrbuch für Europäische Soziolinguistik, Brennpunkte der Soziolinguistik, Sonderdruck, Tübingen 1987, str. 1-12.

⁵⁰ Bugarski: Unity in Diversity, in Sociolinguistica, str. 4; Više o sovjetskom jezičkom planiranju u: Haarmann, Harald: Die Sprachenwelt Europas, Geschichte und Zukunft der Sprachnationen zwischen Atlantik und Ural, Frankfurt/Main 1993, str. 303 id.; Haarmann: Language in Ethnicity, str. 95 id.; Glück, Helmut: Aspekte der sowjetischen Sprachenpolitik, Ein Beitrag zur vergleichenden Mehrsprachigkeitsforschung, u: Hinderling, Robert (izd.) Europäische Sprachminderheiten im Vergleich, Deutsch und andere Sprachen, Stuttgart 1986, str. 111-148.

⁵¹ Vidi: Koneski, Blaže: Istorija makedonskog jezika, Beograd 1966.

⁵² Vidi: Luković, Miloš: Jezička politika na tlu Jugoslavije za vreme drugog svetskog rata, u: Zbornik Matice srpske za filologiju i lingvistiku, br. XLIII, Novi Sad 2000, str. 325 id.

makedonskom jeziku, jer on nije ni postojao. Na tom delu teritorije bili su u upotrebi različiti dijalekti.

Posle II. Svetskog rata država je sprovela proces kodifikacije jednog lokalnog dijalekta,⁵³ koji je pre II. Svetskog rata i delimično posle smatran za dijalekat srpskog jezika.⁵⁴ Država je sve svoje resurse iskoristila da od tog dijalekta napravi standardni jezik, što joj je i uspelo, tako da se od 1965 može govoriti o makedonskom standardnom jeziku.⁵⁵ Sa stvaranjem makedonskog jezika stvoren je i kolektivni makedonski identitet. Da bi se proces stvaranje nacije potpomogao i taj deo stanovništva totalno otrgao od srpskog naroda 1967. komunistička partija je uticala na stvaranje Makedonske crkve odvajanjem od Srpske pravoslavne crkve.⁵⁶ Stanovništvo Makedonije je na osnovu ove politike postalo Makedoncima, koji i danas kao nacija uspešno opstaju.⁵⁷

Ovaj razvitak je za Srbiju imao katastrofalne posledice. Izgubljen je deo stanovništva, izgubljen je deo istorijske teritorije, deo kulture joj se svojata. Danas u Makedoniji skoro da i nema Srba, prevedeni su u Makedonce. Nasuprot tome u Srbiji su nastali Makedonci, koji danas imaju status manjine, jako široka prava i uživaju veliku finansijsku podršku država.

Primer razvoja Makedonske nacije pokazuje da posle jezičkog odvajanja dolazi teritorijalno. Država bi se morala zabrinuti kad joj deo stanovništva menja svoj naziv (Srbi-Muslimani-Bošnjaci) i zajednički jezik obeležava drugačije od jezika većine (Srpski-Bošnjački).

Crnogorci

Pre II. Svetskog rata nacija Crnogoraca nije postojala. Stanovništvo Crne Gore se istorijski osećalo kao deo Srba i kao takvo se izjašnjavalo.⁵⁸ Na II

⁵³ Za osnovu makedonskog jezika izabran je dialekat iz okoline Prilep-Veleša. 1950 objavljen je ortografski rečnik makedonskog, čime se smatra završenim proces kodifikacije. Današnji makedonski jezik ne sme da se meša sa izumrlim makedonskim, koji je najveću rasprostranjenost imao u 4. veku pre Hrista. Vidi: Haarmann, Harald: *Weltgeschichte der Sprachen, Von der Frühzeit des Menschen bis zur Gegenwart*, München 2006, str. 180. O istoriji makedonskog jezika vidi: Hill: *Makedonisch*, u: Okuka (izd.), str. 306 id.

⁵⁴ Belić: *Galički dijalekt*, u: *Srpski dijalektološki zbornik* 7, str. 12 id.; Hill, Peter M.: *Makedonisch*, u: Okuka, Miloš (izd.): *Lexikon der Sprachen des europäischen Ostens*, 2002, Klagenfurt, S. 295-312.

⁵⁵ Hill: *Makedonisch*, u: Okuka (izd.), str. 297, 306. Vidi: Bugarski: *Pogled na jezičku politiku i jezičko planiranje u Jugoslaviji*, u: *Kulturni radnik*, br. 1, str. 75 id.; Haarmann: *Die Sprachenwelt Europas*, str. 302 id.

⁵⁶ Makedonska crkva nije priznata ni od Srpske, ni od jedne druge pravoslavne crkve u svetu. Vidi: Puzivić, Predrag: *Raskol u Srpskoj pravoslavnoj crkvi: makedonsko crkveno pitanje*, Sveti arhijerejski sinod SPC, Beograd 1997.

⁵⁷ Više o nastanku makedonske nacije vidi: Troebst, str. 163 id.

⁵⁸ Vidi: Četković, Jovan: *Ujedinitelji Crne Gore i Srbije*, Beograd 1988; Boeckh, Katrin: *Von den Balkankriegen zum Ersten Weltkrieg, Kleinstaatenpolitik und ethnische Selbstbestimmung auf dem Balkan*, München 1996, str. 246, 249.

zasedanju AVNOJ-a 1943 je odlučeno da Crnogorci treba da budu jedan od naroda Jugoslavije.⁵⁹ Službeno u komunističkoj Jugoslaviji stanovništvo iz Crne Gore nije važno za Srbe, već za "Crnogorce". Uprkos tome, oni su se i tokom komunističke epohe istorijski i kulturno sa Srbima osećali kao jedan narod.⁶⁰ Prema tome ni pre ni tokom komunizma nije moguće govoriti o crnogorskoj naciji.⁶¹ Crna Gora je kao rasadnik srpstva bila pod jakom komunističkom propagandom koja je značila uništenje skoro svih hramova Srpske pravoslavne crkve i primenu izrazito represivne metoda prema stanovništvu. Interesantno je da je ova politika tek sredinom 90-tih godina počela da daje rezultata, kad je komunizam u svetu važio za prevaziđen. U Crnoj Gori se do danas sprovodi najagresivnija komunistička politika. Krajem 90-tih godina počinje instrumentalizacija istorije, crkve i jezika, a sve sa ciljem da od stanovništva Crne Gore nastanu Crnogorci koji sa srpstvom nemaju ništa zajedničko.⁶² Jedan deo stanovništva koje se izjašnjava kao Crnogorci koji ne pripadaju srpskoj naciji, svoj identitet zasniva pre svega na istoriji i državnoj nezavisnosti koju je deo teritorije imao tokom osmanske vladavine Balkanom. Drugi deo stanovništva Crne Gore odbija novi identitet i dalje se oseća kao deo srpske nacije. Obe grupe stanovništva su ponosne na svoju istoriju, samo jedni je posmatraju kao čisto crnogorsku, a drugi kao deo srpske istorije. Zaključak je da su komunisti sa stvaranjem Crnogorske nacije samo delimično bili uspešni.

Kakve su danas posledice stvaranja ove nacije? Došlo je do gubitka teritorije, srpsko stanovništvo se podelilo na *osnovu politike* na Srbe i Crnogorce, pri čemu Srbi bivaju diskriminisani u svojoj državi Crnoj Gori. Ovo stanje se odrazilo i na Srbiju, pa je deo stanovništva počeo da se izjašnjava za Crnogorce, a ne više za Srbe. To ne bi bio problem, kada se ne bi otišlo dalje, pa se zahteva sprovođenje politike iz Crne Gore u Srbiji. Traži se pravo na upotrebu svog "crnogorskog jezika". S obzirom da je Srbija bez vizije i politike u oblasti manjina,⁶³ priznaje im status manjine i pravo na upotrebu jezika. Smisao prava na upotrebu svog jezika je pre svega omogućiti komunikaciji između države i dela njenih građana koji ne govore

⁵⁹ Über die Begründung der montenegrinischen Nation durch die Kommunisten siehe: Vukomanović, str. 53 id.

⁶⁰ In der serbischen und montenegrinischen Wissenschaft wird nicht zwischen der serbischen und montenegrinischen Geschichte, Literatur, Kultur etc. unterschieden. Durch die Geschichte hindurch hat sich die Intelligenz aus Montenegro als serbisch bezeichnet. Vidi: Ćorović, Vladimir: Istorija srpskog naroda, Knjiga 1, 2 i 3, Beograd 1997; Terzić: Pravno na samoopredeljenje i srpsko pitanje, u: Spasovski (izd.), str. 9-15.

⁶¹ Trbovich, str. 67 id.

⁶² Nach den montenegrinischen Daten der Volkszählung von 2003 hat Montenegro 620.145 Bewohner. 31,99 % (198.414) der Bevölkerung erklärten sich als Serben und 63,49 % der Bevölkerung benannte Serbisch als ihre Muttersprache. 43,16 % (267.669) erklärten sich als Montenegriner und 21,97 % Montenegrinisch als ihre Muttersprache. Siehe: Die Volkszählung 2003, Bevölkerung, Knjiga 1, Montenegro, str. 12, 16 und Knjiga 3, str. 10.

⁶³ Vidi: Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, str. 289 id.

njen zvanični jezik. S obzirom da se stanovništvo koje govori “crnogorskim jezikom” bez problema sporazumeva sa većinom, govori koliko je apsurdna primena manjinskih prava u ovom slučaju. Manjinskim pravima u Srbiji nastavlja sa krunjenjem većine u državi, a to će za posledicu imati destabilizaciju države.

Muslimani

Kroz viševjekovnu osmansku okupaciju deo stanovništva prihvatio je islam.⁶⁴ Ovo slovensko stanovništvo islamske vere važno je i na početku komunizma za Srbe ili Hrvate. Jugoslovensko komunistička vođstvo zemlje je partijskom odlukom odlučilo da ih isključi iz njihovog naroda, sa kojim su delili jezik, istoriju i sudbinu i da im nametne novi identitet iz koga je trebalo da nastane nova nacija.⁶⁵ Godine 1968⁶⁶ deo stanovništva je na osnovu njihove religije proglašen za naciju „Muslimana“⁶⁷, iako je i među njima bilo puno komunista, a time i ateista.⁶⁸

Komunistička partija je bila jedina vladajuća partija, koja je crkvu i religiju u društvu marginalizovala. Međutim, kod stvaranja nacije Muslimana komunisti se služe religijom i politizuju je. Da je komunistička politika konsekvantno bila spovođena ne bi akceptirala religiozne razlike i ovaj deo stanovništva nikad ne bi dobio status nacije Muslimana. Ispovedanje i podsticanje islama je bilo u interesu partije koja je stvorila ovu naciju. Ova politika je imala uspeha i islam je pozitivno delovao na stvaranje zajedničkog identiteta i nacije, a poslednja ratna dešavanja učvrstila su taj identitet. Sredinom 90-tih godina Muslimani iz Bosne i Hercegovine odlučuju da promene naziv i da se nazovu Bošnjaci.⁶⁹ Deo srpskog stanovništva muslimanske veroispovesti prihvata obeležje “Bošnjak” za sebe, iako sa Bosnom nemaju puno dodirnih tačaka.

⁶⁴ Sa početkom rata u Bosni i Hercegovini 90tih godina, bosanski Muslimani želeli su da se ograde od Srba i Hrvata i počeli su svoj identitet da traže u islamu. Vidi: Bakić: *Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz*, str. 96 id.

⁶⁵ O komunističkom utemeljenju „Muslimanske“ nacije vidi: Vukomanović, str. 58 id.; Popović, Alexandre: *Islamische Bewegung in Jugoslawien*, u: Kappeler, Andreas/Simon, Gerhard/Brunner, Georg (izd.): *Die Muslime in der Sowjetunion und in Jugoslawien: Identität, Politik, Widerstand*, Köln 1989, str. 273-286.

⁶⁶ Purivatra, Atif: *On the National Phenomenon of the Moslems of Bosnia-Herzegovina*, u: Dragić (izd.), str. 323-327.

⁶⁷ Pisanje reči “Musliman” velikim slovom, trebalo je da pokaže da se radi o označavanju nacije, a ne religiozne pripadnosti.

⁶⁸ O procesu priznanja Muslimana kao naciju vidi: Höpken, Wolfgang: *Die jugoslawische Kommunisten und die bosnische Muslime*, u: Kappeler/Simon/Brunner (izd.).

⁶⁹ Na „Svebošnjačkom saboru“ 1993 Muslimani iz Bosne i Hercegovine su odlučili da se zovu „Bošnjaci“. Vidi: Libal: *Bosnier – Bosniaken – Muslime: Versuch einer Entwirrung* u: *Europäische Rundschau: Vierteljahrszeitschrift für Politik, Wirtschaft und Zeitgeschichte*, Beč 1998, str. 79-85.

Posledice ove politike na današnju državu Srbiju su katastrofalne. Čak ih danas nije moguće ni sagledati u celom obimu jer država se i dalje upravlja po komunističkim principima koji su našli mesto i u sadašnjem Ustavu. Tako na osnovu prava na slobodno nacionalno opredeljenje, Srbija je prihvatila da joj Bošnjački političari iz susedne zemlje asimilizuju deo stanovništva. Po poslednjem popisu stanovništva skoro 2% srpske populacije izjašnjava za Bošnjake. Srbija im čak pruža jezičku zaštitu iako govore jezikom većine. Time stvara veštačku podelu među svojim stanovništvom. Politika koja i pored zajedništva pravi razlike, neminovno vodi u veće konflikte.

Manjinski jezici

Jezička prava manjina u komunizmu su bila normirana na nivou Ustava u okviru principa ravnopravnosti. Na osnovu normativne jednakosti težilo se ostvarivanju jezičke ravnopravnosti manjina u svim oblastima javnog života.⁷⁰ Manjinski jezici su bili proglašeni za službene jezike (teritorialni primer ostvarivanja manjinskih prava) ili su korišteni na osnovu prava da svako može da upotrebljava svoj jezik (personalni princip ostvarivanja jezičkih prava).⁷¹ Ukupno u Jugoslaviji u javnom životu je korišteno 11 manjinskih jezika,⁷² a u Vojvodini 4 (mađarski, slovački, rumunski i rusinski).

Danas u Srbiji po shvatanju manjina postoji 19 manjinskih jezika,⁷³ a država se samo Evropskom poveljom o manjinskim i regionalnim jezicima obavezala da je primeni na 10 jezika. Samo u Vojvodini šest jezika se koriste kao službeni jezici.⁷⁴ Ovo kratko skiciranje broja manjinskih jezika pokazuje da iako je Srbija teritorijalno i demografski mnogo manja od SFRJ broj jezika joj je veći. To pokazuje da se jezičko cepanje iz vremena komunizma bez prestanka i danas nastavlja. Ovo ne bi bilo moguće da je država promenila politiku i da je ne temelji na principima manjinske politike iz vremena komunizma.

⁷⁰ Zajmi, Gazmend: *Language Equality among the Nations and Nationalities of Yugoslavia*, u: Dragić (izd.), str. 244; Rajić: *Jezička ravnopravnost i opštenje u Jugoslaviji*, u: Marksistička misao, br. 5-6, str. 129 id.

⁷¹ Basta, R. Lidija: *Nationalstaat und Minderheiten, Das ungelöste Problem Jugoslawiens*, u: Samardžić/Fleiner (izd.): *Föderalismus und Minderheitenproblem in multiethnischen Gemeinschaften*, str. 214 id.

⁷² Kao službeni jezici manjina u Jugoslaviji bili su korišteni: albanski, mađarski, rumunski, rusinski slovački, turski, bugarski, italijanski i češki. U oblasti obrazovanja korišten je još ukrajinski i romski. Bugarski: *Language Situation and General Policy*, u: Bugarski, Ranko/Hawkesworth Celia (izd.): *Language planing in Yugoslavia*, Ohio 1992, str. 11; Škiljan, Dubravko: *Jezična politika*, Zagreb 1988, str. 111.

⁷³ Bakić: *Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz*, str. 353.

⁷⁴ Vidi: *Second Report submitted by Serbia pursuant to Article 25, Paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (in Serbian)*, Council of Europe, March 2008 (ACFC/SR/II(2008)001), str. 216 id.

Generalno, na ustavnom nivou prava se garantuju kroz jezički kratke rečenice, a detaljna razrada sledi kroz zakone. Ustav iz 2006 upotrebljava reč “manjina” čak 60 puta, a reč “jezik” 22 puta! Kad se pogledaju ustavi drugih zemalja koje imaju manjine, ustanovi se da oni maksimalno jednom ili ni jednom ne pominju reč “manjina”.⁷⁵ Tekst Ustava Srbije iz 2006 svedoči o prenamaglašenosti manjinskih interesa. I za vreme komunizma bilo je tipično davanje manjinama većeg značaj nego što im pripada.

Jezička situacija u Srbiji 1992 (raspad Jugoslavije) i danas je značajno različita. Jugoslavija u trenutku raspada imala tri jezika (srpskohrvatski, slovenački i makedonski). Danas je u Srbiji jezička situacija izrazito komplikovanija, jer se zajednica govornika srpskog jezika raspala na pet „jezika“ (srpski, hrvatski, bošnjački, crnogorski i bunjevački) kojima država pruža jezičku zaštitu. Pošto se ne radi o različitim jezicima ne postoji opravdanje da im se pruža zaštita. Država nema interesa da neguje postojanje ovih samo po imenu različitih jezičkih grupa.

Pravo na upotrebu svog jezika

U komunističkoj Jugoslaviji bilo je zajemčeno pravo na upotrebu svog jezika. Ovo pravo je bilo garantovano u sva tri Savezna ustav.⁷⁶ U prva dva Savezna ustava jemčena je sloboda korišćenja svog “jezika” (čl. 13 Ustava FNRJ iz 1946 i čl. 41 Ustava SFRJ iz 1963). Ustavna konstrukcija svoj “jezik i pismo” uvedena je u pravni život kroz čl. 247 stav. 1 Ustava SFRJ iz 1974 gde je bez prekida garantovana do danas i nalazi se u čl. 79 stav 1 tač. 3 Ustava iz 2006.⁷⁷ Tumačenje jezičkih prava počivalo je na u komunizmu razvijenom *individulno-univerzalističkom* principu.⁷⁸ Njegovo ostvarenje je značilo da pripadnici manjina imaju apsolutnu slobodu da koriste svoj jezik pred svim organima vlasti, nezavisno od službenog jezika i

⁷⁵ Nemačka ima manjine, ali se one ne pominju u ustavu (Grundgesetz). U poslednjoj dekadi je vođena intenzivna diskusija da li je potrebno u nemački ustav uvesti član koji pominje manjine. Veliki broj naučnih radova je o tome napisan, a kao rezultat diskusije došlo se do rezultata, da bi njihovo pominjanje u Ustavu značilo davanje im preteranog značaja koji ne zaslužuju. Vidi: Franke, Dietrich/Hofmann, Rainer: Nationale Minderheiten – ein Thema für das Grundgesetz, u: EuGRZ, 1992, tom 17, str. 401-409; Siegert, Anja: Minderheitenschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1997, str. 128 id.

⁷⁶ Vidi: Čl. 13 SuFNRJ 1946, čl. 14 Ustava RS 1947, čl. 42 SuSFRJ 1963 etc.

⁷⁷ Ustav iz 2006 je pravno-tehnički loše urađen, tako da je teško pojedina prava iz čl. 79 stav 1 citirati. Za označavanje pojedinih prava iz pomenutog stava koristiće se latinski izraz za „tačku-zarez“ – semikola. Tako će. ustavno pravo manjina na „korišćenje svoj jezika i pisma“ označavati kao čl. 79 stav 1 sem. 3 Ustava iz 2006.

⁷⁸ Vidi: Korhec, Tomaž: Granice univerzalnosti manjinskih prava – o značaju teritorije i brojčanosti – sa posebnim osvrtom na pravo na službenu upotrebu jezika nacionalnih manjina u Vojvodini, u Stanovčić (izd.): Položaj nacionalnih manjina u Srbiji, str. 367 id.; Horvat, A.: Upotreba jezika i pisma naroda i narodnosti u krivičnom postupku, u: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd 1977, str. 138.

nezavisno od mesta stanovanja.⁷⁹ Ovo pravo je shvatano i ostvarivano bez ikakvih teritorijalnih, stvarnih ili finansijskih ograničenja⁸⁰ ili ograničenja na osnovu broja pripadnika jedne manjine, tako da se u stvari radilo o jednom apsolutnom pravu na komunikaciju sa vlastima na svom jeziku.⁸¹ Ovakvim tumačenjem jezičkih prava probala se ostvariti utopija o idelanoj ravnopravnosti naroda i narodnosti.

Manjinska jezička prava se danas u Srbiji shvataju ne samo kao u vreme komunizma, već se sa njihovom razradom otišlo i dalje.⁸² I danas se garantuje pravo na upotrebu svog "jezika i pisma", čl. 79 stav 1 sem. 3 Ustav iz 2006, samo što se danas i dijalekti jednog te istog jezika svode pod ustavnu zaštitu jezika. Tako zaštitu uživaju Hrvatski, Bošnjački i Bunjevački. Finansijska, organizaciona ili bilo kakva druga ograničenja kod ostvarenja manjinskih prava ne postoje.⁸³ U uporedno-pravnoj literaturi ovakvo ostvarivanje manjinskih prava nije moguće naći.

Od II. Svetskog rata pa do danas sa svakim novim ustavom jezička prava manjina su proširivana. Ovo je imalo za posledicu širenje manjinskog nacionalizma sa secesionističkim tendencijama. Neke manjine poboljšanje njihovog položaja nisu više videle kroz veća prava garantovana na ustavnom nivou, već samo kroz osnivanje sopstvene države. Razvoj 90-tih godina je pokazao da manjinska prava iz vremena komunizma nisu dovela do njihove integracije i nisu doprinela očuvanju mira u zemlji. Na žalost današnja primena širokih manjinskih prava ne doprinosi integraciji manjina, što znači da i dalje razrada njihovih prava neće dovesti do njihovog zadovoljenja.

⁷⁹ Vidi: Schulz, Werner: Grundfragen des Minderheitenschutzes in Ostmittel- und Südosteuropa, u: Maurach, Reinhart/Rosenthal, Walther (izd.), tom. 18, str. 7-32.

⁸⁰ Na zahtev procesnih stranaka sva pismena prevedena su na njihov jezik. Troškove prevođenja snosio je i danas snosi postupajući organ. Vidi Bakić, Nada: Minderheitensprachen in einem Prozess in Serbien, Pravni zapis br. II. str. 364 id.

⁸¹ Bugarski: Pogled na jezičku politiku i jezičko planiranje u Jugoslaviji, u: Kulturni radnik, br. 1, str. 78 id.

⁸² Vidi: Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz.

⁸³ U vreme komunizma u oblasti obrazovanja formirana su odeljenja sa manjinskim jezikom kao jezikom nastave ukoliko je 20 učenika htelo da posećuju takvu nastavu, nastava na fakultetima je organizovana ukoliko je 30 studenata zahtevalo nastavu na manjinskom jeziku. Jončić, str. 35 id., 51 id. Danas u Srbiji u oblasti obrazovanja otišlo se tako daleko da školski razredi sa manjinskim jezikom nastave osnivaju za samo jednog učenika. Vidi: Second Report submitted by Serbia pursuant to Article 25, Paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities (in Serbian), Council of Europe, March 2008 (ACFC/SR/II(2008)001), str. 336 id. U opštini Medveđa organizuje se nastava na albanskom za samo devet studenata.

Zavod za statistiku Republike Srbije

Da bi se teze ovog rada o živom nasleđu komunizma u zemlji potvrdile biće analiziran i rad jedne ustanove - Republičkog zavoda za statistiku.⁸⁴ Između ostalog ovaj Zavod vrši popis stanovništva, a njegova sistematika podataka popisa je jako problematična. Kroz izbor podataka koji se beleže moguće je grupe stanovništva smanjiti, povećati, stvoriti ili ne registrovati i time ih dovesti do nestanka.⁸⁵ Time u rezultatima popisa postaje vidljiva određena politika države i njen odnos prema naciji. Shvatanje nacije je presudno za integraciju i time za mir u državi. Zavod za statistiku neprekidno od 1945 do danas prilikom popisa stanovništva sprovodi takvu metodologiju kojom pričinjava veliku štetu.

U popisima stanovništva od II. Svetskog rata do danas u statistikama se pojavljuju nove grupe stanovništva, koje su komunisti na štetu srpskog naroda proglasili za nacije. Tako je npr. muslimansko stanovništvo Srbije u popisu 1948 moglo da daje sledeće odgovore "Srbin-Musliman", "Hrvat-Musliman", "Makedonac-Musliman" ili "Musliman-neopredeljen".⁸⁶ U Centralnoj Srbiji stanovništvo islamske veroispovesti 99,5% izjasnilo se kao "Srbin-Musliman". U popisu 1961 Muslimani su izdvojeni u posebnu kategoriju "Muslimani u etničkom smislu", a u popisu 1971 registruju ih kao posebnu naciju i time popisnu kategoriju "Musliman". Popisom 2002 za njih je uvedena posebna kategorija "Bošnjaci".⁸⁷

I današnja dezintegracija u društvu je u statistici jasno vidljiva. Prvo, kroz popis država svoje stanovništvo deli na osnovu "nacionalne ili etničke pripadnosti" u 22 kategorija⁸⁸, a naknadno se iz kategorije "ostali" izdvaja još 7 grupa drugačije "nacionalne ili etničke" pripadnosti.⁸⁹ U svim državama pojmovi koji se upotrebljavaju za označavanje stanovništva biraju se sa neverovatnom pažljivošću i mudrošću. Kroz popis stanovništva država popisuje svoje državljane. Imati državljanstvo Republike Srbije znači biti pripadnik srpske nacije i srpske države. Izraz "nacionalna ili etnička" pripadnost sugerise, da njeni državljani pripadaju nekoj drugoj naciji, a ne

⁸⁴ <http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite/Default.aspx>

⁸⁵ Vidi: Dejzings, str. 202 id.

⁸⁶ Vidi: Konačni rezultati popisa stanovništva od 15. marta 1948. godine, Knjiga IX, Stanovništvo po narodnosti, Beograd 1954, str. XVII.

⁸⁷ Vidi: Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u 2002, Stanovništvo, Knjiga 1, Beograd 2003.

⁸⁸ Crnogorci, Jugosloveni, Albanci, Bošnjaci, Bugati, Bunjevci, Vlasi, Goranci, Mađari, Makedonci, Muslimani, Nemci, Rumuni, Rusi, Rusini, Slovaci, Sloveni, Ukrajinci, Hrvati i Česi. Popis stanovništva, domaćinstava i stanova u 2002, Stanovništvo, Knjiga 1, Beograd 2003.

⁸⁹ Grci, Egipćani, Jevreji, Turci, Šokci, Aškalije i Cincari. Vidi: Etnički mozaik Srbije, prema podacima popisa stanovništva 2002, Ministarstvo za ljudska i manjinska prava SCG, Beograd 2004.

srpskoj. Ova praksa je nedopustiva, a govori ustvari da ih država ne želi i da ih posmatra kao pripadnike tuđih nacija na svojoj teritoriji. S obzirom na ovakvo delanje države nije čudno što su kod mnogih grupa manjinskog stanovništva prisutne secesionističke težnje.

Primeri za popisivanje svog stanovništva kao pripadnika tuđih nacija u demokratskim zemljama ne postoje. Mudre zemlje to rade drugačije, tako npr. u popisima stanovništva u Švajcarskoj prave se popisne kategorije samo na osnovu jezika, a ne osnovu “nacionalne ili etničke” pripadnosti, jer se ispravno polazi od toga da su svi koji poseduju švajcarsko državljanstvo pripadnici švajcarske nacije. U javnom životu Švajcarske za obeležavanje njihovih državljana ne koriste se izrazi kao Nemci, Franuzi ili Italiani. U Srbiji država upotrebljavaju pojmove, bez razmišljanja koje efekte oni mogu imati po društvo i budućnost zemlje. Koliko veliko značenje ima obeležavanje govori činjenica da neke grupe stanovništva svesno odluče da napuste dotadašnje obeležavanje i preuzmu novo ime.⁹⁰

Ovaj metod rada Zavoda za statistiku zasnovan je na ustavnom prava na “slodobno izražavanje nacionalne pripadnosti”, čl. 47 Ustava iz 2006. Ovo pravo potiče još iz vremena komunizma i u kontinuitetu se jemči do danas.⁹¹ Cilj ovog prava je bio, da se uspeh politike stvaranja nacija osigura i učvrsti. Zbog postojanja ovog prava, niko nije mogao da postavi pitanje, ko je ta nacija Mislimana, ko su to njeni pripadnici? Danas se ovo pravo slično tumači: da svako može da se izjasni kao hoće. Naravno da može, ali ovo pravo garantuje *samo* pravo da se neko “izjasni” kako želi u javnoj ili privatnoj sferi i da zbog toga ne snosi konsekvence. Ovo pravo ne stvara obavezu države da to izjašnjavanje uzme u obzir i prihvati.

Na osnovu današnjeg tumačenja ovog prava moglo bi da se desi da kada bi se neko sa svojom familijom i prijateljima izjasnio za “Marsovice” ili “Amerikance” imao bi ustavno pravo da to bude prihvaćeno bez osporavanja, i da to u statistici bude i vidljivo. Ovaj primer pokazuje koliko

⁹⁰ Često se ime menja jer ima negativnu konotaciju (slučaj Ciganin-Rom) ili iz političkih razloga (slučaj Muslimani-Bošnjaci). U srpskoj literaturi kada se govori o njenim građanima upotrebljavaju se izrazi kao Mađari, Rumuni, etc., a nikad “srpski Mađari” ili “srpski Rumuni”, iako su oni i njihovi pretci rođeni u Srbiji i njeni državljani. I manjinsko stanovništvo ne razume se npr. kao “srpski Albanci” već samo ko “Albanci”. Obeležavanje od strane države kao „srpski Albanci“ bilo bi od njih shvaćeno kao provokacija.

Do 90tih godina srpski Albanci su označavani kao „Šiptari“, jer se sami tako nazivaju (albanski: Shqiptar), a upotrebom ovog izraza pravilo se razlikovanje između stanovništva Albanije i srpskih Šiptara. Kad je došlo do konflikta između njih i države, obeležavani su samo kao „Albanci“. Promenjena jezička upotreba izraza i pojmova je znak upozorenja na postojanje konflikta i mora biti shvaćena ozbiljno.

Ovi primeri upotrebe naziva za manjinsko stanovništvo su još jedan dokaz nepostojeće integracione politike. Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, str. 341 id.

⁹¹ Vidi: Čl. 170 stav 2 Ustava iz 1974, čl. 45 stav 1 SuSFRJ 1992, čl. 49 stav 2 Ustav RS iz 1990.

je sadašnje tumačenje ovog prava pogrešno. Država je dužna da sve svoje građane tretira na isti način. Za nju bi izjašnjavanje o pripadnosti moralo da bude irelevantno, jedino dozvoljeno razlikovanje je na državljane i strance. U stvarnosti, primena ovoga prava je dovela do toga da se u statistici nalaze kategorije kojima tu nije mesto, kao Jugosloveni ili Muslimani.

Država ne sme svojim državljanima da *nudi* ili *traži* od njih da se izjasne kao pripadnici stranih nacija (kao npr. “Mađar”, jer Mađari su državljani države Mađarske). Državljeni Srbije su Srbi, a razlika među njima može da bude samo na osnovu maternjeg jezika. Tako da je nedopustivo da država svoje državljane (stanovništvo) popisuje kao Mađare, Bugare, Rumune itd. Dopustivo je popisivati ih na osnovu maternjeg jezika. Koja je svrha kategorizacije stanovništva na osnovu “nacionalne ili etničke pripadnosti”? Nikakva. Ovi podaci su neupotrebljivi, tako da za državu ne mogu imati nikakav značaj. S obzirom da država garantuje jezička manjinska prava, za nju značaj mogu da imaju samo podaci o maternjem jeziku.

Na žalost manjinska zaštita u Srbiji se temelji na ovakvoj kategorizaciji Zavoda za statistiku. Svim grupama stanovništva koje su popisom registrovane, priznaje se status manjine. Pri tome se uslovi za sticanje statusa manjine iz čl. 2 stav 1 Zakona o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina⁹² ne primenjuju.

Zavod za statistiku popisom stanovništva ne pruža podatke o bitnim stvarima za državu, kao npr. podatke o dvojezičnosti. Njihovo beleženje bi dugoročno omogućili praćenje razvoja dvojezičnosti, za koju je očekivati da će zbog današnjeg sistema manjinskog obrazovanja, koji preferira jednojezičnu manjinsku nastavu, da nestane.⁹³

Institucije države snose odgovornost za stanje u državi. One moraju svoju politiku da preispitaju i svojim radom doprinesu stabilnosti i dugoročnom miru u društvu. Srpska nacija nalazi se u velikoj krizi identiteta. Izlomljena je političkim, pravnim i lingvističkim kriterijumima. Njoj je potrebna konsolidacija, ali ne po osnovu religioznih, lingvističkih kriterijuma, već na osnovu zajedničkih političkih vrednost. Mudro tumačenje Ustav iz 2006 i njegov građanskopravni koncept nacije⁹⁴ nude integracionu osnovu u državi i time način za prevazilaženje krize identiteta.

⁹² Sl. list SRJ 11/02.

⁹³ Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, str. 500 id.

⁹⁴ Bakić: Sprachliche Minderheiten in Serbien und in der Schweiz, str. 45 id.

Zaključak

Komunizam je u velikoj meri uticao na razvoj Srbije i odgovoran je za današnje katastrofalno stanje u državi. Mnogi državni i društveni problemi sadašnjice imaju svoje korene u politici komunizma. Njegov negativan uticaj na današnju državu još nije sagledan. Komunističke ideje, shvatanja, principi i zablude i danas su prisutne u srpskom pravnom sistemu. Šta više cele jezičko-ustavne konstrukcije preuzete iz komunističkih ustava nalaze se u danas važećem Ustavu iz 2006. Kada nema jednostavne formalno-jezičke distance onda je jasno da je i pravno tumačenje normi isto kao u periodu komunizma. Ova pravna situacija formira i našu stvarnost koja pokazuje: da je Srbija državno-pravno isto uređena kao u vreme komunizma; da broj jezika još od rasapada komunizma pa do danas raste; da se i dalje vodi manjinska politika bez cilja; da je država prihvatila nasleđe iz vremena komunizma i na njemu gradi manjinsku politiku itd. Politika u vreme komunizma je bila okrenuta protiv srpskog naroda i ostavila je teško nasleđe za današnju državu, koje ne sme više da se održava u životu.

Ceo komunistički državno-pravni sistem naneo je ogromnu štetu srpskoj državi. I pored toga među srpskim pravnicima nema snage da se ovaj period kritički sagleda, od njega pravna nauka distancira i država postavi na nove zdrave temelje.

Samo jaka država može svojim građanima da obezbedi dostojanstven život. Srpska teritorija se od II. Svetskog rata do danas bez prestanka kruni, stanovništvo joj se smanjuje, spoljne granice joj se ne znaju. Srpska država je slaba.

Srbija mora da uspostavi diskontinuitet sa periodom komunizma u svim poljima društvenog života. Ona mora da se vrati svojoj tradiciji od pre 1940, da sagleda svoje vrednosti i da državu organizuje i politiku vodi u skladu sa svojim interesima.

Dr. Nada Bakić LL.M. (Feiburg)

Assistant Professor

School of Law, University Luzern

MINORITY POLICY IN COMUNISM AND NOWADAYS SERBIA

Communism has greatly influenced the development of Serbia and is directly responsible for the devastating conditions in the country today. A lot of state and social problems of today originate from the politics of communism but its negative impact on today's state isn't visible for their elite yet. The ideas of communism, its understandings, principals and misconceptions are present in legal system of Serbia. Moreover, many linguistical and constitutional constructions taken over from the communist Constitution are present in the valid 2006 Serbian Constitution. When a formal-language distance does not exist then it's clear that legal interpretation of normatives is the same as in the communist period. This legal situation forms also our reality which shows that Serbia is constituted equally in both state and legal way as in the communist period; that the number of languages has risen since the communist period and is still rising; that a mindless minority politics is still in progress; that the state has accepted the politics from that period and is forming its minority politics upon it etc. The communist period politics was, above all, targeted against serbian people, and has left a difficult heritage which should not be kept alive by the serbian state.

Although the whole communist state and legal system has done great harm to Serbia, it seems that serbian lawyers don't have enough strength to percieve it critically and distance legal science from it, as well as point the state in the right direction.

Only a strong state can provide its citizens with the decent living. Serbian state is weak. Serbian territory has been shrinking since the second World War, the number of citizens is decreasing, the outer borders are not known. Serbia must establish a discontinuous process with the period of communism in every aspect of its social life, must turn itself to the tradition before 1940, start understanding its values and organize and lead the state according to its interests.

Key words: *minority rights; communism, disintegration of SFRY; nowadays Serbia*

Prof. dr Srećko Kosanović
Pravni fakultet UNION,
Beograd

UDK: 343.8 (497.5)
Pregledni naučni rad

PRIKAZ ODREDBA ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU REPUBLIKE HRVATSKE

Tekst sadrži prikaz noveliranog Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske. Zakon je objavljen u "Narodnim novinama" broj 152/08 i 76/09. Prikazani su neki od procenih instituta. Za rad su odabrane nove zakonske odredbe, kao i one koje ukazuju na razlike u u domaćem procesnom zakonodavstvu. Obrađena su pitanja koja se odnose na: žrtvu krivičnog dela, mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u postupku, tužioca, istražni postupak, dokazne radnje i privremene mere, ispitivanje svedoka i izjavu javnog tužioca o krivičnog gonjenju, sporazum o priznanju krivice i postupak pred optužnim većem, presude, vanredne pravne lekove i prelazne i završne odredbe. Posebna pažnja posvećena je novom konceptu istrage i sporazum o priznanju krivice.

Ključne reči: žrtva; tužilac, dokazi, istraga, sporazum o priznanju krivice, krivični postupak, Hrvatska

ŽRTVA

Žrtva krivičnog dela je lice koje zbog izvršenja krivičnog dela trpi fizičke i duševne posledice, imovinsku štetu ili bitnu povredu osnovnih prava i sloboda. (čl. 202 t.10 ZKPH).

Prema tekstu noveliranog zakona, žrtva krivičnog dela ima pravo da ostvari stručnu pomoć organa, organizacije ili ustanove za pomoć žrtvama krivičnih dela u skladu sa zakonom, pravo da učestvuje u krivičnom postupku kao oštećeno lice, kao i druga prava propisana zakonom.

Kada se radi o krivičnim delima za koja je propisana kazna zatvora preko pet godina, pre davanja iskaza u krivičnom postupku, i po donošenju imovinsko pravnog zahteva, žrtva ima pravo na savetnika na teret budžetskih sredstava suda, ukoliko trpi teža psiho-fizička oštećenja ili teže posledice krivičnog dela. Ima pravo i na

naknadu materijalne i nematerijalne štete iz državnog fonda, pod uslovima i na način uređen posebnim zakonom. (čl. 43 ZKPH).

Dete ili maloletna žrtva krivičnog dela ima pravo i na punomoćnika na teret budžetskih sredstava, pravo na tajnost ličnih podataka i pravo na isključenje javnosti u postupku. (čl. 44 ZKPH).

Jasnim normiranjem, na obziran način pristupilo se pravima žrtava krivičnih dela, što ranije nije bio slučaj, već se sve svodilo na određivanje praktičnog postupanja.

Prema zakonskim odredbama, oštećeni je, pored žrtve, i drugo lice čije je lično ili imovinsko pravo povređeno ili ugroženo krivičnim delom, a učestvuje u tom svojstvu u krivičnom postupku. (čl. 202 t.11 ZKPH).

MERE OBEZBEĐENJA PRISUSTVA OKRIVLJENOG I MERE OPREZA

Mere opreza su:

- zabrana napuštanja boravišta,
- zabrana posećivanja određenog mesta-područja,
- obaveza redovnog javljanja držanom organu,
- zabrana približavanja određenoj osobi,
- zabrana uspostavljanja ili održavanja veze sa određenom osobom,
- zabrana obavljanja određene poslovne aktivnosti,
- privremeno oduzimanje putne isprave, i
- privremeno oduzimanje dozvole za upravljanje vozilom.

Pre podizanja optužnice mere opreza određuje, produžava i ukida javni tužilac. Odluka se donosi u formi rešenja. Posle podizanja optužnice, pa do pravosnažnosti presude, mere određuje, produžava i ukida sud pred kojim se vodi postupak.

Hapšenje, po zakonskom ovlašćenju, sprovodi policija, kada je u pitanju lice protiv koga se izvršava nalog za prinudno dovođenje, ili rešenje o pritvoru, odnosno istražnom zatvoru, zatim lice za koje postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično delo ili je u pitanju lice koje je zatečeno u izvršenju krivičnog dela. Rok u kome uhapšeni mora biti doveden u policijsku stanicu i predat pritvorskom nadzorniku ili pušten na slobodu, je-12 sati, ako je lice uhvaćeno u području policijske uprave kojoj se dovodi, odnosno-24 sata, ako je

lice uhapšeno van područja uprave. Javni tužilac je dužan da ispita uhapšenog, najkasnije 10 sati nakon predaje pritvorskom nadzorniku. (čl. 107-109 ZKPH).

Pritvor određuje javni tužilac, ako utvrdi da postoji osnov sumnje da je uhapšeni učinio krivično delo za koje se krivično gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, za koje je propisana kazna zatvora do tri godine ili teža kazna, a postoji neki od razloga za istražni zatvor. Pritvor je potreban radi utvrđivanja istovetnosti, provere alibija ili prikupljanja podataka o dokazima. Protiv rešenja o pritvoru može se izjaviti žalba u roku od 6 sati, a o njoj odlučuje istražni sudija u roku od 8 sati. Žalba ne zadržava izvršenje rešenja, a pritvorenik je može izjaviti na zapisnik.

Istražni zatvor u domu je mera koja se primenjuje, ukoliko je za ostvarenje svrhe istražnog zatvora dovoljna zabrana okrivljenom da se udaljava iz doma (stana, kuće). Rešenjem sud može odrediti primenu tehničkih sredstava kojima se osigurava sprovođenje ove mere. Nadzor vrši policija i ministarstvo nadležno za pravosuđe.

Istražni zatvor se može odrediti ako postoji osnovana sumnja da je jedno lice izvršilo krivično delo, i ako je u bekstvu ili posebne okolnosti ukazuju na opasnost da će uništiti, sakriti ili izmeniti dokaze i tragove važne za krivični postupak; osobite okolnosti upućuju na opasnost da će ponoviti delo; ako izbegava dolazak na pretres i kada je to neophodno radi neometanog odvijanja postupka. Istražni zatvor se određuje i produžava pisanim rešenjem nadležnog suda. Do donošenja presude prvog stepena, istražni zatvor može trajati, najduže -3 meseca za lakša krivična dela za koje je propisana kazna zatvora do tri godine, a 3 godine za najteža krivična dela. (čl. 123-133 ZKPH).

Zakonom o kaznenom postupku predviđene su raznovrsne mere koje se u toku krivičnog postupka mogu primeniti prema okrivljenom, od mera opreza, pa do istražnog zatvora. Mere su zakonski precizno razrađene, sa idejom da se poštuje hronologija procesnih zbivanja, a da se istovremeno na najadekvatniji način postigne procesni cilj.

DOKAZI

Zakon izražava temeljni stav da se sudske odluke mogu bazirati samo na zakonitim dokazima.

Kao nezakoniti smatraju se oni dokazi koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog i nečovečnog postupanja, odnosno,

zajemčenih prava odbrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast i nepovredivost ličnog i porodičnog života.

Nezakoniti su i dokazi pribavljeni povredom odredaba krivičnog postupka koje su izričito propisane zakonom, kao i oni dokazi za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza.

Ne smatraju se nezakonitim dokazima, dokazi koji su pribavljeni radnjom koja po krivičnom zakonu isključuje protivpravnost, kao i dokazi u postupku za teže oblike krivičnih dela, kod kojih je povreda prava, prema prirodi i intenzitetu, manja od težine krivičnog dela. (čl. 10 ZKPH).

Savremeni način dokazivanja podrazumeva nova dokazna sredstva i nove dokazne postupke, pa se u tom smislu daju i nove zakonske definicije.

Molekularno-genetska analiza je postupak koji služi za analizu DNK, osnovnog materijala čoveka i drugih živih bića. (čl. 202 t.31 ZKPH):

Digitalni dokaz je podatak koji je u elektronskom obliku pribavljen prema odredbama ovog zakona. (čl. 202 t.32 ZKPH).

TUŽILAC

Zakonskim propisima je određeno ko može biti tužilac u krivičnom postupku. Funkcija pripada:

- javnom (državnom) tužiocu,
 - oštećenom kao tužiocu, i
 - privatnom tužiocu.
- (čl.202t.15 ZKPH)

Organ koji vodi prethodni postupak je javni tužilac, i postupa pre podizanja optužnice.

Sud sprovodi istragu na zahtev oštećenog kao tužioca, i postupa tokom sprovođenja dokaznog ročišta.

Nakon podizanja optužnice ili privatne tužbe, sud je organ koji sprovodi postupak.

(čl.202 t.34 ZKPH)

Osnovno pravo i glavna dužnost javnog tužioca je gonjenje učinilaca krivičnih dela za koja se krivični postupak vodi po službenoj dužnosti. (čl.38 st.1 ZKPH).

U predmetima krivičnih dela za koja se krivično gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, shodno izmenjenom konceptu krivičnog postupka, javni tužilac ima određena prava i dužnosti. Da bi ostvario svoju novu procesnu ulogu, javni tužilac preduzima različite delatnosti.

1.radi na otkrivanju krivičnih dela i pronalaženju njihovih izvršilaca;

2.prikuplja potrebna obaveštenja neophodna za donošenje odluka predviđenih zakonom;

3.sprovodi istragu;

4.vrši nadzor nad sprovođenjem dokaznih radnji;

5.predlaže mere za osiguranje oduzimanja imovinske koristi;

6.odlučuje o odbačaju krivične prijave i odustajanju od krivičnog gonjenja;

7.učestvuje u pregovorima i sporazumevanju sa okrivljenim o priznanju krivice i o krivičnoj sankciji;

8.podiže i zastupa optužnicu;

9.daje izjavu da neće preduzimati krivično gonjenje kada je to zakonom propisano;

10.podnosi žalbe protiv nepravosnažnih sudskih odluka i vanredne pravne lekove protiv pravosnažnih sudskih odluka;

11.preduzima i druge mere predviđene zakonom.

Javni tužilac ovlašćen je da pokreće i posebne postupke i učestvuje u njima kada je to predviđeno zakonom, a najviši javni tužilac odlučuje o davanju procesnog imuniteta pripadniku zločinačke organizacije, u skladu sa zakonom.

Javni tužilac je dužan, u skladu sa pozitivnim propisima, da u saradnji sa nadležnim organima i organizacijama, preduzima i preventivne mere, kako bi se sprečilo izvršenje krivičnih dela, posebno, kada na osnovu raspoloživih podataka, zaključi da postoje okolnosti koje pogoduju izvršenju krivičnih dela.

Njegova aktivna uloga realizuje se i u situacijama kada nije podneta krivična prijava, ali postoje podaci i informacije o tome da se u konkretnom slučaju radi o mogućem izvršenju krivičnog dela.

Redovno, javni tužilac postupa, po podnetoj krivičnoj prijavi.

Uloga javnog tužioca na novi način je postavljena čl. 38 Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske.

Svi organi državne vlasti i sva pravna lica dužna su da prijave krivična dela za koja se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, a za koja poseduju odgovarajuće saznanje. Dužni su da navedu dokaze koji su im poznati, i da preduzmu sve što je potrebno da bi se sačuvali tragovi krivičnog dela, kao i predmeti sa kojima je izvršeno krivično delo. I građani su dužni da prijave krivična dela za koja se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti.

Krivične prijave podnose se nadležnom javnom tužiocu, a ako su podnete nenadležnom tužiocu, sudu ili policiji, ovi organi će ih odmah dostaviti javnom tužiocu nadležnom za postupanje po podnetoj krivičnoj prijavi.

Posle ispitivanja krivične prijave, javni tužilac donosi obrazloženo rešenje o odbačaju krivične prijave,

- ako iz krivične prijave proističe da prijavljeno delo nije krivično delo za koje se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti,

- ako je nastupila zastarelost, ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem,

- ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivicu ili krivično gonjenje,

- ako ne postoje osnovi sumnje o tome da je osumnjičeni izvršio krivično delo za koje je prijavljen,

- ako podaci sadržani u prijavi upućuju na zaključak da prijava nije verodostojna. Posle rešenja o odbačaju, javni tužilac dostavlja odgovarajuće obaveštenje oštećenom, odnosno podnosiocu krivične prijave.

Ukoliko javni tužilac iz same prijave ne može oceniti jesu li verodostojni navodi u krivičnoj prijavi, ili podaci u prijavi ne daju osnova za odluku o tome hoće li naložiti sprovođenje istrage ili preduzeti dokazne radnje, može sam ili preko drugih organa, naložiti policiji prikupljanje potrebnih obaveštenja, odnosno podataka neophodnih za odluku.

Kada postoje osnovi sumnje da je počinjeno krivično delo za koje se krivično gonjenje preduzima po službenoj dužnosti, policija ima pravo i dužnost,

- da preduzme mere da se pronađe učinilac dela, ili da se ne sakrije ili pobegne

- da se otkriju i osiguraju tragovi krivičnog dela ili predmeti koji mogu poslužiti za utvrđivanje činjenica,

- da se prikupe obaveštenja bitna za uspešno vođenje krivičnog postupka. Javni tužilac ima pravo nadzora nad sprovođenjem radnji

koje preduzima policija. Uz izveštaj o preduzetom, policija javnom tužiocu dostavlja predmete, skice, slike, fotografije, spise o merama i radnjama, službene beleške i materijal koji može biti važan za uspešno vođenje postupka.

Javni tužilac može, pod uslovima i na način propisan posebnim zakonom, rešenjem odbaciti krivičnu prijavu ili odustati od krivičnog gonjenja prijavljenog lica, ako je iskaz tog lica važan za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela članova zločinačke organizacije, a to je i srazmerno težini počinjenih krivičnih dela.

(čl. 204-212 ZKPH).

ISTRAŽNI POSTUPAK

Pod posebnim pojmom "istražilac" podrazumeva se lice koje je na osnovu zakonskih propisa ovlašćeno da sprovodi dokazne i druge radnje. U tom smislu, kada su u pitanju dokazne radnje pre početka postupka, javni tužilac, ili na osnovu njegovog naloga istražilac, može pre pokretanja istrage, kada je istraga obavezna, sprovesti dokazne radnje za koje postoji opasnost od odlaganja, a policija može privremeno oduzeti predmete u vezi sa krivičnim delom. Ukoliko istraga nije obavezna, javni tužilac, ili na osnovu njegovog naloga istražilac, mogu preduzeti dokazne radnje kada postoji opasnost od odlaganja, ili one radnje koje su potrebne za odlučivanje o podizanju optužnice.

Ako je izvršilac krivičnog dela nepoznat, javni tužilac ili istražilac mogu ispitati svedoke ako je to potrebno za otkrivanje učinioca krivičnog dela ili ako postoji opasnost od odlaganja.

Javni tužilac može pre početka postupka zahtevati od istražnog sudije nalog za preduzimanje posebnih dokaznih radnji. U pitanju su dokazne radnje kojima se privremeno ograničavaju određena ustavna prava građana:

- kontrola i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija,
- presretanje, prikupljanje i snimanje računarskih podataka,
- ulazak u prostorije radi sprovođenja nadzora i tehničko snimanje prostorija,
- trajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta,
- upotreba prikrivenog islednika (agenta),
- simulirana prodaja i otkup predmeta,

-pružanje simuliranih poslovnih usluga ili sklapanje simuliranih pravnih poslova, i

-kontrolisanje prevoza i isporuka predmeta krivičnog dela.

Posebne dokazne radnje mogu se preduzeti kada su u pitanju zakonom određene vrste ili grupe krivičnih dela, kao i kada se radi o krivičnim delima za koja je propisana kazna zatvora u dužem vremenskom periodu.

(čl.213-215 ZKPH, čl. 332-339 ZKPH).

U istražnoj fazi postupka prikupljaju se dokazi i podaci potrebni za podizanje optužnice ili odluku o obustavi postupka, kao i dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu, kao i oni dokazi čije bi izvođenje bilo otežano. Javni tužilac donosi nalog za sprovođenje istrage ako postoji osnovana sumnja da je izvršeno krivično delo za koje se mora sprovesti istraga. Dosadašnje procesno rešenje je podrazumevalo da "javni tužilac podnosi zahtev istražnom sudiji za sprovođenje istrage", dok sa novom ulogom u ovoj fazi postupka "javni tužilac donosi nalog o sprovođenju istrage". Nalog donosi u roku od devedeset dana od upisa krivične prijave u upisnik prijave.

Nalog za sprovođenje istrage sadrži lične podatke osumnjičenog, opis i pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, kao i kratko obrazloženje, a u nalogu se određuje da se istraže određene okolnosti, preduzmu pojedine radnje i da se o određenim pitanjima ispituju određena lica.

Javni tužilac može podneti istražnom sudiji predlog da se protiv osumnjičenog odredi istražni zatvor ili da se preduzmu druge mere za efikasno vođenje postupka i zaštitu određenih lica.

Istragu sprovodi javni tužilac, a svojim nalogom može poveriti istražiocu sprovođenje određenih dokaznih radnji.

Istražilac pre preduzimanje radnje, ili ako to nije mogao učiniti, odmah nakon njenog obavljanja, izveštava javnog tužioca o sprovedenoj radnji.

Istraga se prekida nalogom javnog tužioca, ako je okrivljeni zbog zdravstvenih smetnji nesposoban da sudeluje u procesnim radnjama. Od donošenja rešenja o prekidu istrage, pa do prestanka zdravstvenih smetnji, okrivljeni mora imati branioca. Istraga se može prekinuti, ako je okrivljeni nepoznat, ako je u bekstvu ili je nedostižan državnim organima.

Javni tužilac obustavlja nalogom istragu:

-ako delo koje se stavlja na teret okrivljenom nije krivično delo za koje se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti,

- ako postoje okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost,
- ako je nastupila zastarelost krivičnog gonjenja, ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem,
- ako nema dokaza da je okrivljeni izvršio krivično delo.

Ako je javni tužilac odbacio krivičnu prijavu ili je obustavio istragu, oštećeni koji je preuzeo krivično gonjenje može istražnom sudiji predložiti sprovođenje istrage. Ukoliko predlog oštećenog kao tužioca bude prihvaćen, istragu po nalogu istražnog sudije, sprovodi istražilac. Kad istražni sudija ustanovi da je istraga završena obavestiće o tome oštećenog kao tužioca i upozoriti ga na pravo da u roku od osam dana može podneti optužnicu. Ako oštećeni u tom roku ne podnese optužnicu, istražni sudija će rešenjem obustaviti postupak. Kad istražni sudija ustanovi da postoje razlozi za prekid ili obustavu istrage, doneće o tome rešenje.

Javni tužilac ili istražni sudija završava istragu kada su sprovedene radnje propisane u zakonu, a stanje stvari u istrazi dovoljno razjašnjeno da se može podignuti optužnica ili obustaviti postupak. (čl. 216-228 ZKPH).

Dokazno ročište održava se na predlog javnog tužioca, oštećenog kao tužioca ili okrivljenog, pred istražnim sudijom koji i sprovodi radnje. Dokazno ročište se održava kada je potrebno ispitati svedoka, ili kada svedok neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu, ili kada je svedok izložen uticajima koji dovode u pitanje istinitost njegovog iskaza, ili, kada kasnije neće moći biti saslušan.

Javni tužilac mora prisustvovati dokaznom ročištu ako se ono održava po njegovom predlogu. Ročištu mogu prisustvovati osumnjičeni, oštećeni kao tužilac, branilac i oštećeni. Branilac mora prisustvovati samo ako je obavezna odbrana.

Kada je na dokaznom ročištu prisutan okrivljeni, istražni sudija mora pri otvaranju ročišta proveriti da li je primio pisanu pouku o svojim pravima, pa ako osumnjičeni nije primio tu pouku, zastaće sa postupkom, naložiti uručenje pouke, a tek nakon toga, nastaviti postupak.

(čl.235-239 ZKPH).

DOKAZNE RADNJE I PRIVREMENE MERE

Po predlogu javnog tužioca, mogu se u krivičnom postupku, prema odredbama koje važe za izvršni postupak odrediti prethodne ili privremene mere osiguranja oduzimanja imovinske koristi. Odluku o

merama osiguranja donosi istražni sudija do podizanja optužnice, posle podizanja optužnice donosi optužno veće, a nakon potvrđivanja optužnice odluku donosi pretresni sud. O žalbi protiv odluke istražnog sudije odlučuje vanpretresno veće, dok žalba protiv odluka optužnog veća i pretresnog suda nije dozvoljena. Zahtev za naknadu štete zbog neosnovane mere ostvaruje se u parnici.

(čl.271 ZKPH).

ISPITIVANJE SVEDOKA I IZJAVA JAVNOG TUŽIOCA

Zakonom je posebno propisano, da javni tužilac daje izjavu o tome da neće preduzimati krivično gonjenje. Polazi se od stava da svedok nije obavezan da odgovara na postavljena pitanja, ako je verovatno, da bi sebe ili bliskog srodnika time izložio sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili krivičnom gonjenju. Organ koji vodi postupak o tome uvek poučava svedoka.

Ako je svedok uskratio odgovor na pitanja zato što bi time sebe ili svog bliskog srodnika izložio krivičnom gonjenju, javni tužilac može izjaviti da neće preduzimati krivično gonjenje u ovom slučaju i predložiti prekid postupka radi davanja ovakve izjave. To može učiniti ukoliko je odgovor na određena pitanja važan za dokazivanje težeg krivičnog dela dugog lica, a u pitanju je krivično delo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna. U takvoj situaciji, svedok može pre davanja izjave od strane javnog tužioca, imati savetnika iz reda advokata.

Što se tiče formalnih uslova, izjava javnog tužioca mora biti u pismenoj formi sa pečatom i potpisom višeg javnog tužioca. Javni tužilac svoju izjavu predaje svedoku, i nakon toga ne može se preduzeti krivično gonjenje za krivično delo na koje se odnosi izjava.(čl.286 ZKPH)

POSTUPAK PRED OPTUŽNIM VEĆEM

Sednicu optužnog veća zakazuje predsednik optužnog veća, u roku od 15 dana po prijemu optužnice, ukoliko se okrivljeni nalazi u istražnom zatvoru, odnosno u roku od 2 meseca, ako je na slobodi. Okrivljeni ima pravo na sednicu optužnog veća, a može se odreći tog prava, i u pismenoj formi, zahtevati suđenje. Veće u tom slučaju potvrđuje optužnicu, i odmah je dostavlja sa spisima sudskoj pisarnici. (čl. 348 ZKPH).

Predsednik veća otvara sednicu navođenjem optužnice o kojoj se raspravlja. Posle provere identiteta, urednosti dostave i pouke o pravima okrivljenog, javni tužilac iznosi rezultate prethodnih istraživanja i dokaze na kojima se zasniva optužnica. Okrivljeni i njegov branilac mogu upozoriti na dokaze koji idu u korist okrivljenom, na moguće propuste u istrazi i na nezakonite dokaze, i ukazati na to koji deo optužbe osporavaju. Okrivljeni može dati izjavu da je kriv po svim ili nekim tačkama optužbe. Stranke izlažu zaključke služeći se podacima u spisu. Ako veće smatra da može doneti odluku, proglašava raspravljanje na sednici zaključenim. (čl. 350 ZKPH).

Veće će rešenjem obustaviti postupak ako delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, ako postoje okolnosti koje isključuju krivicu, ako nema zahteva ovlašćenog tužioca ili ako nema dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv. (čl. 355 ZKPH).

Stranke mogu pregovarati o uslovima-priznanja krivice i sporazumevanja o sankciji. Okrivljeni u tom postupku mora imati branioca, a veće može odložiti sednicu za najviše 15 dana kako bi stranke okončale pregovore.

Ako pre početka sednice ili u toku sednice optužnog veća, javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac potpišu izjavu za donošenje presude na osnovu sporazuma stranaka, predaju tu izjavu veću. Izjava mora da sadrži:

- 1) opis krivičnog dela koje je predmet optužbe,
- 2) izjavu okrivljenog o priznanju krivice za to krivično delo,
- 3) sporazum o vrsti i visini kazne, druge sankcije ili mere,
- 4) sporazum o troškovima krivičnog postupka,
- 5) prihvatanje podnetog imovinsko-pravnog zahteva, i
- 6) potpis stranaka i branioca.

Posle potpisivanja izjave, javni tužilac obaveštava o tome žrtvu ili oštećenog. (čl. 360 ZKPH).

Veće odlučuje o prihvatanju sporazuma, pa ako prihvati, presudom izriče kaznu, drugu krivičnu sankciju ili meru. Veće neće prihvatiti sporazum, ako njegovo prihvatanje nije u skladu sa odmeravanjem kazne po zakonu, ili postignuti sporazum inače nije zakonit. U tom slučaju veće donosi rešenje kojim odbija sporazum i nastavlja sa ispitivanjem optužnice. Protiv rešenja veća žalba nije dopuštena. (čl. 361 ZKPH).

Stranke mogu odustati od predloga sporazuma do donošenja presude. Sporazum i svi podaci koji se na njega odnose, izdvajaju se rešenjem iz spisa i predaju sekretaru suda, pa se ne mogu razgledati ni upotrebiti kao dokaz u krivičnom postupku. (čl. 362 ZKPH).

Presuda na osnovu sporazuma mora imati sadržaj presude kojom se optuženi oglašava krivim. Presuda se odmah objavljuje, a pismeni otpravak dostavlja strankama u roku od 8 dana od objave. Presudom se može izreći i mera bezbednosti, kao i mera oduzimanja imovinske koristi.

Ovako doneta presuda ne može se pobijati žalbom zbog odluke o krivičnoj sankciji, oduzimanju imovinske koristi, troškovima krivičnog postupka i imovinsko-pravnim zahtevima.

Presuda se ne može pobijati žalbom ni zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, osim u slučaju kada je optuženi, nakon donošenja presude, saznao za dokaze koji isključuju protivpravnost i krivicu. (čl. 364 ZKPH).

Omogućavanjem donošenja presude na osnovu sporazuma stranaka, procesne stranke su dovedene u položaj pregovarača. Sa novim odredbama, može se pregovarati o nečemu što ranije nikad nije bilo predmet pregovaranja. Stranke sada pregovaraju o uslovima priznanja i sporazumevaju se o sankciji. Zbog potrebe skraćivanja i ubrzavanja postupka, kao i zbog izrazite potrebe za smanjenjem broja sudskih predmeta, odstupilo se od fundamentalnih principa na kojima se ranije zasnivao krivični postupak. U novim uslovima, nije moguće dosledno poštovati princip legaliteta u krivičnom postupku. Ne može doći do izražaja ni pretpostavka nevinosti, a materijalna istina nije najvažniji cilj.

PRESUDE

Zakon predviđa mogućnost donošenja presude kojom se optužba odbija ili se optuženi oslobađa optužbe ili se oglašava krivim. (čl. 451 ZKPH).

Presudu kojom se optužba odbija, sud će izreći

- 1) ako za suđenje nije stvarno nadležan,
- 2) ako je postupak vođen bez zahteva ovlašćenog tužioca,
- 3) ako je tužilac u toku pretresa odustao od optužbe,
- 4) ako nije bilo potrebnog predloga za krivično gonjenje ili odobrenje nadležnog organa, ili je nadležni državni organ odustao od predloga, odnosno odobrenja,

5)ako je optuženi za krivično delo već pravosnažno osuđen, oslobođen od optužbe ili je postupak protiv njega pravosnažno obustavljen,

6)ako se krivični postupak ne može preduzeti zbog zastarelosti, amnestije ili pomilovanja. (čl. 452 ZKPH).

U pogledu ostalih vrsta presuda nema bitnih razlika.

VANREDNI PRAVNI LEKOVI

Vanredni pravni lekovi su:

- ponavljanje krivičnog postupka
- zahtev za zaštitu zakonitosti i
- zahtev za vanredno preispitivanje pravosnažne presude.

Zahtev za vanredno preispitivanje pravosnažne presude može podneti okrivljeni koji je pravosnažno osuđen na kaznu zatvora ili maloletničkog zatvora, ili mu je određen prinudni smeštaj, pošto je prethodno utvrđeno da je optuženi u stanju neuračunljivosti izvršio protivpravno delo, a potoje uslovi za upućivanje u psihijatrijsku ustanovu. Zahtev se može podneti zbog povrede zakona.

Okrivljeni koji nije koristio redovni pravni lek, osim u slučaju kada je drugostepenom odlukom umesto oslobođenja od kazne, uslovne osude, sudske opomene ili novčane kazne-izrečena kazna zatvora, a umesto vaspitne mere – kazna maloletničkog zatvora.

Vrhovni sud odlučuje o zahtevu za vanredno preispitivanje pravosnažne presude. (čl. 515 ZKPH).

Raznovrsni sistem vanrednih pravnih lekova, doprinosi potpunijoj pravnoj zaštiti, dok smanjenje njihovog broja redukuje i procesne mogućnosti,.

PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Zakonom je propisana mogućnost, da lica koja su sudovi bivše Jugoslavije osudili za vreme ‘komunističke vladavine’ za

- politička krivična dela,
- politički motivisana krivična dela ,
- druga krivična dela, kod kojih je do osuđujuće odluke došlo zloupotrebom političke moći,

mogu revizijom zatražiti poništenje osuđujuće odluke ili njoj odgovarajućeg drugog pravnog akta.

Pod "zloupotrebom političke moći", smatraju se slučajevi u kojima je došlo do osude, koja u svojoj izreci ili u postupku koji joj je prethodio, krši međunarodno-pravno priznata načela pravne države i demokratskog društva ili protivreči javnom poretku. (čl. 570 ZKPH).

Ostaje dilema, da li ova materija treba da bude predmet reglisanja posebnog zakona, ili joj je mesto među prelaznim i završnim odredbama Zakona o kaznenom postupku. Uobičajeno je, da se prelazne i završne odredbe svakog zakona, bave problematikom koju taj zakon reguliše, a ne novim pitanjima koja tu nalaze svoje mesto. Isto tako, uobičajeno je, da se materijalno-pravne i procesne odredbe razdvajaju. Bolje rešenje bi bilo urediti ovo posebnim zakonom.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske je kvalitetan izraz značajne i razvijene procesne tradicije na širem prostoru Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije.

Zadržana su provereno dobra procesna rešenja iz ranijih zakonskih propisa, ali su izvršene i izvesne koncepcijske izmene koje su posledica uticaja stranih praktičnih iskustava.

Jasnije su definisane nadležnosti, procesni položaj, prava i obaveze procesnih subjekata i učesnika u krivičnom postupku.

Organ koji vodi prethodni postupak je javni tužilac, i postupa pre podizanja optužnice. Prema opisu nadležnosti, pored ostalog, sprovodi istragu, dok sud sprovodi istragu na zahtev oštećenog kao tužioca, i postupa tokom sprovođenja dokaznog ročišta. Nakon podizanja optužnice, sud je organ koji sprovodi postupak. Osnovno pravo i glavna dužnost javnog tužioca je gonjenje učinilaca krivičnih dela za koja se krivični postupak vodi po službenoj dužnosti.

Predviđena je i mogućnost da stranke mogu pregovarati o uslovima za priznanje krivice i postizanje sporazuma o sankciji, a sednica optužnog veća se može i odložiti, da bi stranke okončale pregovore.

Odstupilo se od ranije prihvaćene jasne podele procesnih zaduženja pojedinih procesnih subjekata u delatnostima otkrivanja krivičnih dela, krivičnog gonjenja, dokazivanja i odlučivanja o krivičnom delu, krivici i kazni.

U novim uslovima nije moguće dosledno poštovati princip legaliteta u krivičnom postupku, ne može doći do punog izražaja ni pretpostavka nevinosti, a materijalna istina nije najvažniji cilj postupka.

Promene u kaznenom zakonodavstvu obrazlažu se najčešće "potrebama novog vremena". Krivično-procesna oblast se normativno menja, mada u toj oblasti savremene potrebe nisu na najjasniji način određene. Propisi iz oblasti procesnog zakonodavstva prilagođavaju se "modelima" karakterističnim za druge pravne sisteme. Izmene i dopune se vrše tako da se uvode novi procesni instituti, koji ni po ideji, ni po normativno-tehničkoj obradi, nisu idealno usklađeni sa konceptom zakona i ostalim procesnim institutima.

Za objektivan sud o zakonskim novelama, neophodno je i određeno vreme, kako bi se cenili značajni praktični efekti primene propisa.

Prof. dr Srećko Kosanović

Faculty of Law, Union

Belgrade

THE REVIEW OF THE PROVISIONS OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA

This article contains reviewing of the amended Criminal Procedure Law of the Republic of Croatia. The Law was published in „ Official Gazette“ no. 152/08 and 76/09. The article shows some of the procedural institutes. For that purpose, were chosen some of the new legal provisions, as well as those that indicate the differences in national procedural laws.

The paper is dealing with issues relating to: the victims of crime, measures of securing the presence of the defendant in the proceedings, the prosecutor, the procedure, evidentiary actions and temporary measures, examination of witnesses and statement of the public prosecutor about prosecution, plea bargaining and the procedure before the prosecut

Special attention was paid to the new concept of the investigation and the plea bargain, on Chamber, judgments, extraordinary remedies, transitional and final provisions.

Keywords: *victim, prosecutor, proofs, investigation, plea bargain, Criminal Procedure Act, Croatia*

Vladimir Urosevic, PhD

Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

UDK:343.533:004+336.17

Pregledni naučni rad

INTERNAL FRAUDS IN ONLINE ENVIRONMENT OF FINANCIAL BANKS

Bank fraud is a crime that has been around as long as banks themselves. Anytime there is a large amount of money floating around, there are going to be people trying to figure out ways to get to it. In developed countries, bank fraud is a serious problem that causes billions of dollars in damages every year. That doesn't mean the banks are the only victims though. Millions of people every year fall victim to monetary damages that are caused by bank fraud. Insider bank fraud is perpetrated by someone who works inside, or has access to restricted areas or information inside of the financial institution. Insider bank fraud can be difficult for banks to defend against, since so many people are put in a position of responsibility with the banks money. The author of this article tries to show the occurrence of internal bank frauds and their forms.

Key words: *Internal bank fraud, online environment, cyber crime*

1. INTRODUCTION

In the business world threat is presented by business-related frauds. Fraud losses cost the financial and retail industries more than \$200 billion annually, and industry experts indicate these losses will only increase as criminals and fraudsters become more sophisticated in their approach. To defuse this „bomb“, we need to understand fraud trends.

Consumers, merchants and banking institutions are impacted by fraud that can result in identity theft, account takeover and financial loss. The leading fraud threats include malware attacks, SQL injections, skimming, phishing and employee (internal) fraud.

Internal fraud, offline and online, is broadly defined as an employee's misuse or misappropriation of an employer's resources or assets for personal gain. Some authors define this criminal activity as: “Fraud always involves one or more persons who, with intent, act secretly to deprive another of something of value, for their own enrichment” (Davia et al. 2000, pg.143). “The use of one’s occupation for personal enrichment through the deliberate

misuse or misapplication of the employing organization's resources or assets" (ACFE, 2006, pg.6). Violations can range from asset misappropriation, fraudulent statements and corruption over pilferage and petty theft, false overtime, using company property for personal benefit to payroll and sick time abuses (Wells, 2005, pg.313).

Online banking has added another channel through which an employee can steal. If a financial institution allows employees access to customer data, and that data is the same information needed to gain online access to customer accounts, an employee can easily commit fraud. Internal fraud can be the most costly to financial institutions.

The potential for fraud can be considered as a set of risks to be managed alongside other risks. Preventive controls and the creation of the right type of corporate culture will help to reduce the likelihood of fraud occurring while detective controls and effective contingency planning can reduce the size of any losses.

About 5 percent of an organization's revenue is lost to these fraud incidents. That translates into a potential total loss approaching \$3 trillion a year, according to a report by the Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) from april 2010.¹

The two sectors most stricken by incidents of this type of fraud are two of the most regulated -- banking/financial services and the government/public administration. The problem is that the controls put into place to find and combat many forms of fraud, such as internal audits, are not so effective when it comes to detecting internal fraud.

From most studies results indicated that internal frauds were committed by individuals in one of six departments: accounting, operations, sales, executive/upper management, customer service or purchasing.

For internal fraud alone, the number of investigations at banks and other financial services firms conducted by certified fraud examiners more than doubled during 2008 and 2009 from the prior two-year period, to 298, with a median dollar loss of \$175,000 to the institutions, according to the Association of Certified Fraud Examiners from USA. This trend is expected to become even more prevalent as bank fraud continues to rise.²

¹ Article: „Fraud & Stupidity Look a Lot Alike“

Available at <http://www.bankinfosecurity.com/podcasts.php?podcastID=495> on 10.02.2011.

² Article: „Inside Jobs“

Available at: https://www.bankers-bank.com/s3web/1001995/docs/inside_job.pdf on 11.02.2011.

2. SIZE AND RISK DERIVING FROM INTERNAL FRAUDS IN ONLINE ENVIRONMENT OF THE BANKS

Internal fraud is a significant problem to the world economy of today. Organizations allocate lots of resources to internal control, a framework implemented in business practice to prevent internal fraud. These costs, together with the costs of internal fraud itself, represent a large economic cost for the business environment and did not go unnoticed (Jans et al, 2009, pg.1).

From computer viruses to employee theft, fraud is blind to the size or prominence of a company. Since the earliest days of employer-employee relationships, there have been those who have had a reason, an opportunity and a rationalization for stealing from the company they work for. Even with modern awareness and tighter security measures, internal fraud remains one of the areas of greatest potential risk to any organization.

Fraud is most often committed by employees who have financial problems and / or feel that they are somehow “owed” by their employer. Contributing factors can include drug, alcohol or gambling addictions. Common warning signs include a decline in work ethic, personality or life style changes, tips or complaints from others, and analytical anomalies in areas where the employee has access. Examples of these anomalies include:

- Unexplained changes in account balances
- Irregularities in source documents
- Missing or altered documents
- Photocopied rather than original documentation
- Incorrect endorsements on canceled checks
- Excessive debit or credit memos
- Cash shortages or overages
- Excessive late charges
- Unreasonable or changing expenses or reimbursements

Some of the more common forms of insider fraud are:

- **Identity Theft:** When a bank employee steals personal information from customers in order to sell the information or to make fraudulent purchases using a stolen identity.

- **Illegal Insider Trading:** This occurs when an insider has authority to make investments on behalf of the bank, and engages in high risk trades without the bank being aware of it. A series of illegal trades gone wrong can cause enough damage to put a bank out of business.

- **Fraudulent Loans:** Fraudulent loans can occur when a loan officer within a bank forges documents, creates false entities, or lies about the ability of the applicant to repay in order to “borrow” a sum of money from the bank that they never intend to repay.

- **Forged Documents:** A forged document claiming that a sum of money has been transferred to another account or something similar can be valuable to a con artist who doesn’t want the bank to notice any missing money.

- **Wire Fraud:** It’s common place for banks to wire large sums of money on a daily basis. An insider can fraudulently wire money to a personal account at an offshore bank. It may take a bank months or even longer to notice the missing funds.³

2.1. Types of stuff fraud in banks

An unrelated but equally important psychological factor that often directly causes organizations to become victims of fraud is the “trust factor.” This is a natural and usually overlooked tendency on the part of management to trust that subordinates are honest, loyal and dedicated and that they would never even *think* of committing fraud. Unfortunately, it is not uncommon for employees to exploit this trust to commit fraud against their employers. Many of these employees are “rookie” criminals—never having stolen from anyone until they committed fraud against their employer. This disheartening reality can exist in an organization’s department just as easily as it can occur in operations, sales and marketing or even senior management (Goldman P., 2009, p. 6). By the occasions they show their activity staff fraud can be divided in several descriptive types such as follows.

The Chancer

Many use their computer skills to test the system – or they may simply press the wrong key. If nothing happens and no one checks up, then they have found a new way to steal from the company. They use this opportunity as criminals by the opportunity.

³ Article: “Bank Fraud - Attacks From Inside and Out...”

Available at <http://www.articlesbase.com/non-fiction-articles/bank-fraud-attacks-from-inside-and-out-233600.html#ixzz1Dwpukl9g> on 10.02.2011.

The Collaborator

Within a month of joining, the right sort of new staff member may be inducted in several ways of stealing or invited to join a theft group. Criminal groups especially organized once need people that are a part of system because they can give them exact knowledge on organization or infrastructure of potential target.

The Rolling Stone

The recidivists changes jobs frequently and has left before his frauds are discovered. This crimes are very often especially because banks don't have mutual cooperation and base of data on people and employees with reasons of leaving the company. In many countries there are cases of employment of staff that were quitted by the banks for internal fraud, and then without any personal checking reemployed in another bank even on higher management positions.

The Insider

A criminal gang may recruit an existing member of staff or place one of their own within the business to find out how the system work, get access codes and passwords.

3. EARLY WARNING SIGNS THAT INTERNAL FRAUD WAS COMMITTED BY THE EMPLOYEE

Fraud indicators are clues or hints that a closer look should be made at an individual, area or activity (HM Treasury, 2011, pg. 29). In many cases it was found that employees were giving some of early warning signs both subjective and objective. Those signs can be used for early warning of banking security system that internal fraud was committed.

3.1. Subjective signs

Subjective signs could be signal that employee is committing something that is not allowed in bank, so he/she could not hide personal reaction as a fear, anxiety etc. This includes unusual ways of communication, material manifestation of unlawful gain, clues of crime that are initial information's for investigation on a level of personal reaction on crime committed etc. Some of this subjective signs are:

- Employee does not take time off
- Possessiveness of work
- Living beyond their means
- Changes in life style
- Books out of balance
- Missing documents
- Delayed deposits

3.2. Objective signs

Objective signs could be signal that employee is committing something that is not allowed in bank on a material level, with some of evidence that can be characterized as such during the investigation. Those are some of material clues that indicate committing of fraud by the stuff, material manifestation of unlawful acts, clues of crime that are initial information's for investigation etc. Some of this signs are:

- Records not organized
- Customer complaints
- Altered check items
- Duplicate payments
- Numerous payments to the same individuals
- Need for more petty cash
- Checks payable to CASH

4. DETERRING INTERNAL FRAUD IN ONLINE ENVIRONMENT OF THE BANK

In online environment of banks it is very hard to deterr internal fraud. Criminals from outside a bank aren't the only ones using the latest high-tech schemes; bank employees are also becoming more technically advanced in perpetrating fraud. If duying a bussines you have to have a resonable amount of trust in people that are hired to do the job as best as they can. So, where is that border between the trust and checking employee honesty? Key lies in sofisticated net of preventive mesaures that can be implemented in such a manner to be efective, and jet not to jeperdize trust of employee in company and its management.

Some of this mesaures for prevention can be as follows:

- Assign duties to different people
- Have bank statements available for viewing with restrictions online
- Request documentation for transactions

- Question funds transfers between accounts
- Track credit card bills monthly
- Secure business records
- Know your employees
- Compare employees with payroll
- Reconcile and verify the books monthly
- Know your bank representative
- Back up information and files

The number one detection tool is chance related, like tip-offs and detection by accident. This kind of tool is not easily influenced by corporate governance, because it is linked with corporate culture, and not with controls. The second best detection tool seems to be internal control and is a better candidate for mitigating internal fraud, since it lends itself better to govern. Internal control is currently the most prevalent mean companies use the mitigate fraud.

If we look at the definition, it is clear why internal control is important as a protection against fraud. The achievement of the first category is to encounter transaction fraud, the second to encounter statement fraud and the third category achievement is to protect the organization against fraud for the company. Following this broad definition, internal control can both prevent and detect fraud.

Because of this, financial institutions should require a password or PIN for online banking, and the password or PIN should be stored in an encrypted format. (BITS Fraud Reduction Steering Committee, 2003,pg.9). Another option is to truncate account numbers and customer data and limit employee access to the full numbers.

5. CONCLUSION

Internal fraud is a significant problem to the world economy of today. Organizations allocate lots of resources to internal control, a framework implemented in business practice to prevent internal fraud. From computer viruses to employee theft, fraud is blind to the size or prominence of a company. Since the earliest days of employer-employee relationships, there have been those who have had a reason, an opportunity and a rationalization for stealing from the company they work for. Even with modern awareness and tighter security measures, internal fraud remains one of the areas of greatest potential risk to any organization.

Online banking has added another channel through which an employee can steal. If a financial institution allows employees access to customer data, and that data is the same information needed to gain online access to customer accounts, an employee can easily commit fraud.

Preventive controls and the creation of the right type of corporate culture will help to reduce the likelihood of fraud occurring while detective

controls and effective contingency planning can reduce the size of any losses.

The border between the trust in employee and checking employee honesty lies in sophisticated net of preventive measures that can be implemented in such a manner to be effective, and yet not to jeopardize trust of employee in company and its management.

6. LITERATURE

1. **Davia, H.R.; Coggins, P.; Wideman, J.; Kastantin, J. (2000):** „*Accountant's Guide to Fraud Detection and Control*“ (2nd Edition), John Wiley & Sons: Chichester, UK, pp. 1-384.
2. **ACFE (2006):** „*ACFE Report to the nation on occupational fraud and abuse Technical report*“, Association of Certified Fraud Examiners, USA, pp. 1-64.
3. **Wells, J. (2005):** „*Principles of Fraud Examination*“ John Wiley & Sons: Chichester, UK, pp.1-442.
4. **Goldmann P. (2009):** „*Consultant Report - Outside of P-Cards: Internal Fraud in Accounts Payable and Procurement*“, National Association of Purchasing Card Professionals, USA, pp. 1-20.
5. **Jans M.; Lybaert N.; Vanhoof K. (2009):** „*A Framework for Internal Fraud Risk Reduction at IT Integrating Business Processes: The IFR² Framework*“, The International Journal of Digital Accounting Research Vol. 9, Spain, pp.1-29.
6. **Hear Majesty Treasury (2011):** „*Tackling Internal Fraud*“, Hear Majesty Treasury, UK, pp. 1-37.
7. **The Technology Group for the Financial Services Roundtable (2003):** „*Fraud prevention strategies for internet banking*“, The BITS fraud reduction steering committee, USA, pp.1-39.

Internet sites

1. <http://www.bankinfosecurity.com/podcasts.php?podcastID=495> on 10.02.2011.
2. https://www.bankers-bank.com/s3web/1001995/docs/inside_job.pdf on 11.02.2011.
3. <http://www.articlesbase.com/non-fiction-articles/bank-fraud-attacks-from-inside-and-out-233600.html#ixzz1Dwpukl9g> on 10.02.2011.

Dr Vladimir Urošević,
Ministarstvo unutrašnjih poslova Srbije

INTERNE PREVARE U ONLINE OKRUŽENJU U BANKAMA

Prevare u bankama su krivična dela koja postoje toliko dugo koliko i same banke. Svaki put kada se na nekom mestu nalazi velika količina novca u opticaju, biće i ljudi koji pokušavaju da osmisle način kako da prisvoje taj novac za sebe. U razvijenim državama prevare u bankama predstavljaju ozbiljan problem koji uzrokuje milijarde američkih dolara štete svake godine. To ipak ne znači da su banke jedine žrtve ovih prevara. Milioni ljudi svake godine postaju žrtve i trpe finansijske gubitke nastale izvršenjem internih prevara u bankama. Interne bankarske prevare vrše se od strane lica zaposlenih u bankama, koja imaju pristup informacijama banke koje su inače drugima zabranjene i nedostupne ili imaju pristup podacima drugih finansijskih institucija. Borba banaka protiv internih prevara je veoma teška, pošto u njima veliki broj zaposlenih ima pozicije i ovlašćenja da raspolaže novcem banke u svom radu. Autor ovog članka ukazuje na pojavu internih prevara u bankama i njihovih pojava oblika.

Ključne reči: interne prevare u bankama, Online okruženje, kiber kriminal

Mirana GlintiĆ
Mr Jelena Vukadinović,
Institut za uporedno pravo, Beograd

UDK:342.7(430.2+437.3)
Pregledni naučni rad

ISKUSTVA ISTOČNE NEMAČKE I ČEŠKE U OTVARANJU TAJNIH DOSIJEJA

Otvaranje dosijea tajnih službi bi trebalo posmatrati kao sastavni deo obračunavanja sa komunističkom prošlošću. U procesu formiranja novog društvenog uređenja mnoge zemlje su se odlučile za pristup otkrivanja mračne prošlosti dok se neke zadržale na principu „što je bilo u prošlosti, tu treba i da ostane“. Bilo da su se odlučile za prvi ili drugi pristup, države su morale da pređu niz problema počev od ekonomskih, socijalnih pa i političkih. Tema ovog rada je prikaz iskustava Istočne Nemačke i Češke u otvaranju tajnih dosijea, uz povremeno navođenje rešenja prihvaćenim u drugim bivšim komunističkim državama. U radu su pokazane razlike u zakonodavnim rešenjima ove dve države, koje se ogledaju u obimu dostupnosti dokumenata ali i lica koja im imaju pravo pristupa.

Ključne reči : tajni dosijeji, Istočna Nemačka, Republika Češka, zainteresovana lica, lustracija.

Godina 1989. se uzima kao godina oslobođenja od komunizma u Evropi. Od tada su neke od bivših komunističkih zemalja prošle kroz korenite reforme i neke od njih su sada članice Evropske Unije. Pored svih ekonomskih, političkih i socijalnih izazova, one pred sobom imaju i pitanje: kako se obračunati sa prošlošću. Odgovor možda leži u objavljivanju onoga što je ostalo iza tajnih službi, koje su bile jedan od najvažnijih instrumenata koji je omogućavao dominaciju i vršenje represije vladajućim političkim strankama u bivšim komunističkim zemljama. Otvaranje tajnih dosijea može pomoći u obračunavanju sa bivšim diktaturama, ali i njihovim žrtvama koje žele da izvrše rekonstrukciju svoje sudbine i da krenu u proces rehabilitacije.

Tajne službe komunističkih režima su bili izgrađene po sovjetskom modelu. Izvršavale su svoj primarni zadatak, koji se sastojao od pružanje podrške i moći vladajućim strankama, a da pri tom nisu vodile računa o osnovnim ljudskim pravima. Iako postoje razlike od zemlje do zemlje i od decenije do decenije, cilj je uvek bio da se prodre u sve oblasti društva da bi

se njima moglo kontrolisati. Stvarana je klima straha i osećaja nemoći. Komunističke tajne službe su bile slične i usko su sarađivale. Akademska istraživanja ove saradnje su još uvek na početku, pre svega jer su dosijei KGBa još uvek zatvoreni.

Dosijei tajnih službi nisu samo dokazi despotizma i nasilja; oni takođe pričaju priču opozicije i otpora. Otvaranje dosijea treba da pokaže budućim generacijama da je otpor komunističkim režimima imao veliki udeo i važnu ulogu u nastanku evropskih sloboda.

U Berlinu 2008. godine je osnovan „European Network of Official Authorities in Charge of Secret Police Files”, kao vid povezivanje sedam bivših komunističkih zemalja (Bugarska, Česka, Mađarska, Nemačka, Poljska, Rumunija i Slovačka). U svakoj od ovih sedam zemalja su osnovane posebne institucije kojima su data određena ovlašćenja. Žrtvama je dato pravo na uvid u svoj dosije. Obračunavanje sa prošlošću mora imati svoju pravnu osnovu. Podaci iz dosijea su skupljani na nelegalan način, korišćenjem pravno neograničenih ovlašćenja za upade u privatnu sferu pojedinca, kao što su prisluškivanje telefona, otvaranje pisama, uvid u medicinske datoteke itd. Bilo je neophodno da se nađe ravnoteža između prava pojedinaca na zaštitu ličnih podataka i prava javnosti da bude informisana o aktivnostima Štazija.

U određenim zemljama, grupe građana sastavljene od lica koja su bila pod prismotrom tajnih službi, posvetile su se sukobljavanju sa prošlošću. Njihova posvećenost, inspirisana, pre svega, ličnim iskustvom, podjednako je važna kao i rad državnih institucija na ovom zadatku.

Sa druge strane su zemlje, poput Španije, koje su se odlučile za neotvaranje dosijea. Španski parlament je 1977. godine ozakonio opštu amnestiju za sve dotadašnje politički motivisane zločine i odlučio da svi policijski dosijei iz Frankovog vremena ostanu zapečaćeni. Oslobođenje ljudi od tereta prošlosti je poslužilo kao sredstvo koje je uspešno pomoglo nacionalnom pomirenju.

I jedan i drugi pristup, i u okviru njih slučaj svake zemlje posebno, predstavlja rezultat uzajamnog sadejstva čitavog niza specifičnih faktora. Ne postoje dva istovetna slučaja. Tuđa iskustva mogu samo pomoći u razumevanju problema i izbegavanju grešaka prilikom donošenja odluka.

Iskustvo Istočne Nemačke

Istorijski pregled nastanka Zakona o dosijeima Službe državne bezbednosti i Savezne kancelarija za dosjee Službe državne bezbednosti

U jesen 1989. godine u Nemačkoj Demokratskoj Republici dolazi do mirne revolucije, kad su stotine hiljada građana izašle na ulice i srušile diktaturu SEDa (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands). Krajem

novembra i početkom decembra 1989. oblaci dima iznad kancelarija Ministarstva za državnu bezbednost su značili samo jedno- zaposleni u Ministarstvu su počeli sa uništavanjem dokumenata. Nastojanja aktivista u Istočnom Berlinu, Lajpcigu i Roštoku da fizički spreče uništavanje dosijea imala su puno uspeha, tako da je najveći deo ogromne dokumentacije Štazija spašen. Ipak, pripadnici snaga bezbednosti su uspjeli da unište i uklone deo dokumentacije. Kompjuterski zapis dokumenata je nestao i postoje nagađanja da je prodat na crnom tržištu za 5 000 000 DM. Osim toga, uništen je veliki deo dokumentacije Štazijevog odeljenja za spoljnu obaveštajnu službu. Uništeni su kako lični dosijei, tako i dosijei koji se odnose na zaposlene u Štaziju i nezvanične saradnike. Ali, uprkos uništavanju, arhivirano je 111 000 metara dosijea nekadašnjeg Štazija. Pored toga postoji 144 miliona slika, 31 300 tonskih zapisa i 2 756 filmova i snimaka. U skupljanju dosijea pomogli su građanski pokreti i Državni arhiv Nemačke Demokratske Republike.

Aktivisti za ljudska prava su želeli da dosijei Štazija budu dostupna javnosti. U leto 1990. godine, članovi Volkskammera (Parlament Nemačke Demokratske Republike do Oktobra 1990. godine) doneli su odluku da dosijei, koje je Ministarstvo za državnu bezbednost skupilo na nelegalan način, budu otvoreni. Takva odluka je bilo suprotna Ugovoru o ujedinjenju, koji je predviđao da dosijei budu zadržani u Saveznom arhivu. Ali, javni protesti i ponovno zauzimanje Ministarstva za državnu bezbednost doveli su do toga da rešenje o otvaranju dosijea bude inkorporirano u Ugovor o ujedinjenju.

Donošenjem Zakona o dosijeima Službe državne bezbednosti (Zakona o dosijeima Štazija, u daljem tekstu), Savezni Parlament je stvorio pravne okvire za dalje regulisanje pitanja dosijea. Zakon je stupio na snagu 29.12.1990. godine. Na taj način je otvoren put za nastanak povereništva Savezne kancelarije za dosijee Službe državne bezbednosti u bivšoj Nemačkoj Demokratskoj Republici.

Savezna kancelarija za dosijee Službe državne bezbednosti

Donošenjem Zakona o dosijeima Štazija nastao je pravni osnov za rad Savezne kancelarije za dosijee Službe državne bezbednosti.

Zadaci Savezne kancelarije su regulisani u članu 37 Zakona o dosijeima Štazija. Prema tom članu, načelnik Savezne kancelarije za dosijee Službe državne bezbednosti skuplja sve dosijee Službe državne bezbednosti, vrši njihovu procenu, raspoređuje ih, omogućava uvid u dosijee, čuva i koristi ih shodno principima arhiviranja, odgovara na pitanja, daje relevantne informacije, omogućava pristup dosijeima i izdaje njihove kopije. Savezna kancelarija, takođe, vrši ispitivanje Službe državne bezbednosti i o tome obaveštava javnost.

Pristup dosijeima i pravila o njihovom korišćenju

Pravo pristupa dosijeima je regulisano Zakonom o dosijeima Štazija. Postoje tri kategorije onih koji mogu zahtevati pristup informacijama:

- prava pojedinaca;
- korišćenje dosijea od strane javnih i privatnih institucija;
- korišćenje dosijea za novu procenu aktivnosti Službe državne bezbednosti i njiohva upotreba od strane sektora za štampu, RTV i film.

Pojedincima, istraživačima i predstavnicima medija pristup dosijeima se odobrava na osnovu podnetog zahteva. A u slučaju javnih ili privatnih institucija, potrebno je da one podnesu posebnu vrstu peticije.

Prava pojedinaca

Svaka osoba može podneti zahtev za pristup dosijeima, koji se odnose na nju. Ovo pravo nije ograničeno na nemačke državljane. Pojedinaac može da podnese zahtev za pristup svom dosijeu ili da dobije kopiju dosijea. Molba se može podneti Saveznoj kancelariji za dosijee Službe državne bezbednosti u Berlinu ili nekoj od ispostava širom Nemačke. Posebna pravila se odnose na bliske rođake nestalih ili umrlih lica. Ukoliko podnosilac zahteva želi da ga zastupa pravni punomoćnik, tad pravni punomoćnik mora biti posebno ovlašćen od strane klijenta da podnese zahtev za uvid u dosijee. Punomoćnik ima prava na uvid u informacije koje se tiču njegovog klijenta. Osnovni princip u Zakonu o dosijeima Štazija jeste da svaki pojedinac ima pravo na pristup informacijama koje se odnose na njega, al ne i na druga lica. Niko ne bi trebalo da ima pravo da povredi pravo na privatnost drugog lica. Uobičajno vreme koje je potrebno da se pronađe dosije podnosioca zahteva iznosi 12 nedelja. Kada se pronađu dokumenti koji se odnose na podnosioca zahteva, vrši se provera da li ti dokumenti, pored podataka koji se odnose na podnosioca zahteva, sadrže informacije koje se tiču i drugih lica. Ukoliko takvih informacija ima, vrši se njihova depersonalizacija(zatamnjenje). Depersonalizacija se vrši i na duplikatima dosijea i tek tad će biti dostavljeni. U ovom slučaju, uvid u original dosijea će biti moguć samo ako drugi subjekti ili treća lica daju svoj pristanak ili u slučaju kad izdvajanje ličnih podataka, koji se odnose na druge subjekte ili treće strane, nije moguće ili je moguće samo uz preterane napore, i ako ne postoji razlog da se pretpostavi da drugi subjekti ili treće strane imaju legitimne interese u čuvanju tih podataka kao tajne. Imena službenika Službe državne bezbednosti i imena nezvaničnih saradnika se ne depersonalizuju. Ako je u dosijeu sadržana šifra pod kojom je radio nezvanični saradnik, podnosilac ima pravo da sazna pravo ime tog lica. Da bi saznao ime tog saradnika, potrebo je da se podnese poseban zahtev. Ukoliko se na osnovu šifri imena službenika i ostalih okolnosti i činjenica iz dosijea može

pozitivno identifikovati o kojim službenicima je reč, a i informacije o njemu mogu biti pronađene u postojećim pripremljenim dosijeima koje subjekat pregleda ili je dobio njihove duplikate, u tom slučaju imena ovih službenika biće data subjektu podataka na njegov zahtev.

Suprotno nemačkim zakonima o arhivima, Zakon o dosijeima Štazija razlikuje 4 kategorije osoba: subjekt podataka, treća lica, službenici i beneficijar. Pravo na pristup dosijeima zavisi od toga u koju od ovih kategorija se mogu svrstati podnosilac zahteva i ostala lica koja se pominju u njegovom dosijeu. Pripadnost određenoj kategoriji lica zavisi od svrhe za koju su podaci dokumentovani u dosijeu. Subjekt podataka je osoba o kojoj je Služba državne bezbednosti namerno skupljala podatke. Treća lica su one osobe čiji lični dosjei ne postoje, ali o kojima postoje podaci u tuđim dosijeima. Službenik je svako ko je radio za Štazi, bilo kao zaposleni sa punim radnim vremenom, bilo kao nezvanični saradnik i, stoga, ima ograničeno pravo na pristup dosijeima. Na njihov zahtev, zaposleni u Štaziju će dobiti informacije koje se odnose na lične podatke koji se nalaze u njihovim ličnim dosijeima. Službenik, na svoj zahtev, može dobiti duplikat svog ličnog dosjea, ali će lični podaci koji se odnose na subjekte podataka i treća lica biti depersonalizovani. Službenik može dobiti informacije koje se odnose na izveštaje koje je on pripremio i može mu biti odobreno da pregleda ove izveštaje ako može da potvdi da za to ima poseban pravni interes. Beneficijari su lica kojima je Služba državne bezbednosti pomagala snabdevajući ih ekonomskim dobitima, štiteći ih od gonjenja za krivična dela i lica koja su uz znanje, prećutno odobrenje ili pomoć Službe državne bezbednosti učinila ili planirala krivična dela.

Prava bliskih rođaka nestalih i umrlih lica

Bliski rođaci nestalih i umrlih lica(supružnici, deca, unuci, roditelji, braća i sestre) imaju svoje lično pravo na pristup i uvid u dosije svojih rođaka. Ovo je izuzetak od pravila da svaki pojedinac ima pravo na pristup svom dosijeu. Pristup je dozvoljen samo ako blizak rođak dokaže da je uvid i dosije neophodan za : rehabilitaciju nestalog ili umrlog lica, zaštitu njegovih ličnih prava, pre svega da bi se odbacile optužbe da je nestalo ili umrlo lice sarađivalo sa Štazijem, kao i da bi se razjasnila sudbina nestalih ili umrlih lica.

Korišćenje dosjea od strane javnih i privatnih institucija

Javne i privatne institucije imaju pravo pristupa dosijeima na osnovu razloga navedenih u Zakonu. Ti razlozi obuhvataju rehabilitaciju, reparaciju, proveru da li su određena lica na bilo koji način sarađivala sa Štazijem, sprečavanje nastupanja opasnosti, provera sigurnosti i pouzdanosti određenih lica. Privatne institucije moraju u pismenoj formi da dokažu svoju podobnost i da navedu pravni osnov za svoj zahtev. Po pravilu, institucija koja je

podnela zahtev će imati pristup dosijeu preko pismenog saopštenja poslatog od strane Savezne kancelarije za dosjee Službe državne bezbednosti. Pismeno saopštenje će sadržati duplikate dosijea koji su u vezi sa razlogom koji je institucija navela u svom zahtevu. Institucije će imati fizički pristup dosijeu samo ako pismeno saopštenje nije dovoljno. Dostupne su isključivo one informacije i dosjei koji su povezani sa osobom i razlogom navedenim u podnetom zahtevu. Ukoliko se u takvim dosijeima nalaze informacije koje se odnose na subjekte podataka i treća lica, te informacije će biti depersonalizovane. Institucije ne mogu dobijene dosjee predati nekom drugom ili ih same koristiti za neke druge svrhe.

Ispitivanje saradnje sa Štazijem

Zakon o dosijeima Štazija predviđa dva načina provere da li je neko lice sarađivalo sa Štazijem: provera uz saglasnost i provera sa upoznavanjem. Provera uz saglasnost znači da je za pokretanje postupka provere potrebna saglasnost odnosnog lica. U slučaju da ono ne da saglasnost, Savezna kancelarija ne može izvršiti proveru. Provera sa upoznavanjem je ona provera kad se postupak odvija nezavisno od volje proveravane osobe, ali se ona upoznaje sa tim da je postupak provere u toku. 29.12.2006. je stupio na snagu 7. Amandman na Zakon o dosijeima Štazija, kojim je produžen rok za ispitivanje saradnje sa Štazijem do 28.12.2011. godine. Pre toga je bio predviđen rok do 28.12.2006. Lica koja mogu biti podvrgnuta proveru da li su profesionalno ili neformalno sarađivala sa Štazijem(pod uslovom da je saradnja bila svesna, tj da je proveravano lice u trenutku saradnje bilo punoletno) su: članovi Savezne ili pokrajinske vlade, poslanici i članovi opštinskih predstavničkih tela, zaposleni u javnim službama, sudije, javni tužioci... U navedenim slučajevima može se proveriti, ne samo da li je postojala saradnja sa Štazijem, već i da li je lice sarađivalo sa stranom obaveštajnom službom. Provera o nezvaničnoj ili zvaničnoj saradnji sa Štazijem, pod uslovom da je reč o saradnji pre punoletstva, uz saglasnost se može vršiti za: predsednika političkih stranaka do okružnog nivoa, lica koja obavljaju funkciju sudija časti, lica na počasnim crkvenim položajima. Ali, ako postoji osnovana sumnja o saradnji sa Štazijem ili stranom obaveštajnom službom, uslov za proveru se sa saglasnosti spušta na nivo upoznavanja. U navedenim slučajevima, reč je osobama koje se već nalaze na pomenutim funkcijama. Za proveravanje pojedinaca, koji se na određeni način bave pitanjem rekonstrukcije aktivnosti Štazija, ne postoje nikakva vremenska ograničenja. Takva su lica koja su zaposlena u javnim službama koje obrađuju zahteve koje se odnose na rehabilitaciju ili rekonstrukciju mehanizama režima bivše Nemačke Demokratske Republike. U ovu grupu lica se ubrajaju i zaposleni i u Saveznoj kancelariji za dosjee Službe državne bezbednosti. Petcija javne ili privatne institucije se odnosi samo na pitanje da li je određenlo lice

sarađivalo sa Štazijem. Prilikom traženja dosijea, moguće je da se nađe na dosijee koji su povezani sa odnosnim licem i da iz tih dosijea proizilazi da je to lice bilo pod prismotrom Štazija. Ali, u saopštenju koji Savezna kancelarija za dosijee Službe državne bezbednosti šalje podnosiocu zahteva, ti podaci neće biti napominjani. Posle obrade peticije podnete od strane javne ili privatne institucije, Savezna kancelarija za dosijee Službe državne bezbednosti će poslati saopštenje da postoje ili ne postoje indikacije o saradnji odnosnog lica sa Štazijem. Ako nema indikacija da je postojala saradnja sa Štazijem ili se iz podataka kojim se raspolaže to ne može zeključiti(jer je, na primer, i to samo lice bilo pod prismotrom Štazija), Savezna kancelarija za dosijee Službe državne bezbednosti šalje saopštenje da „ne postoje indikacije” o saradnji. Ovo pravilo se primenjuje i ako dosije nije pronađen. Međutim, ako postoje indikacije saradnje sa Štazijem, mora se voditi računa o razlozima koji isključuju mogućnost slanja saopštenja od strane Savezne kancelarije za dosijee Službe državne bezbednosti(na primer, lice je sarađivalo sa Štazijem pre svog punoletstva, saradnja sa Štazijem je se dešavala za vreme vojne službe...). Saopštenje, takođe, može biti izostavljeno ako je saradnja sa Štazijem bila okončana do 31.12.1975. godine, a da, pri tom, nije došlo ni do kakve povrede ljudskih prava. Iz dosijea može proizaći da je ispitivana osoba sarađivala, zvanično ili nezvanično, sa Štazijem. Tada se u saopštenju navodi kada, koliko dugo, pod kojim uslovima i na koji način je to lice bilo aktivno u Štaziju i na koji način je okončana ta aktivnost. Uz saopštenje se prilažu duplikati dosijea. Ako se u dosijeu nalaze lična imena subjekata podataka ili trećih lica, ona se depersonalizuju. Može se dogoditi da ne postoji konkretan dosije koji dokazuje saradnju sa Štazijem, al se to može zaključiti iz ukupnosti podataka kojima se raspolaže. U tom slučaju, u saopštenju se navodi da postoje indikacije saradnje. S obzirom na to da su nekadašnji doušnici delovali u potaji, njihovo uklanjanje sa određenih položaja je moguće samo na osnovu arhiva tajne policije. Nedostatak nemačkog sistema u vezi sa pitanjem saradnje sa Štazijem je taj što Savezna kancelarija za dosijee Službe državne bezbednosti podnosiocu zahteva ne podnosi samo podatke koje nađe u arhivu, već i daje sopstvenu interpretaciju, koja, otprilike, glasi : „S obzirom na dosijee utvrdili smo da je osoba XY je bila nezvanični saradnik Štazija”. Što znači da Savezna kancelarija donosi meritornu odluku o saradnji, a da pri tom ne ostavlja mogućnost proveravanom licu da se izjasni. Mogućnost eventualne izmene saopštenja postoji ukoliko Savezna kancelarija nađe na nove podatke u arhivu. O pitanju saradnje bi trebalo da odlučuje posebno telo u posebnom postupku, a da se saopštenje Savezne kancelarije koristi samo kao dokaz u postupku.

Korišćenje dosijea za potrebe političke i istorijske procene i njihova upotreba od strane sektora za štampu, rtv i film

Savezna kancelarija za dosjee Državne bezbednosti podržava istrživanja, medije (štampu, film, emisije), kao i centre za političko obrazovanje u njihovom radu istorijskog i političkog ispitivanja delatnosti Službe državne bezbednosti. Naučnici i predstavnici medija moraju u svom zahtevu da navedu u koje će svrhe koristiti podatke iz dosijea. Takođe, moraju obezbediti dokaze svoje namere da objave ili emituju rezultate svog istraživanja. Ako su podaci iz dosijea povezani sa navedenom temom, podnosioci zahteva mogu da vide dokumenta i da dobiju kopije. Savezna kancelarija za dosjee Državne bezbednosti mora biti oprezan i voditi računa o interesima lica navedenih u dosijeima. Ako se u dosijeu nalaze podaci koji se odnose na subjekte podataka, oni će biti depersonalizovani. Ili ne moraju biti depersonalizovani ako lice na koje se odnose podaci da svoj izričit podatak na izdavanje takvog dosijea. Istraživači i medija moraju voditi računa da se ne povrede lična prava lica navedenih u dosijeima. Isti uslovi važe za publikacije koje izdaje Savezna kancelarija za dosjee Državne bezbednosti.

Mediji

Mediji igraju važnu ulogu u ponovnom ocenjivanju nekadašnjih režima. Ovo se naročito odnosi na rasprave relevantnih tema. Često se dešava da se, tokom ovakvih istraživanja, otkriju imena bivših saradnika Štazija, a da se potom o njima raspravlja ako su oni javne ličnosti. Iako se imena Štazijevih službenika mogu saznati iz dosijea, ipak je potrebno voditi računa od slučaja do slučaja pre nego što se izade sa takvim informacijama u javnosti.

Iskustvo Češke Republike

Pristup dokumentima iz tajnih arhiva u Češkoj Republici je regulisan većim brojem zakonskih propisa. Prvi propis koji je u tom cilju donet nakon mirnog razdruživanja Češke od Slovačke bio je Zakon br.140.iz 1996.godine (u daljem tekstu Zakon 140/96). Nakon toga, Zakon je nekoliko puta menjan i dopunjavan.

Zakonom br. 140/1996. češkim državljanima je dato ograničeno pravo uvida u sopstveni dosjee. Međutim, Zakonom nije bio dozvoljen uvid u dosijea koji su bili vođeni od strane određenih ispostava službi državne bezbednosti. Kasnijim Zakonom broj 107.iz 2002. godine ovaj nedostatak je ispravljen tako da je omogućen pristup i pregled najvećem broju dokumenata iz arhiva nastalih u komunističkom periodu. Ipak, glavni pomak u otkrivanju celokupne pozadine komunističkog perioda učinjen je 2004 godine,

Zakonom br. 499 /2004. U materijalnom smislu, Zakonom je pravo pristupa prošireno na „sva zainteresovana fizička odrasla lica: češke građane i strance.“ Arhiv je jedino zadžao pravo da uskrati pristup informacijama ako se time vređaju propisi posebnog zakona o zaštiti ličnih podataka. Prema odgovarajućim odredbama zakona o zaštiti ličnih i osetljivih podataka lica koje je dobilo pravo na uvid u tajne dosjee snosi punu odgovornost za dalje korišćenje materijala kao i za dalje širenje informacija koji su dobijeni na osnovu pregleda dosjea. Dokumenti su dostupni u punom obimu, bez zatamnjenih imena agenata tajne službe (StB-a).

U proceduralnom smislu, Zakonom je u odnosu na ranija rešenja, pojednostavljen postupak podnošenja zahteva za dobijanje tajnih materijala. Predviđeno je da se zahtev osim neposrednim podnošenjem, može učiniti i u elektronskoj formi ili poštom.

Istorijat

Češka država je svoju samostalnost stekla 1993. godine, dogovorenim razdvajanjem od Slovačke, čime je prestala da postoji Čehoslovačka Republika. Pre toga, pod nacističkim režimom Češka je provela 7 godina, od 1938. do 1945. Od 1948. do 1989. godine u Čehoslovačkoj je na vlasti bila Komunistička partija, koja je zbačena 1989. godine tzv. Plišanom revolucijom („Velvet revolution“).

Tokom četiri decenije Služba državne bezbednosti (StB) tadašnje Čehoslovačke, delovala je na teritoriji sadašnje Češke države. Za to vreme snimljeno je na kilometre tajnog materijala, a nakon pada komunističkog režima se postavilo pitanje šta je sa tajnim dosijeima i imaju li građani pravo na uvid u njihovu sadržinu. Ovo pitanje je dobijalo odgovor postepeno.

Kao prvo, postavilo se pitanje koji organ će se od državnih organa unutar svoje nadležnosti baviti pitanjem otvaranja tajnih dosjea kreiranih od strane StB-a. U tom cilju je na osnovu Zakona broj 181/2007. kreirano posebno nezavisno državno telo, Institut za proučavanje totalitarnih režima, koji je počeo sa radom 1. Februara 2008. godine sa jedinim zadatkom da se bavi tekovinama komunističkog režima.

Hronologija događanja

1989. godina

U ovoj godini izvršene su neophodne pripreme za ustavne promene koje će dovesti do toga da 29. novembra Savezna skupština ukinе član 4. Ustava Čehoslovačke Republike i na taj način ukinе komunističku partiju kao vodeću partiju.

Iste (1989) godine dogodila se „plišana revolucija“ koja je omogućila otkrivanje StB dokumenata. U početku je interes za otkrivanje tajnih dokumenata uglavnom bio usmeren na nove političke lidere kako bi se otkrilo da li su oni u prošlosti radili za bivše nalogodavce ili strane službe.

Kasnije je ovaj interes proširen i na tajne aktivnosti ostalih čeških državljana.

1991.

Formirano je odeljenje koje bi se bavilo dokumentacijom i istraživanjem aktivnosti StB-a. Ovo odeljenje poslovalo je u okviru ministarstva unutrašnjih poslova. Iste godine donet je Zakon o lustraciji (451/1991) koji je kasnije izmenjen amandmanima (279/1992, 422/2000, 424/2000)

1993.

Nakon dobijanja statusa samostalne države, glavni državni tužilac stvara Koordinacioni centar za dokumentaciju i istrage protiv nasilja nad češkim narodom u periodu od 1945. do 1989. godine.

1995.

Ministarstvo unutrašnjih poslova je na osnovu zakona br. 83/1994, formiralo kancelariju koja se bavila dokumentacijom i istraživanjem zločina počinjenim od strane komunističkog režima.

1996.

26. aprila 1996. godine, skupština je donela Zakon broj 140/1996. Na osnovu ovog zakona otvoreno je oko 60 000 dosijea bivše kontra-obaveštajne službe StB-a, iako samo za češke državljane i uz zatamnjivanje tzv. "osetljivih" materijala. Osetljivom materijom su smatrana i imena doušnika, tako da su i ona ostala zatamnjena.

1998.

Zakonom br. 148/1998 omogućeno je otvaranje arhiva iz bivšeg Centralnog komiteta Komunističke partije i Arhiva Ministarstva Unutrašnjih poslova.

2002.

Osmog marta 2002. godine Skupština je izmenila Zakon iz 1996. godine, pa je Zakonom br. 107/2002, proširen obim dostupnih dokumenata. Promenjen je i pristup informacijama sadržanih u StB dokumentima. Javni pristup je proširen i na deo obaveštajnih i kontraobaveštajnih dokumenata, kao i na, bar u teoriji, dokumente Visoko tehnološkog razvoja, pasošku i viznu direkciju. Zakonom je i stranim državljanima dozvoljen pristup dokumentima.

Zakonom iz 2002. godine je svim punoletnim osobama, češkim i stranim državljanima, omogućen potpuni uvid u dosjee svih uprava StB-a, kadrovske materijale o agentima tajne policije kao i u analize i izveštaje koje

je StB pripremala za visoke partijske funkcionere. Dosijeji koje je StB vodila o konkretnim licima i u kojima mogu da se nađu i podaci intimne prirode i dalje su ostali pristupačni samo licima kojih se tiču. Svako ko ima svoj dosije u arhivi, može, međutim da drugoj osobi punomoćje da pogleda dosije, što do tada (2002) nije bilo moguće.

Oznaka strogo poverljivo je ostala samo na dosijeima koji mogu da ugroze bezbednost države. Iste godine objavljen je spisak od 160 000 imena lica koji su sarađivali sa StB-om.

2004.

30. juna Skupština donosi Zakon 499/2004 kojim je apsolutna većina dokumenata iz perioda komunističkog režima otvorena za javnost kojima je omogućen slobodan pristup. Zakon se odnosi i na snimljeni materijal, uz ograničenje da se mogu pregledati samo dokumenti stariji od 30 godina, osim ako drugačije nije određeno specijalnim zakonom

Avgusta 2007, donet je zakon o formiranju Instituta za izučavanje totalitarnih režima, kao i Arhive službe bezbednosti. Ovim zakonom je dozvoljen pregled snimljenog materijala koji potiče od organa državne bezbednosti, socijalnih organizacija i političkih partija konsolidovanih u Nacionalni Front, a koji potiču pre 1990. godine.

Institut za proučavanje totalitarnih režima počinje sa radom 1. februara 2008. godine.

Institut za proučavanje totalitarnih režima

Kao glavni cilj formiranja ovakog Instituta navedeno je proučavanje tzv. neslobodnog vremena češke istorije (1935-1948), ali i vremena provedenog pod komunističkim režimom.

U Arhivu postoji oko 550 kolekcija materijala, u ukupnom iznosu od 17, 907.7 metara materijala, 280 miliona strana materijala.

Mnogi materijali koji se nalaze u Arhivu, dostupni su javnosti na osnovu zakona 499/2004. Međutim, i pre tog zakona pristup individualnim dosijeima bio je određen zakonom 140/1996, (koji se odnosi na ministarstvo unutrašnjih poslova), a izmenjen zakonom 107/2002, o otvaranju dokumenata kreiranih od strane Službe državne bezbednosti.

Genaralni pristup dokumentima

Pristup dokumentima u Českoj je izuzetno liberalan, tako da svaka osoba koja je punoletna može samo sa važećom ličnom kartom ili drugom identifikacionom ispravom zahtevati pristup dokumentima i pregledati ih. Isto pravo je dato ne samo češkim građanima, već i strancima. Pristup je dozvoljen ne samo žrtvama i njihovim rođacima, već i drugim

zainteresovanim strankama, kao što su studenti, istraživači, novinari i historičari.

U pogledu vrste i sadržine dokumenata, na rasplaganje su stavljeni svi materijali u punom obimu, sa svim otkrivenim (decenzurisanim) delovima. Međutim, svi koji imaju pristup materijalu moraju poštovati zakon o zaštiti ličnih i poverljivih informacija. Takođe, oni snose punu odgovornost za bilo kakvu dalju obradu i korišćenje informacija koji su dobijeni tokom pregleda dokumenata.

U skladu sa Zakonom broj 499. iz 2004. godine, pregled materijala koji se nalazi u arhivu Instituta kao i pravljenje kopija dozvoljen je na osnovu pismenog zahteva fizičkog lica. Uz ovaj zahtev lice mora da obezbedi valjanu identifikacionu ispravu (pasoš ili ličnu kartu). Na osnovu člana 7, tacka 1, pregledani materijal može biti samo materijal stariji više od 30 godina, ukoliko drugačije nije predviđeno specijalnim zakonom.

Otvaranje dosijea i zaštita ličnih podataka

Česka je primljena u Evropskoj Uniji kao jedna od 10 država u talasu proširenja iz 2004. godine. Pre pristupanja Uniji, u Češkoj je izvršena harmonizacija domaćih propisa sa pravom EU. U oblasti pristupa tajnim dosijeima domaći propisi su harmonizovani sa Direktivom EU broj 1995/46 EZ. U tom cilju je prvobitno donet Zakon o zaštiti ličnih podataka koji je stupio na snagu 1. Juna 2000, kojim je zamenjen prethodni zakon iz 1992. godine, (Zakon o zaštiti ličnih podataka u informacionim sistemima). Zakon o zaštiti ličnih podataka je izmenjen juna 2004. godine, na taj način što su precizirani uslovi u pogledu saglasnosti za obradu podataka, stalnog odnosa između kontrolora podataka i subjekta obrađivanja, odaveštenja kontrolora o preduzetim radnjama, kao i mogućnosti obaveštavanja o povredi dužnosti kontrolora od strane subjekta informacije.

Godine 2007. je novim amandmanima istaknut značaj pravila o proceni rizika i mera bezbednosti koji moraju biti usvojeni pre početka obrade ličnih podataka,

Analiza zakona donetih u ovoj materiji

Odnos zakona o otvaranju tajnih dosijea i zakona o slobodnom pristupu informacija

Predviđena rešenja. U Članu 3. Zakona o slobodnom pristupu informacija (broj 106/1999) je predviđeno da se pod pojmom podnosioca zahteva smatra svako fizičko i pravno lice koje zahteva informacije.

Na osnovu člana 8. pomenutog zakona, ukoliko je zahtev za dobijanje informacija usmeren na dobijanje informacija o privatnom životu fizičkog lica koji se tiču njegove rase, nacionalnosti, političkog opredeljenja,

članstva u partijama i organizacijama, stava prema religiji, kriminalnoj aktivnosti i zdravlju, seksualnom životu i imovini, dobijene informacije se mogu proslediti drugom licu samo uz pristanak fizičkog lica na koga se podaci odnose, a ukoliko lice nije među živima informacije mogu biti date samo ako postoji uvrenje da se time ne krši ljudsko dostojanstvo, ljudska čast i dobra reputacija.

Član 3. stav e. Zakona, opisuje da u samom dosijeu postoje podaci o izvoru informacija, koliko dugo je osoba bila pod opservacijom, kao i njegove izjave date u datom vremenskom periodu.

Novim Zakonom broj 181. iz 2007 godine, predviđeno je osnivanje „Instituta” i „Arhiva”, a država se obavezala da obezbedi najveći mogući pristup spisima i aktivnostima iz vremena totalitarnog režima. Tako je prema odredbama člana 4, stav c, Arhiv obavezan da što pre učini dostupnim javnosti dokumenta iz komunističkog režima (1945-1998), iz perioda 1938-1945. kao i da obelodani delatnost službe bezbedosti. Prema odredbama člana 15. istog zakona, Arhiv može uskratiti pristup dokumentima ili onemogućiti izradu kopije arhivske građe ukoliko sadrže informacije koje su od značaja za odbranu ustavnog poretka, od velikog ekonomskog interesa, ili od interesa za bezbednost i odbranu Češke države. Na rešenje Arhiva o odbijanju, je dozvoljena žalba.

U pogledu rokova, propisani su kratki rokovi. Arhiv mora odlučiti o zahtevu najkasnije u roku od 30 dana i to samo ako zahtev sadrži elemente iz stava 8, tacke 2. i 3, a u ostalim slučajevima mora odgovoriti bez odlaganja

Rešenja u pravu EU

Pravo na slobodan pristup informacijama je u pravu EU priznato kao jedno od osnovnih prava. Član 17. Povelje o pravima i slobodama na nedvosmisleni način govori o pravu slobodnog pristupa informacijama kao jednom od osnovnih prava. Ono se realizuje kroz pravo građana da od državnih organa zahtevaju informacije uz plaćanje nužnih troškova. Ulaskom u EU i prihvatanjem tzv. komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*) ova pravila su postala obavezujuća i za Češku.

Da li se otvaranje dosijea može posmatrati kao jedno od osnovnih prava?

Zakonodavna rešenja:

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine u čl. 19. proklamuje da "svako ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja, što obuhvata i pravo da ne bude uznemiravan zbog svog mišljenja, kao i pravo da traži, prima i širi obaveštenja i ideje bilo kojim sredstvima i bez obzira na granice."

U Konveniji UN o zaštiti osnovnih prava i ljudskih sloboda u preambili je navedeno da pristup informacijama nije rezervisan samo za fizička, već i pravna lica.

Savet Evrope je doneo Preporuku državama članica broj P/81/19 o pristupu informacijama kojima raspolažu organi javne vlasti. Preporukom je predviđeno pravo građana država članica da dobiju informacije koje su u posedu državnih ili javnih vlasti. Državni organi su obavezani da daju tražene informacije, pri čemu se od lica koja traže takve informacije ne zahteva da pokažu postojanje posebnog interesa. Ograničenja u pristupu informacija mogu biti ustanovljena samo ukoliko se time vređa legitimni javni interes ili ukoliko je to neophodno zbog zaštite privatnosti i drugih legitimnih privatnih interesa.

I u Lisabonskom ugovoru je proklamovan slobodan pristup informacijama.

Mirjana GlintiĆ,
Jelena Vukadinović MA,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

EXPERIENCES OF EASTERN GERMANY AND CZECH REPUBLIC IN DISCLOSING SECRET FILES

Disclosing of secret service files should be considered as an integral part of the accounting with communist past. In the process of creating a new social order many countries have opted for the approach of discovering dark past while some maintained the principle "what happened in the past, should remain in the past." Whether they have opted for the first or second approach, the states had to solve a series of economical, social and even political issues. The main point of this paper is reviewing the experiences of Eastern Germany and Czech Republic in the disclosing of secret files, with making references to solutions adopted in other former communist countries. The paper demonstrates the differences in the legislative of two countries, which are reflected in the availability of documents and persons having access to them.

Keywords: *secret files, Eastern Germany, Czech Republic, interested parties, lustration.*

Gojko Pavlović¹,
Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka

UDK:342.7+351.78
Pregledni naučni rad

ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA KAO IMPERATIV BEZBEDNOSNE FUNKCIJE DRŽAVE

U radu se sagledava razvoj funkcija države, te delatnosti kojima se one ostvaruju. Posebno se ističe bezbednosna funkcija države u njenom klasičnom smislu, odnosno kao delatnost na pružanju bezbednosti građanima. Ova je funkcija tek u modernim liberalnim i socijalnim demokratijama prerasla u jedan od najvažnijih zadataka državnopravnih poredaka: u ustavnu, sudsku i upravnu zaštitu brojnih ličnih, političkih, radnih, imovinskih, verskih, etničkih, kulturnih i drugih prava i sloboda čoveka i građanina. U radu su, takođe, navedene međunarodnopravne i ustavnopravne garancije ljudskih prava, kao i mehanizmi njihove zaštite, te je određen sadržaj bezbednosne funkcije države.

Ključne reči: država, bezbednost, funkcije, ljudska prava, zaštita

1. Prethodno određenje pojmova države, bezbednosti i ljudskih prava

Poznati grčki filozof Aristotel je u svojoj „*Politici*“ napisao da se „do valjanog uvida u stvari, bilo da se one odnose na državu ili nešto drugo, može doći samo ako se prati njihov razvoj od samog početka“². Kroz razvoj ljudskog društva, a samim tim i razvoj teorijskopravne i filozofske naučne misli uopšte, postojalo je mnoštvo pokušaja da se shvati i objasni pojam i priroda države. Ovo nije nimalo neobično, slična je situacija i kod pokušaja definisanja niza drugih društvenih pojava.³ U literaturi se navodi da je naziv država prvi put upotrebio N. Makijaveli u XVI vijeku. U svom poznatom

¹ Autor je student II godine doktorskih akademskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu.

² Aristotel, *Politika*, Zagreb, 1988, str. 2.

³ D. Vranjanac, G. Dajović, *Osnovi prava*, Beograd, 2009, str. 39.

delu „*Vladalac*“, on kaže: „Sve države, sve vladavine kojima se upravljalo i upravlja ljudima, bile su i jesu ili republike ili monarhije“. ⁴

Kako se navodi u maloj političkoj enciklopediji, termin država se upotrebljava u više različitih značenja. „U užem smislu pod državom se podrazumeva sam državni aparat, tj. hijerarhijska organizacija sastavljena od individualnih i kolektivnih nosilaca državne vlasti... Dok u jednom širem značenju, pod državom se podrazumeva celokupno društvo obuhvaćeno jednom državnim organizacijom, dakle ne samo državni aparat, nego i teritorija i stanovništvo koji su pod istom državnim vlašću“. ⁵ Ovo drugo shvatanje države u teoriji je danas uobičajeno. ⁶

U svojoj definiciji države M. Veber kaže da je „država ona ljudska zajednica koja u okviru određene teritorije (ovdje teritorija služi kao obilježje), sa uspehom, polaže pravo na monopol na legitimnu primenu fizičkog nasilja“. ⁷ Dakle, jedno od bitnih obeležja države je da je ona organizacija s monopolom fizičke prinude koja služi vladajućoj klasi za održavanje njene ekonomske i političke vlasti. ⁸ To ne znači da država jedina raspolaže sa aparatom za fizičku prinudu. To mogu imati i druge organizacije, kao što i pojedinci mogu imati sredstva za prinudu. Ali to znači da niko ne može raspolagati sredstvima za fizičku prinudu protiv volje države. ⁹

Prema shvatanju N. Viskovića, „država je organizacija koja odgovara globalnom društvu, ima političku i suverenu vlast utemeljenu na monopolu legalne fizičke prisile i na ekonomskoj i ideološkoj moći, odnosi se na precizno određeno stanovništvo i teritoriju, a pravnim normama reguliše najvažnije društvene odnose i ostvaruje razne istorijske funkcije – počevši od osvajanja i odbrane prema drugim društvima i izrabljivanja i represije prema vlastitom stanovništvu, do s vremenom sve naglašenije uloge zaštite mira, bezbednosti i slobode i postizanja blagostanja svih pripadnika društva“. ¹⁰

O retko kojem je problemu (pojmu), pored pojma države, na području društvenih nauka, toliko često i toliko različito pisano i raspravljano kao o pojmu bezbednosti. Bezbednost je imenica i to apstraktna, odnosno misaona

⁴ N. Makijaveli, *Vladalac*, Beograd, 2005, str. 13.

⁵ Mala politička enciklopedija, *Država*, Beograd, 1966, str. 242.

⁶ S. Savić, *Osnove prava*, Banja Luka, 2005, str. 22.

⁷ M. Veber, *Privreda i društvo - II knjiga*, Beograd, 1976, str. 432.

⁸ R. Kuzmanović, M. Dmičić, *Ustavno pravo*, Banja Luka, 2002, str. 100.

⁹ R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd, 1979, str. 33.

¹⁰ N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb, 2006, str. 38.

imenica koja označava ono što nije materijalne prirode, dakle ne može se opipati, već se samo oseća i zamišlja.¹¹ Ona se, već vekovima, proučava kao jedan veoma kompleksan društveni fenomen, i to sa različitih aspekata: filozofskih, pravnih, političkih, socioloških, ekonomskih, itd. „Tako proučavanja istorije ljudskog društva upravo sugerišu na zaključak da su pitanja bezbednosti života i imovine među najstarijim problemima s kojima se čovek suočavao i nastojao da ih reši“.¹²

Korišćenje pojma bezbednosti u različitim oblastima života i rada, znatno otežava i njegovo jednoznačno definisanje.¹³ Upravo zbog toga smo i suočeni sa egzistiranjem relativno velikog broja definicija bezbednosti od kojih su neke i dijametralno različite. Prema istraživanjima, u opciji se nalazi 21 definicija koje imaju, pre svega, teorijsku vrednost, a 56 definicija čija suština traži dodatna pojašnjenja ili čak njihovo potpuno ignorisanje.¹⁴ Definicije bezbednosti obično su skrojene po meri specifičnosti vremena i mesta u kome se raspravlja o bezbednosti, ili ličnih viđenja autora, odnosno bezbednost označava različite stvari za različite ljude u različito vreme. Dodatnu konfuziju stvara i činjenica da su u srpskom jeziku u upotrebi dva izraza, *bezbednost* i *sigurnost*, koja se ravnomerno upotrebljavaju, mada nisu sinonimi.¹⁵ Istražujući ovu problematiku, grupa autora konstatuje da se bezbednost više veže za državu, njene institucije, neke pravno-političke kategorije, dakle nešto što isključuje osećajnost, određene psihičke ili unutrašnje porive, svojstvene pre svega čoveku kao živom biću. S druge strane, sigurnost smatraju kao

¹¹ S. Miletić, *Policijsko pravo*, I knjiga, Beograd, 1997, str. 1.

¹² D. Davidović, *Alternativni činioci bezbednosti*, Beograd, 2006, str. 3.

¹³ Dezintegracija bipolarnog političkog okruženja i proces globalizacije i međuzavisnosti koji se brzo širio, naročito posle završetka hladnog rata, vodio je promenama koje su imale snažan uticaj na način razmišljanja i psihologiju državnika i donosioca odluka od najvišeg do najnižeg nivoa državne i međunarodne hijerarhijske strukture. Ove promene su motivisale teoretičare bezbednosnih studija da pojam bezbednosti znatno prošire od tradicionalnog fokusa, odnosno državno centričnog shvatanja bezbednosti ka novom globalnom transnacionalnom fokusu gde se bezbednost shvata kao kompleksno pitanje koje je nužno povezano sa uticajem čoveka na promene u globalnom okruženju i uticaj globalnih promena na njegovo ponašanje. Dakle, širenje istraživačkog polja bezbednosti podrazumeva i širenje sadržaja pojma bezbednosti u svim pravcima izvan nacionalne države: na gore-prema međunarodnim institucijama, na dole-prema regionalnim ili lokalnim vladama i bočno (i lijevo i desno) prema nevladinim organizacijama, javnom mnjenju i medijima i apstraktnim snagama prirode ili tržištu. Prema: E. Rothschild, *What is Security?*, Daedalus, Vol. 124, No. 3, 1995, p. 53-107. Prema: N. Bašić, P. Stoett, *Sigurnosne studije u tranziciji*, Bihać, 2003, str. 152.

¹⁴ M. Rakić, *Bezbednosna preventiva*, Beograd, 2006, str. 27.

¹⁵ R. Masleša, *Teorije i sistemi sigurnosti*, Sarajevo, 2001, str. 3-4.

nešto što je bliže čoveku kao pojedincu ili delu neke manje zajednice ili društvene grupe.¹⁶

Pri tome, reč *bezbednost*¹⁷ potiče od prefiksa *bez* (nepostojanje, odsustvo) i reči *beda* (veliko siromaštvo, položaj koji izaziva prezir, nevolja, nesreća, zlo) i predstavlja stanje onoga koji je zaštićen od opasnosti, osiguran, siguran, bezopasan, dok *sigurnost*¹⁸ potiče od latinske imenice *sēcūrītas, ātis f.* (mir duha, bezbrižnost, sigurnost, bezopasnost) i prideva *sēcūrus* (bez brige, bezbrižan, bez bojazni, koji se ne boji nikakve opasnosti). U teoriji se navodi da se ovaj problem javlja usled različite upotrebe pojmova *safety* i *security* u stranoj literaturi, te njihovog prevođenja na srpski jezik. Na osnovu sprovedene analize ova dva pojma zaključuje se da, primena različitih termina, za pojam bezbednosti, u engleskom jeziku ne bi trebalo da dovodi do devalvacije jedinstvenog pojma i shvatanja bezbednosti u srpskom jeziku i uvođenja novih termina, te da je nepravilno uvođenje u srpsku nauku pojma sigurnosti kao zamjene za pojam *safety*.¹⁹

Dakle, pojam bezbednosti ima više značenja. Pored širokog polja proučavanja, u teoriji se još uvek vodi rasprava o tome, šta je to uopšte bezbednost: sistem²⁰, funkcija, organizacija ili stanje²¹. Od odgovora na ta pitanja, koje je stvar teorijskog opredeljenja, utvrđuju se uži pojmovi, kao što su: državna, javna i vojna bezbednost; međunarodna, nacionalna i kolektivna bezbednost; spoljna i

¹⁶ M. Ostojić, *Naučni problem teorijske definicije bezbednosti kao osnove za definisanje privatne bezbednosti*, u: *Privatna bezbednost – stanje i perspektive*, Zbornik radova, Novi Sad, 2008, str. 183.

¹⁷ Prema: Centar za civilno vojne odnose, *Pojmovnik bezbednosne kulture*, Beograd, 2009, str. 14.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ G. Pavlović, *Pravo private bezbednosti – uporedna studija*, Banja Luka, 2011, str. 19.

²⁰ Kao sistem bezbednost obuhvata organe i mere (delatnost, aktivnost) koje se sprovedu radi zaštite određenih društvenih vrednosti utvrđenih Ustavom i zakonskim aktima. Prema: S. Kovačević, *Osnovi sistema DSZ*, Beograd, 1980, str. 14; S. Kovačević, *Osnovi bezbednosti i odbrane*, Beograd, 1996, str. 51-52.

²¹ Prema O. Đorđeviću, „pojam bezbednosti se može shvatiti u tri smisla: kao funkcija, kao organizacija i kao stanje, s tim što svaki od ovih elemenata čini celinu za sebe. Kao funkcija bezbednost je nerazdvojni atribut države i pokreta bez obzira na karakter uređenja, politički sistem ili oblik vlasti. Kao organizacija ili inagurisani mehanizam zaštite, bezbednost može da ima razne oblike organizacionih formi (odgovarajućih organa) i različita ovlašćenja zasnovana i regulisana Ustavnim i zakonskim aktima, ili odlukama političke vlasti. Kao stanje bezbednost isključuje postojanje materijalnih i drugih akata uperenih protiv Ustavnog poretka, nezavisnosti, suvereniteta, teritorijalnog integriteta, oružanih snaga i drugih vrednosti koje predstavljaju zaštićena dobra.” O. Đorđević, *Leksikon bezbednosti*, Beograd, 1986, str. 25.

unutrašnja bezbednost²², a u posljednje vreme utvrđuje se i pojam privatna bezbednost. Proučavanjem ovih pitanja bave se i posebne naučne discipline.

S pravnog gledišta, najpotpuniju definiciju bezbednosti dao je S. Miletić. On bezbednost definiše kao „pravno-uređivanim i obezbeđivanim društvenim odnosima uspostavljeno, održavano i unapređivano stanje u državi koje omogućava efektivnu zaštićenost države i građana koji u njoj žive od svih (vanjskih i unutrašnjih) protivpravnih akata (aktivnosti) kojima se ugrožava ustavni poredak, suverenost, nezavisnost i teritorijalna celokupnost države, rad državnih organa, obavljanje privrednih i društvenih delatnosti i ostvarivanje slobode, prava i dužnosti čoveka i građanina“.²³

Teško da i jedan socijalno - politički ili ideološki fenomen u savremenom svetu po svojoj sveprisutnosti i značaju može konkurisati konceptu ljudskih prava²⁴. No, istovremeno, može se reći da bi isto tako teško bilo naći pojam s kojim je povezano toliko nepoznanica, dvosmislenosti i potpuno kontradiktornih osećanja. „Kao denaturalizovani vid onoga što se nekad nazivalo „*prirodnim pravima*“, ljudska prava predstavljaju, u okviru stabilnih liberalno - demokratskih zajednica, jedno od najznačajnijih dostignuća savremenog sveta i rezultat viševjekovnih napora za odbranu individualnih sloboda i vladavine prava“.²⁵

Kako navodi V. Korać, „opšte i osnovno bilo je uverenje da je svaki pojedinac sastavni dio zajednice, kao što je zajednica sastavni dio prirode, a da je priroda izraz božanske volje“.²⁶ Dakle, pojedinac se vekovima posmatrao kao dio zajednice, i njegova uloga vezivana je za ulogu u zajednici. U XVII veku, pod uticajem novog filozofskog pravca, poznatog pod nazivom racionalizam, u pravnoj nauci se razvila nova struja, odnosno racionalizam je doveo do formiranja posebne škole prirodnog prava²⁷, a u kojoj se desio određeni preokret.

²² N. Ivančević, *Sistem bezbednosti Jugoslavije - Uvod u teoriju sistema integralne bezbednosti*, Beograd, 1993, str. 29-33.

²³ S. Miletić, *op. cit.*, str. 13.

²⁴ Za izraz ljudska prava se ističe da je prilično nov i da obilježava upravo ono što se nekada nazivalo pravima čovjeka. Elenor Ruzvelt je radeći u OUN, četrdesetih godina XX vijeka, podržala upotrebu izraza ljudska prava, kada je otkrila da se pod izrazom prava čovjeka u nekim dijelovima svijeta ne obuhvataju i prava žena. Prava čovjeka su u jednom ranijem periodu i sama zamijenila prvobitni izraz prirodna prava. S. Perović, *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, str. 47, (fusnota 136).

²⁵ M. Đurković, *Poredak, moral i ljudska prava*, Beograd, 2001, str. 11.

²⁶ V. Korać, *Istorija društvenih teorija*, Beograd, 1990, str. 15.

²⁷ Vidi šire: V.F. Taranovski, *Enciklopedija prava*, Beograd, 2003.

Idejno polazište više nije Bog, kosmos, priroda iz kojih se onda izvode određena pravila, odnosno, prirodni zakoni, već je sada polazište individua i njena lična i subjektivna prava. I drugo, naglasak se premešta sa dužnosti, opštih pravila prirodnog prava koja zapovedaju ili zabranjuju na lična, urođena, subjektivna prava koja svaki pojedinac ima kao ljudsko biće, a ne kao pripadnik ove ili one države, nacije ili klase i koja su univerzalna i neotuđiva.²⁸

B. Milosavljević i D. Popović, na tragu Univerzalne deklaracije o pravima čoveka²⁹, takođe ističu da su to „prava koja pripadaju ljudima samim rođenjem. Svako ljudsko biće ih ima, kao urođena i neotuđiva. Ona postoje i pre države, pa ih pojedinac njoj ne duguje i ona ih mora poštovati“. Takvo određenje ljudskih prava je upravo u duhu tradicije škole prirodnog prava.³⁰ Dok Ž. Muržon definiše ljudska prava: „kao pravilima uređene pregorative koji isključivo pripadaju licu u njegovim odnosima sa drugim licima ili sa vlašću“.³¹

U savremenoj teoriji se mogu susresti različiti kriterijumi deobe ljudskih prava³². Sa stanovišta vremenskog nastanka, francuski

Međutim, S. Perović ističe da se „starost rodne kuće prirodnog prava utvrđuje brojem stoleća. Najstarija era, njena je postojbina. Od Aristotela i pre njega, do Kanta i posle njega, ideja i škola prirodnog prava nadživljuje vekove, da bi nam se danas predstavila imenom ljudskih prava“. Prema: S. Perović, *op. cit.*, str. 47.

Takođe, i DŽ. Finis naglašava da „prirodno pravo nema istoriju, jer su njegovi principi vječno važeći, ma koliko se poricali, zanemarivali ili otvoreno kršili. A ono što je vječno i nepromjenljivo ne može se smatrati kao istorijski fenomen (koji nastaje, traje i prestaje). Ali on ne osporava da postoji istorija shvatanja ili teorija koje tvrde da postoje principi prirodnog prava“. Prema: D. Vranjanac, *Teorija prava – odabrani tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010.

²⁸ D. Vranjanac, G. Dajović, *Osnovi prava*, Beograd, 2009, str. 216.

²⁹ Usvojena na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 10. decembra 1948. godine, Rezolucijom 217 (III). U prvom članu naglašava da su sva ljudska bića rođena slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.

³⁰ B. Milosavljević, D. Popović, *Ustavno pravo*, Beograd, 2009, str. 141. Uporedi: D. Levinson, *Encyclopedia of crime and punishment*, Volume 2, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2002, p. 861.

³¹ Ž. Muržon, *Ljudska prava*, Beograd, 1998, str. 9.

³² Međutim, ima autora koji ne prihvataju podele ljudskih prava, pogotovo ne između građanskih i političkih prava, na jednoj strani, i ekonomskih i socijalnih prava, na drugoj strani. Jedan od tih autora je i F. Prezetacznik, koji kaže: „Takva formalna podela u dva različita pravna instrumenta je veštačka, jer je ljudski personalitet nedeljiv. Pravo na život je primarno, bazično ljudsko pravo, iz koga sva ostala ljudska prava proizilaze. Sledeće bazično ljudsko pravo je pravo na slobodu i bezbednost ličnosti. Nadalje, sledi pravo na obrazovanje, koje omogućava svakom pojedincu da se osposobi za rad i učešće u političkom i društvenom životu. Sledeće je pravo na rad, koje uključuje mogućnost obezbeđenja egzistencije, na osnovu slobodno izabranog i prihvaćenog radnog mjesta. Za uživanje ovih, ali i ostalih prava,

teoretičar *Karel Vasak* je, inspirisan osnovnim principima na kojima je zasnovana Francuska revolucija, ljudska prava razvrstao u tri generacije: *prva generacija* – lična i politička prava (*sloboda*); *druga generacija* – ekonomska, socijalna i kulturna prava (*jednakost*) i *treća generacija* – prava solidarnosti (*bratstvo*).³³

2. Razvitak državnih funkcija i bezbednosna funkcija države

Većina teoretičara, dakle, slažu se u tvrdnji da je država specifična organizacija koja raspolaže monopolom na fizičku prinudu, što je, po njima, njen spoljašnji element, ali se ne slažu kada je u pitanju onaj unutrašnji, suštinski element, njena društvena funkcija i cilj njenog postojanja.

Sušтина svake društvene pojave određuje se, pre svega, s obzirom na njenu ulogu, njeno dejstvo u životu čoveka i društva. Upravo ova uloga države i njeno dejstvo nazivaju se u nauci funkcijom. Pored termina funkcija države, u nauci se uspostavljaju i termini, cilj, smisao, uloga, zadatak, delatnost, aktivnost, intervencija države. Zbog bogatstva i neodređenosti termina koji se upotrebljavaju uporedo sa terminom funkcija države, često dolazi do terminoloških i pojmovnih nesporazuma u nauci.

Prema R. Lukiću i M. Živkoviću, „pojam funkcije može se shvatiti na dva glavna načina. Prema prvom, funkcija se shvata subjektivno, kao cilj, smisao ili zadatak koji se postavlja pred državu. U objektivnom smislu, funkcija se shvata kao uloga države u društvu ili dejstvo koje proizvodi uloga države, bez obzira na cilj i zadatak koji se postavljaju državi. S obzirom da je moguće znatno nepoklapanje između ciljeva i zadataka i njihovog ostvarenja, subjektivnih namera i dejstva države u društvu, bolje je da se funkcija shvati u objektivnom smislu, kao uloga i dejstvo države u društvu.“³⁴

Dakle, o funkcijama države, takođe, postoje mnogobrojna i različita gledišta. „Po jednom gledištu funkcija države je jedinstvena bez obzira na različite pod-funkcije koje država ostvaruje svojim različitim delatnostima. Po ovom gledištu sve različite delatnosti koje država obavlja i različite uloge i dejstva koja država vrši u ovim delatnostima, mogu se svesti na jednu jedinstvenu globalno određenu ulogu države u

svakom pojedincu se mora garantovati odgovarajuća zdravstvena zaštita”. Prema: N. Vučinić, *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, Podgorica, 2001, str. 182.

³³ M. Živković, D. Simović, *Ustavno pravo*, Beograd, 2008, str. 83.

³⁴ R. Lukić, M. Živković, *Uvod u pravo*, Beograd, 1995, str. 140.

društvu. Ovo gledište naziva se sintetičkim. Nasuprot ovom postoji analitičko gledište, koje polazi od toga da država ima više različitih funkcija koje su vezane za različite delatnosti koje ona obavlja. Klasično analitičko gledište ističe postojanje dve osnovne funkcije države - spoljne i unutrašnje funkcije. Pri tome se spoljna funkcija shvata prevashodno kao vojna funkcija, mada je u nju uključena i spoljnopolićka funkcija. Unutrašnja funkcija podrazumeva zaštitu poretka, zaštitu pojedinca i njegove bezbednosti unutar države.³⁵

R. Lukić, dalje, pod državnom funkcijom podrazumeva ono što država stvarno čini u društvu, njenu stvarnu ulogu, stvarni uticaj koji ona vrši, bez obzira na ciljeve koje joj ljudi postavljaju, mada razume se ove dve stvari stoje jedna sa drugom u vezi. Državna funkcija je, po njemu, „najopštiji efekat delovanja države na društvo, onaj u kome se sažima celokupna državna delatnost u odnosu na celokupno društvo“.³⁶ Time R. Lukić u stvari utvrđuje razliku između funkcije države i delatnosti države, pri čemu se funkcija vrši putem delatnosti. Funkcija se javlja kao cilj, a delatnost kao sredstvo ostvarivanja tog cilja.

Državni se život, kako je to svojevremeno isticao S. Jovanović³⁷, manifestuje na taj način, što država pokušava da svojom kolektivnom snagom ostvari njene ideje u njenom interesu. On ističe da se državni život manifestuje u državnoj radnji na zadovoljavanju državnih interesa. Iznalaženje državnog interesa nije ništa drugo nego razmišljanje o tome šta je za državu u jednom trenutku najkorisnije da uradi. S ostvarivanjem državnog interesa prelazi se iz sfere misli u sferu činjenica, upravo da bi mogla da u spoljnom svetu da dejstvuje državna se ideja mora pretvoriti u silu.

N. Visković ističe da država i pravo, uopšteno posmatrano, imaju jedinstvene (istovrsne) funkcije. U svakom društvu, oni nemaju samo jednu funkciju, već više funkcija, čime on u stvari podržava ovo drugo, analitičko gledište. „Funkcije države i prava se u određenoj meri menjaju tokom istorije, pri čemu se starije funkcije uglavnom zadržavaju i u kasnijim državama, iako se menjaju po značaju i oblicima, što je slučaj i sa bezbednosnom funkcijom države. On ističe sledeće funkcije:³⁸ napadačko - odbrambenu funkciju, izrabljivačko – represivnu funkciju, funkciju

³⁵ *Ibid.*, str. 141-142.

³⁶ R. Lukić, *Politićka teorija države*, Beograd, 1979, str. 192-195.

³⁷ S. Jovanović, *O državi*, Beograd, 1922, str. 191-192.

³⁸ N. Visković, *op. cit.*, str. 35-38.

upravljanja velikim javnim i prisilnim radovima, *funkcija zaštite društvenog mira i sigurnosti*³⁹, tj. sprečavanja unutrašnjeg rata među društvenim grupama i samovoljnog ugrožavanja života, tela, imovine, trgovine, porodice, slobode kretanja među pojedincima i dr., funkcija pravednosti i dobrog života pripadnika zajednice i pravno-regulatornu funkciju⁴⁰. Takođe, M. Grčić kao osnovne funkcije države navodi: uslužnu, ekonomsku, pravnu, socijalnu, ideološku i bezbednosnu.⁴¹

Prema tome, bezbednost se oduvek smatra državnom funkcijom. Tako je, Pol Leroa-Bolije smatrao da država ima i može imati samo tri funkcije: da štiti bezbednost (kolektivnu, bezbednost cijeje nacije i *bezbednost pojedinca i njegovih prava*), da izriče pravo... i da čuva, odnosno prenosi nacionalnu baštinu budućim generacijama, da štiti prirodna bogatstva i reguliše vodene tokove. Prva navedena funkcija, odnosno bezbednosna funkcija države, odražava humanistički pristup zamisli bezbednosti na više nivoa, i to: pojedinačnom, socijetalnom i nacionalnom.⁴² Ovako shvaćenu bezbednost možemo definisati kao funkciju, odnosno „nerazdvojni atribut države, što podrazumeva vršenje poslova bezbednosti radi zaštite određenih vrednosti“,⁴³ među kojima su najbitnija upravo ljudska prava.

³⁹ Naravno, takvu zaštitu uživali su uvek privilegovani pripadnici vladajućih slojeva, a dosta slabu oni potčinjeni. Međutim, radi održavanja elementarnih uslova zajedničkog života i rada, državnopravni poredak je morao, barem donekle štiti i pripadnike potčinjenih slojeva. Država i pravo kažnjavali su i pripadnike vladajućih klasa kada bi kršili pravne propise, a pogotovo kada bi se suprotstavljali vlasti. Tako se vrlo rano javljaju pravila kaznenog, porodičnog, imovinskog i trgovačkog prava, te *policijski* i *sudski poslovi za zaštitu osnovnih društvenih vrednosti mira, reda i sigurnosti*. Ova državnopravna funkcija će tek sa modernim liberalnim i socijalnim demokratijama prerasti u jedan od najvažnijih zadataka državnopravnih poredaka: u zakonsku, sudsku i upravnu zaštitu brojnih ličnih, političkih, radnih, imovinskih, verskih, etničkih, kulturnih i drugih *prava i sloboda čoveka i građanina* – i to ne samo protiv privatnih povreda, već i posebno protiv povreda tih prava i sloboda od strane same državne vlasti. Funkcija države postaje, dakle, i samoograničenje njene vlasti i opasnosti od represije nad građanima.

⁴⁰ Uporedi: S. Savić, *op. cit.*, str. 55-57.

⁴¹ M. Grčić, *Politička geografija*, Beograd, 2000, str. 133. Prema: R. Gaćinović, *Uloga pravne države u izgradnji nacionalne bezbednosti*, u: *Pravni život*, tematski broj Pravo i vreme, broj 14, tom VI, Beograd, 2009, str. 401-413.

⁴² M. Bajagić, *Osnovi bezbednosti*, Beograd, 2007, str. 21.

⁴³ S. Kovačević, *Osnovi sistema DSZ*, Beograd, 1980, str. 14.

3. Zaštita ljudskih prava kao imperativ svake države

U teoriji prava, pravi se razlika između pojmova *objektivnog* i *subjektivnog* prava.⁴⁴ Objektivno pravo čine pravne norme koje propisuje zakonodavac. Po tom pravu se ljudi (ili samo građani) moraju ponašati. Objektivno pravo ne stvaraju samo domaći, nego i međunarodni organi i organizacije. Subjektivno pravo stiže se na osnovu norme objektivnog prava (ustava, zakona, međunarodnog ugovora, ili drugog opšteg pravnog akta). Ovo znači da se krug subjektivnih prava koja uživaju građani razlikuje od države s obzirom na razlike u njihovim pravnim sistemima. Takođe, postoje različite podele subjektivnih prava ali za svako od njih je svojstveno da potiču od države i njegovih nadležnih organa. Država može da propisuje, ograničava, uslovljava pa čak i da ukida ovakva subjektivna prava. Međutim, ako bi sva prava koja čovek uživa bila ovakve prirode, onda bi čovek bio potpuno potčinjen državi. Čovek ne bi bio *građanin* nego obični *podanik*.⁴⁵

Kako ističe profesor B. Milosavljević, „konceptija ljudskih prava razvijana je na ideji o pravednom uređenju odnosa između pojedinca i državnih vlasti. Prema toj koncepciji pojedinac prestaje da bude podanik države koji je imao samo dužnosti. Kao građanin, on ima izvesna prava i država ta prava mora poštovati. Ljudska prava su, dakle, prava koja svaki pojedinac uživa samom činjenicom što je ljudsko biće“.⁴⁶

Slično navodi i J. Hasanbegović: „ljudska prava su, bez svake sumnje, jedna od najvećih pravnih i društveno-političkih ideja u istoriji ideja i verovatno najveći pravni i društveno-politički izum i praktički *novum* moderne. Bez ljudskih prava nema ni građanina – postoji samo *Untertan* (što je nemačka reč za podanika, preciznija od engleske reči *subject*). Bez ljudskih prava, nema ni savremene demokratije, ni modernog ustava ili konstitucionalizma, niti pravne države shvaćene kao vladavina prava.“⁴⁷

Kako drugi autori navode, ovo pitanje se formuliše u smislu razlike koja postoji u engleskoj terminologiji između *human and legal rights*. Ovde se, u stvari, radi ne o terminološkom već o suštinskom problemu, o tome da li su naša prava (i obaveze) kao ljudskih bića data pravom, tj. oktroisana od strane dotičnog pravnog poretka ili su ona pak sama suština našeg

⁴⁴ Vidi šire: R. Radonjić, *Demokratija*, Podgorica, 2004, str. 173.

⁴⁵ B. Đurić, *Plava strana ljudskih prava*, Beograd, 2002, str. 11-12.

⁴⁶ B. Milosavljević, *Ljudska prava i policija*, Beograd, 2005, str. 15-16.

⁴⁷ J. Hasanbegović, *Kultura i/ili ideologija ljudskih prava – retorika i realnost*, u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVII, 4/2009, str. 82.

postojanja. Zaključuje se da nema sumnje da su ljudska prava ovo drugo, a da s pravne tačke gledišta ona jesu izvor i predmet određenog pravnog regulisanja, pre svega unutrašnjeg ali i međunarodnog prava.⁴⁸ Prema tome, među subjektivnim pravima postoje zbog toga neka prava koja ne zavise od dobre volje ili trenutnih potreba države, nego ih ljudsko biće ima samim tim što je ljudsko biće. Ova prava zovemo *ljudskim pravima*. Poreklo ljudskih prava, dakle, nije u pozitivnopravnom (ustavnom i zakonskom) nego u *moralnom poretku*.⁴⁹

Sve do polovine XX veka, na pitanje o priznavanju i uživanju pojedinih ljudskih prava gledalo se prevashodno kao na unutrašnju stvar država. Slabosti takvog sistema uočene su davno, tako da i ideje o stvaranju neke vrste naddržavnog mehanizma, koji bi bio u stanju da svim ljudskim bićima, bez obzira na volju zemlje u kojoj žive, obezbedi garantije njihovih urođenih prava, imaju relativno dugu istoriju. Tek u periodu posle Drugog svetskog rata i pod utiskom njegovih strašnih posledica, te su ideje postale realnost. Postepeno i uz znatne teškoće stvaran je sistem međunarodne zaštite tih prava⁵⁰. Taj sistem još uvek nije dovršen, ali je u protekle dve do tri decenije veoma uznapredovao, specijalno u određenim regionima i u vezi sa pojedinim pravima.⁵¹ Kako su ljudska prava, usmerena, pre svega, prema državi teško je očekivati da države uvek svesno ispunjavaju svoje obaveze, te da uvek zaštite ljudsko pravo koje je garantovano odgovarajućim pravnim propisom. Već sama okolnost da su ljudska prava garantovana mnogobrojnim međunarodnim ugovorima ukazuje na veoma važnu ulogu međunarodnih tela u implementaciji (primeni i zaštiti⁵²) ljudskih prava.

⁴⁸ G. Pavlović, N. Grbić-Pavlović, *Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kao osnov prevazilaženja nezaposlenosti*, u: *Nezaposlenost*, Zbornik radova, Banja Luka, 2011, str. 241.

⁴⁹ Iz ovog slede i neke druge karakteristike ljudskih prava, a prvenstveno: Korpus ljudskih prava manji je od zbira svih mogućih prava (subjektivnih i moralnih) u konkretnoj državi u jednom trenutku. Zato ponekad i govorimo o *osnovnim ljudskim pravima*. Nisu sva moralna prava koja pripadaju jednoj osobi ljudska prava. Ljudska prava ostvaruju se u državi. „Moralna potraživanja“ koja čovek ima prema drugim ljudima zaštićena su moralnim, a ne državnim sankcijama. Najveći broj ljudskih prava usmeren je isključivo prema državi. Od države se traži uzdržavanje od mešanja u privatne svrhe čoveka ili se od nje traži neko konkretno delovanje ili ponašanje. Obaveza države da se uzdržava karakteristična je za *građanska i politička prava*, a da bude aktivna za *ekonomska i socijalna prava*. Prema: B. Đurić, *op. cit.*, str. 11-12.

⁵⁰ O međunarodnoj zaštiti ljudskih prava vidi šire u: V. Dimitrijević i dr., *Osnovi međunarodnog javnog prava*, II izdanje, Beograd, 2007, str. 204-220.

⁵¹ G. Pavlović, N. Grbić-Pavlović, *op. cit.*, str. 242-243.

⁵² Detaljnije o sistemu zaštite ljudskih prava vidi kod: B., Milosavljević, *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, 2011, str. 45-48.

Kada je reč o ustavnim mehanizmima zaštite ljudskih prava⁵³, prevashodno se misli na organe i postupke kojima se ljudska prava štite, odnosno o pravnim sredstvima koja stoje na raspolaganju onome ko želi da zaštiti svoje pravo, a to su pre svega sudski organi, i to međunarodni i nacionalni⁵⁴, ali i neki drugi. Dakle, ustavi savremenih država poznaju više mehanizama za zaštitu ljudskih prava, a važnije od njih čine:⁵⁵ upravna i sudska zaštita, ustavnosudska zaštita i zaštita putem specijalizovanih organa.⁵⁶

Prema tome, danas postoji manje-više opšta saglasnost o tome da ljudska prava svakako postoje i da ih treba štiti. Dakle, ljudska prava bi ostala samo mrtvo slovo na papirima ukoliko ne bi bila obezbeđena njihova efikasna zaštita pred odgovarajućim organima, po unapred utvrđenoj preporuci.⁵⁷

4. Zaključna razmatranja

Prema rečima N. Ivančevića, „pojam bezbednosti, se određuje kao delatnost, odnosno funkcija preko koje se na pravnim i političkim osnovama, organizuje sprovođenje mera i aktivnosti države, radi zaštite njene nezavisnosti, suvereniteta i integriteta, ustavom utvrđenog unutrašnjeg poretka, kao i lične i imovinske sigurnosti građana. Bezbednost definisana u navedenom smislu, uz izvesne korekcije, predstavlja funkciju, svake države, jer se pretežno ostvaruje merama i aktivnostima, nadležnih državnih organa u okviru vršenja političke vlasti. Organi bezbednosti ili policija, su u istorijskom razvoju, najduže bili zaduženi, za obezbeđivanje zaštite društva odnosno države“.⁵⁸

Takođe, na bezbednost kao jedno od osnovnih prirodnih i nezastarivih prava čoveka, ukazuje i poznata Deklaracija prava čoveka i građanina⁵⁹ iz 1793. godine. U članu 2. Deklaracije se kaže da je cilj društva sreća svih. Vlada postoji zbog toga da zajamči čoveku uživanje prirodnih i

⁵³ Vidi šire, u: G. Pavlović, *Mehanizmi za zaštitu ljudskih prava u policijskim agencijama*, u: *Bezbednost Policija Građani*, broj 3-4, Banja Luka, 2010, str. 559-571.

⁵⁴ D. Popović, *Osnovi ustavnog prava*, Beograd, 2004, str. 89.

⁵⁵ O svakom od ovih oblika zaštite vidi, u: B. Milosavljević, D. Popović, *op. cit.*, str. 179.

⁵⁶ Misli se pre svega na: ombudsmana, nacionalne komisije za zaštitu ljudskih prava, nezavisna tela za odlučivanje o žalbama građana i druge organe.

⁵⁷ B. Milosavljević, *op. cit.*, str. 24.

⁵⁸ N. Ivančević, *op. cit.*, str. 28-29.

⁵⁹ Ustav od 24. juna 1793. ili tzv. *Druga deklaracija*.

nezastarivih prava, a to su: jednakost, sloboda, bezbednost i svojina. U članu 8. ove Deklaracije se naglašava da se bezbednost sastoji u zaštiti koju daje društvo svakome od svojih članova za odbranu njegove ličnosti, njegovih prava i njegove svojine.⁶⁰

Prema tome, sadržaj bezbednosne funkcije države jeste pre svega: zaštita suvereniteta, nezavisnosti i teritorijalne cjelokupnosti; *zaštita prava i sloboda građana, odnosno ljudskih prava*; zaštita javnog poretka; zaštita lične i imovinske sigurnosti i zaštita životne sredine.

Suština zaštite ljudskih prava kao sadržaja bezbednosne funkcije države, leži u činjenici da se obezbedi, u interesu građana ali i države, takva praksa bezbednosnih organa države koja je apsolutno u okviru prava i interesa zajednice, odnosno da se određena protivzakonita činjenja identifikuju i ukaže na njihovo ispravljanje.

Tu posebno dolazi do izražaja preventivna uloga i učenje pripadnika bezbednosnih organa zasnovano na iskustvu. Prema tome, početni koraci u udovoljavanju određenim zahtevima za poštovanjem i zaštitom ljudskih prava jeste da se obezbedi da svi pripadnici bezbednosnih organa države budu svesni svojih ovlašćenja, a pogotovo ograničenja vezanih za njih, kao i da vrše svoja ovlašćenja na zakonit i human način. Ovo pre svega zahteva dobru obuku i kvalitetan nadzor.

Da bi se obezbedilo da zaštita i poštovanje ljudskih prava budu u potpunosti priznati i prihvaćeni kao bitan element, odnosno sadržaj bezbednosne funkcije države, neophodno je čvrsto objediniti kulturu ljudskih prava u okviru kulture bezbednosnih organa države, a to zahteva kontinuiran i utvrđen program promena.

Ljudska prava će i dalje beležiti razvoj u pravcu njihovog upotpunjavanja i jačanja garantija za njihovo poštovanje, a taj će razvoj slediti osnovne principe na kojima se temelji „građevina” ljudskih prava, od kojih su najznačajniji⁶¹: *poštovanje ljudskog dostojanstva*; *univerzalnost* (svojstvena i pripadaju svim ljudskim bićima); *neotuđivost* (ne mogu biti nikom oduzeta, niti ih se iko može odreći) i *jednakost* (svako ljudsko biće ima ista ljudska prava, bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, veru, političko ili drugo mišljenje, socijalno poreklo, imovinu, rođenje ili drugi status).

Insistiranje na poštovanju ljudskih prava je dominantna preokupacija razvijenih društava i međunarodne zajednice. Ljudska

⁶⁰ D. Stojanović, *Osnovna prava čoveka*, Niš, 1989, str. 26-27.

⁶¹ B. Milosavljević, *op. cit.*, str. 15-16.

prava tako postaju vrednosni kriterijum koji ne može zaobići ni jedna društvena zajednica koja ima ambicije da sledi tokove razvitka koji odgovaraju savremenim svetskim standardima i tendencijama. Zbog toga, ostvarivanje i zaštita ljudskih prava predstavlja sadržaj bezbednosne funkcije države kao i jedno od vodećih načela pravne države i njene ustavno-pravne regulative.

5. *Literatura:*

1. Aristotel, *Politika*, Zagreb, 1988.
2. Bajagić, M., *Osnovi bezbednosti*, Beograd, 2007.
3. Bašić, N., Stoett, P., *Sigurnosne studije u tranziciji*, Bihać, 2003.
4. Centar za civilno vojne odnose, *Pojmovnik bezbednosne kulture*, Beograd, 2009.
5. Davidović, D., *Alternativni činioci bezbednosti*, Beograd, 2006.
6. Dimitrijević, V., i drugi, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, II izdanje, Beograd, 2007.
7. Đorđević, O., *Leksikon bezbednosti*, Beograd, 1986.
8. Đurić, B., *Plava strana ljudskih prava*, Beograd, 2002.
9. Đurković, M., *Poredak, moral i ljudska prava*, Beograd, 2001.
10. Gaćinović, R., *Uloga pravne države u izgradnji nacionalne bezbednosti*, u: *Pravni život*, tematski broj Pravo i vreme, broj 14, tom VI, Beograd, 2009.
11. Grčić, M., *Politička geografija*, Beograd, 2000.
12. Hasanbegović, J., *Kultura i/ili ideologija ljudskih prava – retorika i realnost*, u *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVII, 4/2009.
13. Ivančević, N., *Sistem bezbednosti Jugoslavije - Uvod u teoriju sistema integralne bezbednosti*, Beograd, 1993.
14. Jovanović, S., *O državi*, Beograd, 1922.
15. Korać, V., *Istorija društvenih teorija*, Beograd, 1990.
16. Kovačević, S., *Osnovi bezbednosti i odbrane*, Beograd, 1996.
17. Kovačević, S., *Osnovi sistema DSZ*, Beograd, 1980.
18. Kuzmanović, R., Dmičić, M., *Ustavno pravo*, Banja Luka, 2002.
19. Levinson, D., *Encyclopedia of crime and punishment*, Volume 2, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2002.
20. Lukić, R., Košutić, B., *Uvod u pravo*, Beograd, 1979.
21. Lukić, R., *Politička teorija države*, Beograd, 1979.

22. Lukić, R., Živković, M., *Uvod u pravo*, Beograd, 1995.
23. Makijaveli, N., *Vladalac*, Beograd, 2005.
24. Mala politička enciklopedija, *Država*, Beograd, 1966.
25. Masleša, R., *Teorije i sistemi sigurnosti*, Sarajevo, 2001.
26. Miletić, S., *Policijsko pravo*, I knjiga, Beograd, 1997.
27. Milosavljević, B., *Uvod u teoriju ustavnog prava*, Beograd, 2011.
28. Milosavljević, B., *Ljudska prava i policija*, Beograd, 2005.
29. Milosavljević, B., Popović, D., *Ustavno pravo*, Beograd, 2009.
30. Muržon, Ž., *Ljudska prava*, Beograd, 1998.
31. Ostojić, M., *Naučni problem teorijske definicije bezbednosti kao osnove za definisanje privatne bezbednosti*, u: *Privatna bezbednost – stanje i perspektive*, Zbornik radova, Novi Sad, 2008.
32. Pavlović, G., Grbić-Pavlović, N., *Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava u Bosni i Hercegovini kao osnov prevazilaženja nezaposlenosti*, u: *Nezaposlenost*, Zbornik radova, Banja Luka, 2011.
33. Pavlović, G., *Mehanizmi za zaštitu ljudskih prava u policijskim agencijama*, u: *Bezbednost Policija Građani*, broj 3-4, Banja Luka, 2010.
34. Pavlović, G., *Pravo private bezbjednosti – uporedna studija*, Banja Luka, 2011.
35. Perović, S., *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996.
36. Popović, D., *Osnovi ustavnog prava*, Beograd, 2004.
37. Radonjić, R., *Demokratija*, Podgorica, 2004.
38. Rakić, M., *Bezbednosna preventiva*, Beograd, 2006.
39. Rothschild, E., *What is Security?*, Daedalus, Vol. 124, No. 3, 1995, pp. 53-107.
40. Savić, S., *Osnove prava*, Banja Luka, 2005.
41. Stojanović, D., *Osnovna prava čoveka*, Niš, 1989.
42. Taranovski, V. F., *Enciklopedija prava*, Beograd, 2003.
43. Veber, M., *Privreda i društvo - II knjiga*, Beograd, 1976.
44. Visković, N., *Teorija države i prava*, Zagreb, 2006.
45. Vranjanac, D., Dajović, G., *Osnovi prava*, Beograd, 2009.
46. Vranjanac, D., *Teorija prava – odabrani tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010.
47. Vučinić, N., *Osnovi ljudskih prava i sloboda*, Podgorica, 2001.
48. Živković, M., Simović, D., *Ustavno pravo*, Beograd, 2008.

Gojko Pavlovic,
Master's Degree in Law
Police college, Banja Luka

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AS IMPERATIVE OF SECURITY FUNCTION OF STATE

The paper deals with the development of state functions and activities which they are achieved. Particularly noteworthy is the security functions of the state in its classical sense, ie as an activity of the police on providing security to citizens. This function is yet in modern liberal and social democracies evolved into one of the most important tasks of all constitutional orders: the constitutional, judicial and administrative protection of a number of personal, political, labor, property, religious, ethnic, cultural and other rights and freedoms of man and citizen. The paper also referred to international legal and constitutional guarantees of human rights, and mechanisms for their protection, and the security function of the state is determinated.

Key words: state, security, state functions, human rights, protection

Slobodan Trivić¹

UDK:343.533:004+343.241

Pregledni naučni rad

VIRTUELNI ZLOČIN I NJEGOVO SANKCIONISANJE

Vratolomna brzina tehnološkog razvoja sadašnjice, uslovljena ogromnim potrebama savremenih privrednih odnosa, rezultirala je postepenom evolucijom u pogledu dobara koja se stavljaju subjektima (fizičkim i pravnim licima) prava na raspolaganje. Dematerijalizacija sredstava prometa vrednosti (npr. hartije od vrednosti) dovela je do preispitivanja objekata imovine nekog lica kao subjekta prava. Teorijska koncepcija svojine jeste da je to neko stvarno pravo na stvari. Međutim, nove tendencije uvrštavaju jedan novi pojam – to je pojam virtuelne svojine. Virtuelna svojina predstavlja digitalnu mimiku stvarnosti, stvarajući impresiju materijalnih dobara kroz sredstva digitalne tehnologije. ²Razvitkom ovakvih novih koncepcija poimanja dobara u pravnom prometu javljaju se mnogi problemi u zaštiti titulara prava nad ovim dobrima, i stvaranju pravnog osnova da se lica koja su ta dobra ugrozila i na odgovarajući način sankcionišu. Time se, pored građanskopravne, zalazi postepeno i u domen krivičnopravne materije i određivanju bića krivičnih dela, u kojima se elementi krivičnog dela moraju specifično utvrditi, jer se njihovo određivanje vezuje za dematerijalizovanu sredinu, koja je u postpunosti satkana ne od atoma, već bitova³, što dovodi u težak položaj sudske organe koji primenjuju pravo da sa dovoljnom preciznošću okarakterišu ovakvo ponašanje kao vid društveno neprihvatljivog ponašanja. Ovaj rad će se prvenstveno baviti problematikom određivanja pojma virtuelnog zločina, i primeni ove teorijske koncepcije, kako u donetim pravnim aktima tako i u praksi koja ih primenjuje.

Ključne reči: virtuelna ekonomija, virtuelni zločin, virtuelna svojina, intelektualna svojina, kompjuterski kriminalitet.

¹ student treće godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

² Više o virtuelnoj svojini: *Virtual Property*, Joshua Fairfield, Indiana University School of Law, Research Papers 2005, <http://ssrn.com/abstract=807966>

³ Mayer-Schoenberger, Viktor and Crowley, John R., *Napster's Second Life? - The Regulatory Challenges of Virtual Worlds*. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=822385>

1. Pojam, značenje i nastanak virtuelnog zločina

Virtuelni zločin je jedna od najnovijih kategorija u domenu prava i shvatanja protvpravnog dela uopšte. Kada je u antičkom Rimu Ciceron podelio stvari (tj. objekte svojinskog prava) na *res quae sunt* (stvari koje jesu) i *res quae intelleguntur* (stvari koje se zamišljaju, tj. bestelesne stvari)⁴, time je začeo jedan novi vid pojmljenja svojinskog odnosa titulara svojinskog prava i objekta nad kojim on vrši to pravo. U današnjem pravu pojam bestelesnih stvari nije prihvaćen, i ova podela je potpuno zapostavljena, ali razvitkom tehnologije (misleći pritom na razvoj kompjuterske tehnologije) nastaje specifičan vid svojine koji zadaje velike probleme zakonodavstvu u kojem je zastupljeno. Naime, sa razvitkom internet tehnologije, elektronske mreže čija je svrha povezivanje kompjuterskih uređaja u jedan sistem razmene informacija, čineći svojevrsnu „mrežu mreža“, javljaju se posebni vidovi odnosa među korisnicima interneta u vidu virtuelnih igara na principu realnog protoka vremena (RPG).

Danas pravna teorija ima više različitih pogleda u domenu ovog pojma jer još ne postoji pravna kategorija koja jasno definiše odnose u virtuelnom svetu, jer je upravo taj svet *rerum quae intelleguntur* (svet koji se zamišlja), dakle ne postoji van ekrana računara koji koristimo. Razvoj tehnologije današnjice je uveliko promenio način života korisnika interneta: njihove knjige se nalaze u virtuelnim bibliotekama, sredstva komunikacije su takođe virtuelnog karaktera, mnogi serveri se koriste kao virtuelna skladišta u kojima korisnici deponuju svoje računarske podatke, itd. Iz navedenog je očigledno da se danas virtuelni svet u velikoj meri koristi za pružanje mnogobrojnih usluga putem interneta, i promet dobara, koja nisu materijalnog karaktera, ali imaju određenu vrednost za strane koje ta dobra razmenjuju.

Veoma je teško precizno odrediti pojam virtuelnog zločina. Dok jedni tvrde da ne postoji nikakva razlika između realnog i virtuelnog zločina, drugi se tome protive govoreći da veza između realnog zločina i izmišljene priče o realnom zločinu predstavlja veću razliku nego sličnost⁵. Jer, suština virtuelnosti jeste da se realni svet putem digitalne tehnologije reflektuje korisniku te tehnologije kao stvaran, što je nas navodi na jednostavan zaključak da virtuelnost nema nikakve veze sa stvarnošću. Tako da jedina definicija koja pomiruje ova dva shvatanja kaže da virtuelni zločin uključuje

⁴ MILOŠEVIĆ, Miroslav, Rimsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2008, str. 236.

⁵ Wikipedia, „*Meaning of virtual crime*“, Wikipedia, „*Meaning of virtual crime*“, http://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_crime

one zločine koji nekako pobuđuju ili prouzrokuju efekt i suštinu realnog zločina, ali se ne smatraju zločinima⁶.

Začetak vitruelnog zločina možemo da identifikujemo u *massive multiplayer online games* (u daljem tekstu MMO), igrama sa ogromnim brojem igrača koji intereaguju preko tih igara i njihov odnos se zasniva na upravo tim igrama. Same igre su zasnovane na real player (realni igrač) koncepciji, gde se sami igrač identifikuje sa likom u igri kojim upravlja, i preko tog virtuelnog lika „živi virtuelni život“. U samim igrama postoje mogućnosti razvijanja skupina igrača koji osnivaju posebna udruženja (klanovi, gilde, esnafi) sa ciljem da stvore monopol nad samom igrom i igračima koji u njoj učestvuju. Svaki igrač istovremeno predstavlja i ulagača u samu iru, koja doslovno „živi“ od njenih korisnika, jer i sami korisnici plaćaju za igranje, tako da se unutar samog igračkog sistema razvija određena razmena dobara, samim tim i do stvaranja određenih vrednosti. Ovim se ostvaruju osnovni uslovi za razvitak virtuelne ekonomije⁷. Virtuelna ekonomija zasnovana je na dematerizaciji sredstava razmene vrednosti, tj. ona postoje kao elektronske nominalne jedinice razmene unutar jedne igre, s tim što je njihova funkcija određivanje vrednosti predmeta koji ne postoje u stvarnosti. Dakako, iako sa velikim zaostacima (npr. igračima nije potrebno unošenje hrane u igri da bi opstali) ova vrsta ekonomije zadaje brigu zbog toga što je većina igrača prepoznaje kao stvarnu, i vodi se po njenim pravilima. Postoje primeri igrača koji zarađuju za život tako što „stvaraju“ određene oblike vrednosti (dodatna oprema za likove u igricama) i prodaju ih za pravi novac preko interneta (e – bej, npr) što znači da je njihova vrednost, iako ne postoje u realnom svetu procenjiva u novcu. A gde postoji takav sistem određivanja vrednosti i razmene dobara, postoji i njihova zloupotreba, s tim što kod virtuelne zloupotrebe ne postoji još uvek jasan zakonski pojam koji bi mogao da je podvede pod sankciju.

Prvi zabeležen slučaj virtuelnog zločina je bilo svojevrsno „silovanje u sajberprostoru“, počinjeno od gospodina Bangla⁸, koji je, na LambdaMOO MUD⁹ serveru, u vidu teksta opisivao seksualni odnos sa drugim članom tog servera, pri čemu je pomenuti tekst bio istaknut na ekranu svakog člana prisutnom na serveru. Najveći problem je taj što je gospodin Bangl virtuelni lik, kojeg su „stvorili“ studenti Univerziteta u Njujorku, zabave radi. Iako zabeležen, slučaj nikada nije dospeo na sud, jer nije imao osnova za krivični postupak, jer je odgovorna „osoba“ bila samo virtuelni lik na serveru. Iako

⁶ Cf. Brenner, *Virtual Crime*, preuzeto iz Gregory Lastowska, Dan Hunter, *Virtual Crime*, New York Law School Law Review, 2004, str. 7, <http://ssrn.com/abstract=564801>

⁷ Takođe poznata pod imenom „sintetička ekonomija“, predstavlja način razmene virtuelnih dobara u virtuelno trajnom svetu, u kontekstu jedne internet igre

⁸ Pogledaj, My Tiny Life: Crime and Passion in a Virtual World, Julian Dibbel, 1998

⁹ Srver koji pruža uslugu korisnicima da stvore virtuelne ljudskie likove i obezbeđuje interakciju sa drugim virtuelnim likovima u domenu servera, preuzeto sa <http://www.amazon.com>. My Tiny Life Passion Virtual World

na prvi pogled ne predstavlja ozbiljan slučaj, koji bi mogao sa se pripiše više nestašluku nego krivičnom delu, problem, koji uočava Džulijan Dibel, jeste da je „virtuelno silovanje“ shvaćeno od ostalih članova servera ozbiljno, kao da se ono zaista desilo.¹⁰ Danas, pojam virtuelnog zločina predstavlja ozbiljan problem u pravnim sistemima, upravo zato jer se ne mogu definisati osnovni standardi i kategorije pod kojima bi se ovakva vrsta prestupa mogla podvesti, i na kraju, sankcionisati odgovarajućom kaznom.

2. Problem sankcionisanja virtuelnog zločina

Sušтина problema sankcionisanja virtuelnog zločina leži u samoj definiciji tog pojma, jer se isključuje realnost iz učinjenog krivičnog dela, što čini, manje – više, besmislenim sam krivični postupak u kojem bi trebalo utvrditi činjenično stanje i doneti presuda. Sami termin „virtuelno“ ima dvojako značenje: u prvom označava stvari, pojave koje imaju isti efekat kao i one na koje se odnose, a u drugom jednostavno se odnose na reprezentovanje stvari, pojava koje su stvorene, simulirane sredstvima kompjuterske tehnologije.¹¹

Naime, postoje slučajevi, veoma brojni u zemljama Dalekog Istoka, gde dolazi do ozbiljnih sukoba pojedinaca posredstvom internet tehnologije, koji kulminiraju nekim vidom protivpravnog ponašanja (nasilje, prevara, zloupotreba). U tim situacijama, sami učinioci se pozivaju na uzrok koji nije jednostavan za utvrđivanje, jer se ne odvija u stvarnosti, već na kompjuterskom ekranu.

Međutim, postoje mišljenja pravnika, poput Dr Rodžer Lenga, profesora krivičnog prava na Univerzitetu u Varviku (*Warwick*), da je „moguće izvršiti krivično delo nad bilo kojim oblikom imovine, čak i one koja nije predstavljena telesnim stvarima. U pravu, tekući račun ne predstavlja gomila novca, već kreditni bilans. Ipak, ta količina novca može biti ukradena, iako ne predstavlja ništa fizičko¹².“ Takođe, gospodin Dženifer Grenik, ekspert za tehnološko pravo Centra za internet i društvo na Stenfordu kaže da nije siguran da li će države biti voljne da inkriminizuju

¹⁰ My Tiny Life: Crime and Passion in a Virtual World, Julian Dibbel, str. 21, preuzeto iz Gregory Lastowska, Dan Hunter, *Virtual Crime*, New York Law School Law Review, 2004, str. 3, <http://ssrn.com/abstract=564801>

¹¹ American Heritage Dictionary at 1922 (4th ed. 2000), preuzeto iz Gregory Lastowska, Dan Hunter, *Virtual Crime*, New York Law School Law Review, 2004, str. 6, <http://ssrn.com/abstract=564801>

¹² BBC “Does virtual crime need real justice?”, Mark Ward, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/3138456.stm

krađe on – lajn dobara u ovom trenutku, ali da je sigurno da takva dobra imaju svoju vrednost¹³.

Još jedna zanimljiva činjenica koja ide u prilog približavanju virtuelnog zločina kao realnog je ta što svaki korisnik koji želi da učestvuje u igri zasnovanoj na MMO sistemu je dužan da prihvati ugovor¹⁴ koji mu je ponuđen, i na osnovu kojeg stupa u pravni odnos sa kompanijom koja polaže sva autorska prava na tu igru. Samim tim, svaki korisnik dobara kojima raspolaže u igri nema ovlašćenje da koristi da dobra, u bilo kom obliku, u komercijalne svrhe, jer time krši ugovor koji je svojevolumno prihvatio, kao i autorska prava samog tvorca igre sa kojim je sklopio ugovor. Iako iz ovog argumenta proizilazi to da zloupotreba u virtuelnom prostoru po pravilu dovodi do građanskopravne odgovornosti za nastalu štetu, važno je istaći to da ova zloupotreba itekako predstavlja realnu opasnost po dobra drugih lica, što bi moglo da rezultuje krivičnopravnom odgovornošću, ukoliko je ta opasnost dovoljnog intenziteta.

Međutim, ono što predstavlja veliki problem jeste sledeće: da li je moguće okarakterisati virtuelni zločin kao delo kojim se ne krše ugovorne obaveze koje smo preuzeli kao korisnici, već kao ono delo koje smo učinili kao igrači u samoj igri, koristeći se virtuelnim sredstvima, kršeći pravila igre i time pridobiti korist, koja je virtuelnog karaktera, i oštetiti time drugog igrača (tj. korisnika igre), oduzimajući mu njegovo virtuelno dobro, ili ga na drugi način oštetiti? Odgovor na ovo pitanje se možda može naći u jednoj presudi gde je sud dao mišljenje o pitanju primene pravila u fudbalu, pored standardnih pravila o razumnom riziku nastajanja štete koje propisuje zakon. Sud je u ovom slučaju stao na stanovište da pravila igre imaju prednost u primeni, jer se ona tretiraju kao specijalna, u odnosu na opšta pravila propisana u zakonu, tako da je njihova primena moguća kao primarna, sve dok nisu u suprotnosti sa zakonom.¹⁵ Dalje, sudska praksa je ukazala na karakter pravila pod kojima se igra odvija, pri čemu je kao primenljiva pravila definisala samo ona pravila koja suštinski regulišu igru, i čija odsutnost znači ujedno i gubljenje svrhe same igre.¹⁶ Ovakva sudska praksa jeste i glavni razlog zašto je alglosaksonsko pravo mnogo više uzelo u obzir pojam virtuelnog, jer se iz navedenog može jasno videti da postoje određena pravila u virtuelnom svetu koja se mogu primeniti pri određivanju pojmu virtuelnog zločina, a čiji osnov ne mora izričito da stoji u zakonu.

¹³ *Idem*

¹⁴ *Licence agreement* (Ovim ugovorom ste ovlašćeni da koristite proizvode, namenjene za korišćenje igre, u vaše privatne, nekomercijalne svrhe)

¹⁵ *Hackbart v. Cincinnati Bengals Inc.* Više o tome: Dan Hunter, Gregory Lastovska, *Virtual Crimes*, NYLS/Yale, 'State of play' Conference., 2003, str. 10.

http://www.nyls.edu/user_files/1/2/23/144/216/217/218/lastowka.pdf

¹⁶ *PGA Tour Inc. v Martin, Idem.*

Na ravni virtuelnog, učinioci su korisnici virtuelnih dobara, kojima upravljaju računarskim uređajima (kompjuterima). Kako kompjuteri mogu biti iskorišteni u kriminalne svrhe, samim tim je moguće konstruisati užu definiciju virtuelnog zločina kao „zločin počinjen protiv kompjutera (kao centralne baze podataka, npr. banke) od strane kompjutera (privatnog korisnika kompjuterskog uređaja, npr. haker) sredstvima raspoloživim kompjuteru (povezanost dva uređaja preko interneta, dekodir šifri, itd)“¹⁷. Time se pokušava sročiti pravna konstrukcija bića virtuelnog zločina, gde je učinilac lice korisnik kompjuterskog uređaja, objekt nad kojim se vrši radnja jeste neka virtuelna konstrukcija (npr. baza podataka) kojoj se nanosi šteta, a sredstvo izvršenja jeste upravo ono virtuelno sredstvo (razni programi) kojim se radnja virtuelnog zločina i ostvaruje.

Ovakva konstrukcija nam pokazuje da se krivično pravo fokusira na radnju učinioca, tj. na njegov fizički akt, kojim on ugrožava neko dobro, koje može biti u materijalnoj ili nematerijalnoj formi. Time se postavlja pitanje da li krivično pravo priznaje delo koje ne predstavlja neku promenu koja nije materijalna, već virtuelna, tj. da li se može očekivati da se u biću krivičnog dela nađu elementi koji nisu materijalne prirode, već samo njihova refleksija?¹⁸

3. Način sankcionisanja dela virtuelnog zločina i njegovo suzbijanje

Ne postoji jedinstvena praksa borbe protiv ovog vida kriminaliteta. U zemljama Dalekog Istoka (Kina, Japan, Južna Koreja) internet igre predstavljaju nezaobilazan činilac u životima mnogih ljudi, a samim tim izvor virtuelnog zločina. Zaprepašćuje činjenica da oko dvadeset hiljada dela okarakterisanih kao „virtuelni zločin“ se zabeleži godišnje u ovim zemljama¹⁹.

U Kini, Kju Čengvei je osuđen na doživotnu kaznu zatvora nakon što je usmrtio nožem svog prijatelja Zua s kojim je delio korisničko ime na određenoj internet igri. Naime, Kju je pozajmio drugu svoje virtuelno dobro (koje je u ovom slučaju bio mač) koje je Zu prodao na internetu za određenu svotu novca. Kada je Kju saznao za ovu „prevaru“, otišao je stan svog druga

¹⁷ Brenner, *Virtual Crime*, 4 Cal. Crim. Law Rev. ¶ 125-27, Preuzeto iz: Gregory Lastowska, Dan Hunter, *Virtual Crime*, New York Law School Law Review, 2004, pg. 6, Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=564801>

¹⁸ Slično o tome v.: Kerr, Orin S., *Criminal Law in Virtual Worlds*. University of Chicago Legal Forum, Forthcoming; GWU Law School Public Law Research Paper No. 391, pg. 3. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1097392>

¹⁹ http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/3138456.stm

i ubio ga na licu mesta, jer nije mogao da ga tuži za „krađu virtuelnog dobra“.²⁰

U igri Sims on – lajn, 17 – godišnji dečak je napravio „sajber – bratstvo“, gde su „mušterije“ (tj. drugi korisnici) mogli da „plaćaju“ (virtuelnim novcem u igrici) da bi imali seksualne odnose preko svojih virtuelnih likova. Slučaj nije sankcionisan, ali je igra ukinuta.²¹

Dvoje dečaka u Holandiji su naterali mlađeg druga da otvori svoj korisnički račun i prenese na njihov račun određene virtuelne predmete. Iako su optuženi navodno napali dečaka i pretili mu, kazna koja im je propisana se odnosila na „krađu imaginarnih predmeta“, ne na fizičko zlostavljanje. U ovom retkom slučaju sudija je izjavio da „dobra ne moraju da budu materijalna da bi bila smatrana ukradenim“.²² Ova presuda jeste veoma značajna za određivanje pojma predmeta virtuelnog zločina, jer njegova osnovna karakteristika jeste upravo ta da je to dematerijalizovano dobro čija je celina ipak postojana, ali u vidu elektronske virtuelne tvorevine.

Termin „virtuelna pljačka“ je nastao u Japanu, kada su na on – lajn igrama igrači počeli da napadaju virtuelne likove drugih igrača, oduzimajući im predmete koje su koristili u igri, da bi ih zatim preprodali na internetu. 16. VIII 2005. godine, japanska policija je uhapsila kineskog studenta koji je osumnjičen za „pljačku“ na internet igrama.²³ U ovom slučaju se jasno vidi da se čista konstrukcija virtuelnog zločina sastoji od virtuelnog srestva izvršenja, jer se učinilac koristi sredstvom koje je u suštini elektronski podatak kojim se samo virtuelno dobro oduzima od njenog imaoca. Problem koji se ovde pred sudom javlja se sastoji u dilemi za sudiju da se opredeli za radnju izvršenja: u prvom slučaju bi to predstavljalo oduzimanje virtuelnog dobra virtuelnim dobrom, a u drugom bi se radnja izvršenja sastojala u klasičnoj povredi objekta intelektualne svojine.

14. novembra 2007. godine, holandski tinejdžer je bio uhapšen za navodnu krađu virtuelnog nameštaja iz trodimenzionalnog veb sajta Habo hotela. Tinejdžer je optužen za otvaranje lažnog veb sajta na ime hotela, da bi namamili korisnike da koriste njihov sajt i time ostavljajući mu svoje korisnički detalje, što bi optuženi mogao da iskoristi za krađu virtuelnog nameštaja, kupljenog pravim novcem.²⁴

²⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_crime

²¹ *Idem*

²² THE OBSERVER, „*Sentenced for a virtual crime*“, THE OBSERVER, „*Sentenced for a virtual crime*“, <http://observers.france24.com/en/content/20081028-sentenced-virtual-crime-netherlands-boys-theft-japanese-murder-husband>

²³ Will Knight „*Computer characters mugged in virtual crime spree*“, avgust 2005, <http://www.newscientist.com/article/dn7865-computer-characters-mugged-in-virtual-crime-spre.html>

²⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_crime

Jedna Japanka je „ubila“ svog virtuelnog muža, nakon što je saznala da se njen virtuelni muž razveo od nje bez njenog saznanja. Naime, ova je žena ilegalno ušla na ličnu stranicu dotičnog i, koristeći njegovo korisničko ime i lozinku, izbrisala ga sa igre. Optuženoj preti zatvorska kazna u trajanju od pet godina i novčana kazna od četiri hiljade evra, za ilegalni pristup računara i manipulisanju njegovim podacima²⁵. U ovom slučaju bi se teško moglo reći da je učinjeno delo zaista i virtuelni zločin, jer činjenično stanje nam govori da je ovo u stvari slučaj neovlašćenom pristupu računarskim podacima, što u stvari predstavlja posebno krivično delo u kojem je sredstvo izvršenja računarski uređaj, a ne neki računarski podatak (tj. virtuelna tvorevina čije se informacije obrađuju putem kompjutera).

Iz navedenih slučajeva se vidi i osnovni problem sa kojim se susreću sudovi – identifikovanje ponašanja učinioca koji je, služeći se sredstvima koja nisu u materijalnoj formi, ugrozio dobra određenih lica, kvalifikujući to ponašanje kao neko krivično delo propisano zakonom.

Tako se ovim delima kao osnov za njihovo sankcionisanje traži u terminu kriminaliteta vezanog za kompjutere (*computer – related crime*)²⁶, koje je formulisano i u našem pravu, Krivičnom zakonom Srbije od 2005. godine kao „krivično delo protiv računarskih podataka“²⁷. Jer, da se zapaziti, većina dela vezana za virtuelni zločin za sada je vezano za podatke koje je učinilac zloupotrebio, i time naneo štetu drugim licima.

Tako, u članu 302. KZ reguliše se neovlašćeni pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka²⁸, čime možemo videti da krivično pravo karakteriše ovu vrstu zločina kao radnju kojom jedno lice narušava integritet računarskih podataka drugog lica, tako što bez datog ovlašćenja stiče uvid u sadržaj tih podataka. Opisi drugih krivičnih dela se odnose na izmenu, zloupotrebu, uništenje računarskih podataka, kao i pravljenja određenih programa čija je funkcija da ometaju proces elektronske obrade podataka.²⁹ Međutim, teško je reći da je naše zakonodavstvo u dovoljnoj meri primenljivo kada su u pitanju radnje kojima se ne ostvaruje neovlašćen pristup, već se do tih dobara dolazi na druge načine, koji nisu predviđeni zakonom (vidi slučaj „virtuelne“ u Japanu).

²⁵ „Hapšenje zbog ubistva virtuelnog muža“, 29. oktobar 2008,

http://www.b92.net/zivot/vesti.php?yyyy=2008&mm=10&dd=29&nav_id=325972

²⁶ STOJANOVIĆ Zoran, PERIĆ Obrad, Krivično pravo – posebni deo, Pravna knjiga Beograd, 2009, str. 248.

²⁷ LILIĆ Stevan, PRLjA Dragan, *Pravna informatika (veština)*, Dosije Beograd, 2008, str.88.

²⁸ „Ko se, kršeći mere zaštite, neovlašćeno uključi u računar ili računarsku mrežu, ili neovlašćeno pristupi elektronskoj obradi podataka, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do šest meseci. Ko upotrebi dobijen podatak, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.“ – čl. 302. Krivičnog zakonika (Sl. gl. br. 111/09)

²⁹ To su krivična dela računarske sabotaze, pravljenja i unošenja računarskih virusa, računarske prevare, itd. (čl. 298 – 304. KZ)

U SAD se i ponajviše napredovalo u suzbijanju ove vrste kriminaliteta, uvođenjem organa specijalizovanih u otkrivanju ove vrste kompjuterskog incidenta. Glavni cilj istrage kompjuterskog incidenta je, kao i u slučaju klasičnog kriminala, izgraditi za pravosudne organe neoboriv ili čvrst dokaz krivice, ili dokaz za oslobađanje osumnjičenog, i/ili pravedno sankcionisanje učinjenog dela. Zbog toga koristimo pojam digitalni dokaz.³⁰ Pojam digitalnih dokaza uključuje kompjuterski uskladištene i generisane dokazne informacije, digitalizovane audio i video dokazne signale, signale sa digitalnog mobilnog telefona, informacije sa digitalnih faks mašina i signale drugih digitalnih uređaja. FBI³¹ je 1984. godine počela razvoj laboratorije i programa za ispitivanje kompjuterskih dokaza koji je izrastao u jedinstveni CART tim (*Computer Analysis and Response Team*), kasnije formiran u mnogim organizacijama u SAD.³²

U početku je koncept pronalaženja latentnog (skrivenog) dokaza u kompjuteru nazvan kompjuterskom forenzičkom analizom. Metodologija i tehnologija kompjuterske forenzičke analize obezbeđuju pouzdano čuvanje digitalnih podataka, oporavak izbrisanih podataka, rekonstrukciju kompjuterskih događaja, odvrćanje napadača, generisanje dobrih forenzičkih alata i procedura za podršku. Kompjuterska forenzička analiza primenjuje se u sledećim slučajevima: hakerskog upada, kompjuterskih pronevera, pedofilskog kruga, imigracione prevare, trgovine drogom, falsifikovanje kreditnih kartica, piraterije softvera, izbora preko interneta, falsifikata, ubistava, seksualnog uznemiravanja, krađe podataka – industrijske špijunaže, razvoda i sl.³³

Takođe, Ministarstvo pravde SAD je obrazovalo posebno odeljenje koje je nadležno za krivično gonjenje zločina učinjenih od kompjuterskih i internet korisnika, pod nazivom Odeljenje za Internet zločine i intelektualnu svojinu³⁴. Iako ne rešava širok dijapazon slučajeva koji se dešavaju uzrokovani problemima u „virtuelnom svetu“, ipak, zaštita intelektualne svojine kao virtuelnog dobra je značajan korak ka sankcionisanju virtuelnog zločina.

³⁰ Prema međunarodnoj definiciji u oblasti forenzičkih nauka digitalni dokaz je svaka informacija u digitalnom obliku koja ima dokazujuću vrednosti koja je ili uskladištena, ili prenesena u takvom obliku.

³¹ FBI – Federal Bureau of Investigation – Federalni Istražni Biro

³² <http://www2.fbi.gov/hq/lab/org/cart.htm>

³³ *Handbook of forensic services*, An FBI Laboratory Publication.

<http://www2.fbi.gov/hq/lab/org/cart.htm>

³⁴ The Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS). Погледaj: The Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS). Погледaj: <http://www.cybercrime.gov/crimes.html>

4. Zaključak

Pitanje virtuelnog zločina izuzetno kompleksno, ono može pojaviti u raznim oblicima, i može imati kobne posledice u stvarnosti, zbog čega se i javlja potreba za daljim istraživanjima ovog problema, koji u eri ekspanzije tehnološkog razvoja uzima sve više maha. Ono što i dalje ostaje kao krupno pitanje jeste razgraničenje bića ovog dela kao samostalnog, jer to je jedini način da se ponašanja poput ovih smatraju predviđenim u zakonu, što i jeste jedan od nužnih elemenata samog pojma krivičnog dela.

Međutim, upravo je tehnološka ekspanzija ta koja ujedno i jedini način da se odgovori ovom problemu, pružajući mogućnost da se odgovarajućim pravnim aktima i državnim organima stane na put ovakvom vidu ugrožavanja virtuelnih dobara, koja čine deo imovine nekog lica. Jasnije definisanje ovog dela, naprednijim dokaznim postupkom, kojim će se omogućiti efikasno suzbijanje ovog vida kriminaliteta, zasnovanog na slovu zakona.

VIRTUAL CRIME AND ITS SANCTIONING

Breathtaking pace of the technological development, caused by the huge needs of contemporary economic relations, resulted in a gradual evolution in terms of goods which are on entities' (individuals and legal persons) disposal. Dematerialization of means of transaction (i.e., securities) has led to a re-examination of objects of property of any person as a subject of rights. Theoretical concept of ownership is that it is someone's right on material things. However, new trends also included a new term - the term of virtual property. Virtual property is a digital mimicry of reality, creating the impression of material goods by means of digital technology. The development of such new concepts in the concept of property legal transactions occur many problems in the protection of the holder's right on the goods, and create a legal basis for persons who threaten the good to be appropriately sanctioned. This, in addition to civil, came gradually in the domain of the criminal matter and determining felonies, in which the elements of the crime must be specifically identified, because their determination associated with the dematerialized environment (which is entirely composed not of atoms, but bits) resulting in a difficult position of prosecuting authorities which apply the law with sufficient precision to characterize this behavior as a form of a social behavior which is not acceptable. This paper will primarily deal with the problem of determining the concept of virtual crimes, and application of this theoretical concept, as in the adopted legal acts on one side alongside practices in their implementation.

Key words: virtual economy, virtual crime, virtual property, intellectual property, computer – related crime.

³⁵ third year student at the Law Faculty University of Belgrade

Mr Marina Matić
 Institut za uporedno pravo,
 Beograd

UDK: 342.726-055.2(32)
 Pregledni naučni rad

POLOŽAJ ŽENE U STAROM EGIPTU

Položaj i prava žena su tema o kojoj se dosta govori u današnje vreme. Položaj koje žene imaju u savremenom društvu se često opisuju kao rezultat dugogodišnje borbe za prava žena. U radu se predstavlja položaj žena u starom Egiptu, prava koje su one imale, funkcije koje su zauzimale, kao i promene koje nastupaju pod uticajem starogrčke civilizacije. Žene u starom Egiptu mogle su da raspolažu i upravljaju imovinom, da zaključuju sve vrste ugovora, da usvajaju decu, oslobađaju robove, itd. U starom Egiptu razvod je bio dozvoljen, a žena je imala pravo na imovinu koju je unela u brak, kao i imovnu koja je „predbračnim“ ugovorom dogovorena da će pripasti ženi u slučaju razvoda. Egipćanke su mogle biti faraoni, komandanti vojske, veziri, pisari, vrhovne sveštenice... Takođe, žene su imale nezamenjivu ulogu u duhovnoj sferi i povezanosti države sa božanskom energijom. Iz navedenog se može videti, da su Egipćanke imale mnoga prava kojima se zapadne civilizacije hvale kao modernim tekovinama. Međutim, pod uticajem grčke civilizacije i kasnije hrišćanstva, Egipćanke postepeno gube prava, da bi kraj III veka pne, bile izjednačene sa grčkim ženama i da im je potreban tutor za svaki pravni akt.

Ključne reči: *Žene, prava, funkcije, stari Egipat, istorija*

Kada je Šampolion, nakon dešifrovanja hijeroglifa, posetio Egipat 17. januara 1829. godine, prvi put se u zapadnim naučnim krugovima rodila ideja da je postojalo jedno društvo u antičkom svetu u kome su žene i muškarci zauzimali jednak položaj u svim sferama društva. Šampolion je došao na tu pretpostavku samo posmatrajući predstave Egipćanki na brojnim hramovima u dolini Nila. Poze tih žena, uzvišenost i ljubav sa kojima su predstavljene svedoče o njihovom izuzetnom položaju, ne samo u odnosu na tadašnju grčku kulturu, već i u odnosu na društva Šampolionovog XIX veka, pa i savremenih.

Prvi Grci koji su posetili stari Egipat, bili su skandalizovani autonomijom koju su uživale Egipćanke. Kao što su ustanovili arheolozi i istoričari, Egipćanke su zauzimale najviše položaje u

državi, a to se ne dešava ni u većini modernih dekomkratija. Zahvaljujući izuzetnom pravosudnom sistemu, muškarac i žena su bili jednaki pred zakonom. Taj pravni status, koji nije dovođen u pitanje sve do vladavine Ptolomeja, grčkih vladara, omogućavao je istinsku autonomiju i jednakost oba pola sve dok je zemlja bila nezavisna. Nije jasno zašto su žene u Egiptu imale sva prava, dok u ostatku antičkog sveta njihov položaj nije bio ni približan položaju Egipćanka.

Ono što upadne u oči svakom pažljivijem turistu je ogromno poštovanje koje je davano ženama. Prikazivana je privlačna, ozarena i osvetljena, a pre svega ženstvena, i bio joj je posvećen pravi kult, jer je aktivno doprinosila svakodnevnoj izgradnji jedne velike civilizacije. Takvi prikazi su plašili prve hrišćane, koji su u strahu od zavodništva Egipćanki uništili mnoge ženske predstave ili ih prekrivali gipsom, kako bi pobjegli njihovom pogledu, božanskom osmehu i ljubavi prema životu, koju su nosile u sebi.

Manetone, jedan sveštenik kasne epohe, podelio je egipatske faraone u 30 dinastija i bio je, između ostalog, glasnik jedne tradicije prema kojoj je od II dinastije donet zakon koji je potvrđivao pravo žene da uživa kraljevsku moć, drugim rečima, može biti faraon. Faraon je kraljevski par. Otac i majka: to je priroda faraona. U svetu ljudi se to posmatra kroz par sačinjen od kralja i kraljice. Atum, glavni tvorac, potvrđuje: „oni su on-ona“, ujedinjuju se u ženski ekvivalent koji simbolizuje zmija. Par vlada Egiptom, analogno prvom božanskom paru, koji čine Šu i Tefnut, koje ponekad simbolizuju dva lava. Nema ni jednog primera faraona u celibatu, jer da bi se slavili obredi i održao odnos između neba i zemlje, neophodna je glavna kraljevska supruga. Nasuprot tome, ženski faraon ne mora da ima ljudskog muža, pošto u sebi nosi u sebi muški princip, kao što je Izida u sebi nosila Horsa, već ostaje faraon, „otac i majka“. Kraljice su učestvovala u upravljanju zemljom; daleko od toga da su bile „prve dame“, udaljene i bez vlasti, one su morale da preuzimaju funkcije žena Države i birale su se na osnovu svog ponašanja i sposobnosti da ispune taj zadatak. Iz tog razloga tekstovi ističu, bilo njihov autoritet bilo njihovu lepotu. Ono što je vrednovano i primenjivano je duhovna uloga žene, aktivno učešće u stvaranju misli.

Iz zakonskih propisa saznajemo da su žene mogle da upravljaju i raspolazu privatnom imovinom, uključujući nepokretnosti (i zemlju), pokretna dobra, poslugu, robove, životinje, novac, finansijske instrumente, zadužbine i anuitete. Žena je mogla

samostalno da upravlja celokumnom imovinom, mogla je da zaključi poravnanje, sve vrste ugovora (brak/razvod), mogla je da ostavi testament, oslobodi robove, usvaja decu, pokrene parnicu. Takođe, žena je mogla da bude svedok na sudu.

Institucija braka u antičkom Egiptu nije predstavljala obavezan čin. Ni jedan zakon nije primoravao ženu da živi sa muškarcem: ona je imala potpunu zakonsku autonomiju i sama je raspolagala svojim dobrima, niko je nije ocenjivao kao neodgovornom. Grci su to smatrali gotovo nemoralnim. Ipak, brak je činio važan deo života i već sa 15 godina ako ne i ranije, Egipćanka je mogla da postane supruga. Ako zaljubljena žena odluči da se uda niko nije mogao da je spreči u tome. Otac nije imao pravo da nameće nekog kandidata ćerki. U faraonskom Egiptu, nevinost supruge nije predstajala pitanje časti, niti razlog za brigu. Devojku ništa nije sprečavalo da ima seksualne odnose pre braka. U starom Egiptu postojao je i običaj stavljanja braka „na probu“. Ako zaljubljeni tako odluče, sklopili bi neku vrstu ugovora prema kome bi u trajanju od recimo devet meseci par živeo zajedno, a pre toga bi muškarac ostavljao neke poklone za ženu u hramu. Ukoliko bi bila ona ta koja je prekinula ugovor, muškarac bi zadržavao ta dobra, a u obrnutom slučaju založeni pokloni bi pripali ženi, koja bi se vratila roditeljskom domu. Prema svetim tekstovima, brak obavezno predstavlja zajednički život. Takođe se savetuje muškarcu da podigne sopstvenu kuću, jer će tako nova porodica, budući samostalna, izbeći svađe i neslogu. Udajom, egipatska žena nije uzimala prezime muža, već je zadržavala sopstveno i čak je rado isticala sopstveno poreklo. Kada bi promenila svoje ime ili čak, kao u nekim zapadnim društvima, bila nazivana imenom i prezimenom svog muža, to bi za nju značilo negiranje postojanja same osobe. Prema egipatskom shvatanju ime predstavlja deo života koji omogućava da se pobedi smrt, i brak sigurno ne bi trebalo da bude taj koji će poništiti život. Razvod je bio lična stvar i država se nije mešala, osim u slučajevima kada su supružnici to zahtevali. Skoro svaki razlog je mogao biti naveden kao osnov za okončanje braka.

Kada su u pitanju imovinska prava Egipćanka je mogla da stekne imovinu nasleđivanjem, poklonom i kupovinom. Prema egipatskom imovinskom pravu, žena je imala pravo na trećinu imovine supruga koja je stečena nakon sklapanja braka. Ukoliko je žena unela imovinu u brak (na primer u formi miraza), ta imovina je ostajala njena i nakon sklapanja braka. U slučaju razvoda ta imovina je morala da se vrati ženi, pored imovine koja je predviđena bračnim

ugovorom da će biti data ženi u slučaju razvoda. Nakon smrti supruga žena je nasljeđivala jednu trećinu imovine, a dve trećine je deljeno između dece. Žena je mogla da liši svu decu nasleđstva (samo u pogledu imovine koju je donela u brak ili njenog dela bračne tekovine) ili samo neku (testament Naunakht).

Egipćanka čitav život zadržava pravnu autonomiju, koju ni novi brak ne dovodi u pitanje. Niko je ne može lišiti dobara, kojima slobodno raspolaže. Ono što je nasledila od svojih roditelja može slobodno, bez konsultacije sa mužem, da testamentom ostavi svojoj deci, uz jasne napomene šta je kome ostavila. Bilo kao ćerka, bilo kao supruga, Egipćanka je mogla da nasleđuje, delimično ili u celini.

Ahotep, žena faraon, poslednji vladar XVII dinastije i vladar Gornjeg Egipta, za vreme okupacije Hiksa, uspela je da ujedini dve zemlje (Gornji i Donji Egipat), zahvaljujući svojoj odlučnosti da istera osvajače. Ahotep je preuzela komandu nad delom vojske i ugušila pobunu Nubijaca na jugu zemlje, koji su se udružili sa Hiksima, koji su se u tom periodu branili od sina Ahotep, Ahmesa osnivača čuvene XVIII dinastije. Zbog istaknute uloge u gušenju pobune, Ahotep je odlikovana sa tri zlatne muve, najvišim odlikovanjem, koje su za izuzetne zasluge dobijali samo generali ili vojnici. Tako da možemo reći da je ova izuzetna vladarka zauzevši poziciju heroja, ušla u vojnu sferu do tada rezervisana isključivo za muškarce.

Jedna od prvih dužnosti faraona bila je da izgrade hramove, počivališta bogova, tako da oni mogu da borave na Zemlji i da doprinose punom duhovnom i društvenom razvoju ljudske zajednice. Hatšepsut, koja se ubraja u društvo najznačajnijih faraona, nije bila izuzetak. Dala je da se izgrade i restauriraju svete građevine na čitavoj teritoriji Egipta, tokom cele svoje vladavine. Od Karnaka do Luksora dala je da se izgrade male kapele, koje su služile kao stanice za svetu barku tokom procesija, dok je u unutrašnjosti hrama u Karnaku podigla nekoliko obeliska, kao i njen otac, faraon Tutmes I. Projekat izgradnje obeliska bio je veoma složen: trebalo je isklesati gigantski monolit od preko 300 tona u kamenolomu granita u Asuanu, onda ga preneti do Karnaka i uzdići. Da bi se podigla dva obeliska bilo je potrebno preko sedam meseci rada. Takođe je podigla jedan od simbola arhitektonskih dostignuća starog Egipta, svoj Hram za milion godina u Deir-el-Bahri.

Tuja, velika kraljevska supruga Setija I, majka Ramzesa II, koji je vladao Egiptom 67 godina, je bila čuvar duhovnosti faraonske monarhije i žena snažne ličnosti. Tuja je nadživela supruga, barem za

22 godine i tokom prvih dvadeset godina vladavine svog sina, ispoljavala je značajan uticaj na dvoru. Obzirom da je Ramzes II bio istinski vezan za svoju majku, pored brojnih statua i bareljefa posvećenih sećanju na nju, podigao joj je kolosalnu statuu od skoro 3 metra, koja predstavlja moćnu ženu na visokom položaju. Ova gigantska statua, gotovo apoteoza moći, kao i njene brojne predstava pored faraona i njegove porodice, svedoče o tome da uzdignute predstave sa neretko sakralnim značenjem nisu bile rezervisane samo za muškarce na položaju.

Desna ruka kraljevskog bračnog para bio je vezir, jedna vrsta premijera sa višestrukim funkcijama. Zahvaljujući jednom otkrivenom dokumentu, među imenima na spisku istaknutih funkcionera pojavljuje se ime Nebet, koja je bila sudija i vezir. To je redak slučaj, ali nije jedini izuzetak. Ono što tekst otkriva jeste da je pomenuta žena imala sve potrebne kvalitete za dobrog vezira. Takođe postoje brojna svedočanstva da su žene zauzimale rukovodeće pozicije svih administrativnih institucija (direktorka provincija, gradonačelnik, direktorka trezora, bolnica, tekstilne industrije, hramova, bile su pisari, kapetani brodova, itd). Sa izuzetkom vojske, žena je imala pristup gotovo svim aktivnostima koje su karakterisale faraonsko društvo.

Pored svih ovih običnih i neobičnih uloga u kojima vidimo Egipćanke, takođe nalazimo primere u kojima su Egipćanke žrtve krivičnih dela (uključujući i silovanje koje se oštro kažnjavalo) i kao učinioce krivičnih dela. U ovom poslednjem slučaju, žene su mogle biti osuđivane. Muškarci i žene su bili nezavisni pred zakonom, a samim tim kazne su bile iste. Naravno da su postojale žene kriminalci, iako se njihova imena na spiskovima zatvorenika mnogo ređe nalaze. Možemo videti da se žena posebno štitila: majka osuđena na društveno korisni rad se nije odvajala od deteta. Takođe, nezavisan položaj žena se ogleda i u tome da se žena nije mogla smatrati odgovornom za krivicu muža, niti je podnosila posledice koje su njemu određene. Poznat je primer osuđenih žena u takozvanoj „haremskoj zaveri“. Harem u Egiptu nema karakteristike otomanskih harema, već je neka vrsta administrativne institucije, kojim je upravljala faraonova supruga, a članice su mogle biti sveštenečke supruge, ali i buduće sveštenice, koje su se tamo obrazovale, kao i druge kraljevske supruge.¹ Zavera je kovana protiv Ramzesa III, a

¹ U Egiptu nije postojala poligamija, osim na dvoru.

kada je otkrivena ženske osuđenice su bile kažnjene odsecanjem nosa i ušiju, a neke su bile podstaknute da izvrše samoubistvo.

Treba imati na umu da su u Staroj Grčkoj žene imale vrlo ograničena prava prema kojima bi od rođenja do smrti umesto nje odlučivao *kyrios* (otac, brat, muž ili zakonski staratelj), koji je odlučivao umesto nje, brinuo se o njoj i zastupao njene interese. Taj zavisani i podređen položaj se ogledao i u bračnoj zajednici, gde žena nije sama birala svog muža, nije imala ravnopravan položaj u braku i mogla je biti oterana iz tog braka bez ikakvog povoda, nakon čega bi zadržavala samo svoj miraz. Takođe nisu imale pravo glasa niti bilo kakvog uticaja na javni i politički život. Nisu nasleđivale niti raspolagale bilo kakvom imovinom. Obzirom na ovakvu tradiciju i poimanja Grka, u periodu njihove vladavine Egiptom do donošenja izmena u položaj Egipćanki u II veku pre nove ere, ravnopravno su bila na snazi dva pravna sistema u Egiptu. Egipćanke su i dalje bile slobodne i ravnopravne, dok su Grkinje morale, zatvorene u svojim kućama, da se povinuju Grčkim zakonima. Jedino ukoliko bi došlo do mešovitih sporova, strane bi mogle da biraju prema kom zakonu žele da se postupa. Nije teško pogoditi koji zakon su Egipćanke, budući da su jedino one mogle slobodno da se pojavljuju pred sudom, radije birale.

U III veku pre nove ere, Ptolomejska dinastija je donela Hermopolis zakonik kojim je počela delimično da ograničava slobodu žene dajući joj manja nasledna prava u odnosu na muške naslednike, kada je bilo u pitanju nasleđivanje zemlje. U slučaju nasleđivanja zemljišta preminulog ono se delilo na onoliko parcela koliko je bilo dece preminulog, i žive i mrtve. Prema tom Zakoniku svako muško dete (ili naslednici tog deteta) prema redosledu rođenja, bi birali parcele. Tek kada bi muškarci završili sa biranjem, ženskoj deci bi bilo dozvoljeno da izaberu svoje parcele (prema hronološkom redosledu). Ptolomej Filopator (221-205 p.n.e.) je položaj egipatske ženu doveo na nivo grčke, namećući joj tutora za svaki pravni ili trgovinski akt. Tako da je došlo do promene jednakosti između muškarca i žene, što je bila suštinska vrednost faraonske civilizacije.

Do ostvavanja Aleksandra Makedonskog egipatska žena je uživala puna prava, koja nisu ostvarena ni u jednoj zemlji na svetu sve do I svetskog rata. A to moderno dostignuće nekih zemalja je ograničeno samo na društveni i ekonomski sektor. A u duhovnom sektoru, nivo koji je dostizala Egipćanka, nikad više nije dostignut nakon rušenja faraonske civilizacije. Njene vrednosti su bile suviše

slobodne i otvorene da bi bile utamničene u dogmatske religije. Naime, žene su kao i muškarci mogle da zauzimaju pozicije prvosveštenika u bilo kom kultu, a u božanskoj regeneraciji zemlje i povezanosti monarhije sa božanskom energijom, su zauzimale nezamenljivu poziciju. U današnjem hrišćanskom društvu, ne samo pozicija pape i patrijarha, već i običnih sveštenika su isključivo muške. Isto se odnosi i na rabine i imame.

Drugi korak u smeru smanjenja prava žena bilo je načinilo hrišćanstvo. Jedan od prvih očeva Crkve, Klement Aleksandrijski, mislio je još oko 180. nove ere da „u Hristu ne postoje ni muškarac ni žena“, njegov savremenik Tertulijan je zauzeo radikalno neprijateljsku poziciju prema ženi, smatrajući da njoj nije dozvoljeno da govori u crkvi, da podučava, da daje darove crkvi, niti da preuzima na sebe ni jednu mušku funkciju ni u jednoj sveštenečkoj kariki. Hrišćanstvo, judaizam i islam su dali ženi duhovno inferioran položaj.

Antička Grčka dostignuća u oblasti filozofije, nauke, demokratskog političkog uređenja i umetnosti su preko Rima i kasnije Vizantije postala osnovno nasleđe evropske moderne misli. Za razliku od široko rasprostranjenih grčkih ideja, koje su ostale zapisane na grčkom pismu, za koje nije bilo potrebno dvadeset vekaova da se dešifruje i prevede, egipatsko društvo, iako je bilo otvoreno i imalo razvijenu trgovinu za zemljama čitavog Mediterana, nije imalo presudnog uticaja na razvoj zapadne civilizacije i njegova zaostavština se ne može videti ni u jednoj sferi modernog života Evrope. Bilo da se radi o arhitekturi, medicini, religiji, mitovima ili društvenom uređenju, sa izuzetnim položajem žena, čime se ovaj tekst bavio, estetski i duhovni svet starog Egipta se toliko razlikovao od svog savremenog okruženja da se čini da je bilo nepojmljivo da dođe do bilo kakvog kulturnog prožimanja.

Iako treba da budemo zahvalni za svoje antičko nasleđe, nazadna rodna društvena podela je bila toliko uvrežena u ljudskoj svesti, da je bilo potrebno da prođe XIX vekova nove ere da bi društvo, odnosno pre svega žene, uopšte započele borbu za svoja prava i preko još jednog veka da bi barem formalno ostvarile jednakost. Kao što se iz gore navedenog vidi, potrebno je još rada, a tome i služe i moderni zakoni koji podstiču pozitivnu diskriminaciju, da bi se dostigla potpuna ravnopravnost, koju otkrivamo kod egipatske žene, koja je živela pre tri milenijuma.

Literatura:

1. C. Jacq, *Le donne dei faraoni, il mondo femminile dell'Antico Egitto*, Oscar Storia Mondadori, Milano, 2007;
2. B. Lesko, *The Remarkable Women of Ancient Egypt*, Providence, 1987;
3. P. Pestman, *Marriage and Matrimonial Property in Ancient Egypt*, Leiden, 1961;
4. S. B. Pomeroy, *Women in Hellenistic Egypt from Alexander to Cleopatra*, New York, 1984;
5. P. Troy, *Patterns of Queenship in Ancient Egyptian Myth and History*, Uppsala, 1986;
6. J. Tyldesley, *Daughters of Isis, Women of Ancient Egypt*, Harmondsworth, 1994;
7. W. A. Ward, *Essay on Feminine Titles of the Middle Kingdom and Related Subjects*, Beyrouth, 1986;
8. B. Watterson, *Women in Ancient Egypt*, New York, 1991.

Marina MatićInstitute of the Comparative Law,
Belgrade

POSITION OF THE WOMEN IN ANCIENT EGYPT

Position and rights of the women are often discussed subjects in the present time. Position that women have in modern society are described as result of the long lasting fight for women rights. In the article position of the women in Ancient Egypt is presented, rights that they had, functions that they performed, as well as changes that occurred based on the influence of the Ancient Greek civilization. Women in the Ancient Egypt could manage and dispose the property, sign contracts, adopt children, relief slaves, etc. In the Ancient Egypt divorce was allowed and women have right to keep property that was her before marriage, and to get part of the property in line with the premarital contract. Egyptian women could be pharaohs, army commander, viziers, scribes, high priest, etc. Additionally, women had irreplaceable role in the spiritual sphere of the life and connection of the empire with the divine energy. From the above mention we could see that the Egyptian women have many rights that the Western civilizations are emphasized as modern achievements. However, under the influence of the Greek civilization and latter Christianity, Egyptian women gradually were losing their rights, and at the end of the III century BC, they were equal with the Greek women and they needed tutor for each legal act.

Key words: women, human rights, position, ancient Egypt, history

Dimitri Novaković,
Pravni fakultet u Kragujevcu

UDK:342.24+342.4(73)
Pregledni naučni rad

THE HARTFORD CONVENTION AND THE NULLIFICATION CRISIS

Problemi nulifikacije, kao prava savezne države da proglasi ništavim akte federalne vlasti, i secesije najznačajniji su pravna pitanja prvih decenija postojanja SAD. Taj period obeležiće žestoka politička borba pristalica i protivnika prava saveznih država na nulifikaciju i secesiju. Autor u ovom članku analizira dva bitna događaja u ovoj borbi: konvenciju u Hartfordu i Nulifikacionu krizu. Iako se ova dva događaja razlikuju, oba imaju korene u rezolucijama Virdžinije i Kentakija. Secesija je u tom smislu shvatana kao poslednje pravno i političko sredstvo koje pripada saveznim državama protiv neustavnih akata federalne vlade kao odraz njihove suverenosti. Ta teorija će svoje pravno uobličenje dobiti u pisanjima Džona Kalhuna. S druge strane, teorija protivnika nulifikacije i secesije neće biti pravno formulisana sve do tridesetih godina devetaestog veka.

Ključne reči: federalizam, secesija, nulifikacija, konvencija u Hartfordu, Nulifikaciona kriza

I. INTRODUCTION

The issue of state sovereignty and states' rights is one of the most controversial in the American Constitutional history. Or at least it used to be the most controversial in the first seventy years of United States' history. In the essence it is the question of the nature of the Union. Since the formation of the Union, the question has been raised and debated on numerous occasions. The first time the discussion had serious impact on American society was after the Alien and Sedition Acts passed by Congress in 1798. Seventeen years later, during the War of 1812, representatives of five New England states met in Hartford, Connecticut, to discuss possible actions of their states in reaction to Federal Government measures enacted during the war. In 1832, during the Nullification Crisis, South Carolina Convention passed Nullification Ordinance. Finally, and most significantly, the

issue of states rights, sovereignty and secession had its culmination in 1861-1865 during the Civil War. In every crisis the question of states' rights aroused from different interpretation of the various provisions of the Constitution. In the background of the Constitutional debates were tensions between the Northern and Southern states, and between different political parties. Although, the terms "states' rights", "sovereignty", "secession", "nullification" have different meanings, historically they were usually discussed together as inseparable. In a way, they were always connected- "nullification" and "secession" were forms of application of "states' rights" and "sovereignty" as the ultimate state right. It might be said that the question of states' rights is still raised from time but in a different form. The end of the Civil War has marked practical solution of "secession" and "nullification" issues.

The Supreme Court in *Texas v. White* in 1869 rejected the notion of states' right to secession. The Court said that the Union was never a purely artificial and arbitrary relation... It was confirmed and strengthened by necessities of war, and received definite form, character, and sanction from the Articles of Confederation.¹ That is the statement that many would not have agreed with before 1865. The opinion in *Texas v. White* came after the end of the Civil war and it gave a legal sanction to the outcome of the war. Abraham Lincoln in his inaugural address summarized the opinion of the opponents of secession, the side that finally prevailed, that legally, the Union is perpetual, confirmed by the history of the Union itself. According to this view, The Union is much older than the Constitution. It was formed in fact, by the Articles of Association in 1774. It matured and continued by the Declaration of Independence in 1776. It further matured and the faith of all the then thirteen States expressly plighted and engaged that it should be perpetual, by the Articles of Confederation of 1778. Finally, in 1787, one of the declared objects for ordaining and establishing the Constitution was "*to form a more perfect union.*"

The theory of Union found in Lincoln's speech was not fully developed until the Nullification Crisis by Daniel Webster, Andrew Jackson and the others. Long before that, the defenders of states' rights, nullification and secession, have had already their ideas fully expressed and clarified. The idea of federation was not always the

¹ http://neuro.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0074_0700_ZO.html

same. It evolved over time to get its final shape after 1865. It evolved into what is now known as modern federation. Before 1865, many Americans, or what was the majority in New England in 1814-1815, South Carolina in 1832, or Southern States in 1861, had different opinion about the nature of the Union. That opinion was closer to what is today thought to be "Confederation" than "Federation".

II. THE EMBARGO ACT AND THE NORTHERN REACTION

Thomas Jefferson won the presidential elections of 1800, defeating the Federalist candidate John Adams, thus started a quarter of a century long domination of the Republican party in the American politics. The main political base of the Federalists until the dissolution of the party in 1816, remained in the northern states, especially Massachusetts. Political struggle in the first decade of 1800, between Republicans and Federalist led some of the prominent Federalists in Connecticut and Massachusetts to consider secession from the South. One of the most aggressive advocates of secession of the northern states was Timothy Pickering, at the time senator from Virginia. He wanted the northern states to join Canada into a separate nation allied with Great Britain. Those ideas were just considerations and never any real step were taken to accomplish them.² Those secessionist tendencies that culminated in the Hartford Convention was Federalist attempts to keep themselves as a prominent political party.³ Political struggle was accompanied by growing economic differentiation between the North and the South. The fact that the North was developing faster the South, was used by some northerners in their attempts to promote their secessionist ideas.

Ensuing the war with Napoleonic France, Great Britain introduced a series of trade restrictions to disrupt American trade with France. In 1807, after the British ship *Leopard* fired on the American frigate *Chesapeake*, President Thomas Jefferson urged and Congress passed an Embargo Act banning all American ships from foreign trade. The Embargo Act was aimed to keep American neutrality in Napoleonic wars, demolished New England's foreign trade and hindered coastal commerce. The Federalists started debating about

² Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, p. 49

³ Norton E, *Nathan Dane's Role in the Hartford Convention of 1814-1815*, <http://www.primaryresearch.org/PRTHB/Dane/Norton/norton.htm>

calling a convention to discuss their refusal to accept the Act and even considering secession, but the Embargo Act was replaced by Non-Intercourse Act in March 1809, and the convention was not summoned.⁴ The Federalist majority in Massachusetts' House of Representatives adopted a set of resolutions introduced by Laban Wheaton in 1808. They were response to the National Government interdicting the people of Massachusetts from using the ocean. Then they attacked the extent and unlimited duration of the embargo. Also, they questioned the constitutionality of embargo designated to "coerce foreign nations" and described it as "novel and dangerous experiment"⁵

The Connecticut Legislature also passed series of resolutions condemning embargo during 1808, and 1809. In February 1809, the Legislature declared the embargo "incompatible with the Constitution of the United States" and warned all the officers in the state to restrain from aiding or cooperating in its execution.⁶ The Governor Jonathan Trumbul wrote in a letter to Secretary of War Henry Dearborn that he opinion of the great mass of citizens of this state was that the acts of the Congress for more rigorous enforcement of the embargo, was unconstitutional in many of its provisions, interfering with the state sovereignties, and subversive of the guaranteed rights, privileges, and immunities of the citizens of the United State.⁷

III. THE WAR OF 1812

On June 1, 1812, President James Madison delivered a speech to the Congress in which he asked for declaration of war against Great Britain. The official reason for the war was that British navy had boarded American ships and impressed from their crews seamen believed to be subjects of the King, while in fact many were American citizens. Formal declaration of war by Congress against Great Britain and Ireland and their dependencies followed. American attempts to invade Canada in 1812, and 1813, ended in failure. When Napoleon was defeated in 1814, Great Britain transferred its troops from Europe

⁴ Norton E, *Nathan Dane's Role in the Hartford Convention of 1814-1815*, <http://www.primaryresearch.org/PRTHB/Dane/Norton/norton.htm>

⁵ Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, p. 45

⁶ Id, p. 84

⁷ Id

to Americas. They blockaded much of American coastline, though allowing exports from New England, which continued the trade despite the embargo.⁸ In the end of August 1814, British won the Battle of Bladensburg, marched to Washington D.C. and burned the city. They turned then to Baltimore, but their advance was stopped by fierce American resistance. The same year, the United States faced bankruptcy, could not finance the war anymore and private bankers in the North were strongly opposing the war. Late in 1814, started the siege of New Orleans, but suffered a heavy defeat before the news of peace treaty reached America. With the fall of Napoleon in 1814, Great Britain ended trade restrictions and impressments of American sailors. Thus, the formal reason for war disappeared. Additionally, neither side could achieve a major victory, so the peace treaty was signed in Ghent on December 24, 1814.

IV. NEW ENGLAND BEFORE THE HARTFORD CONVENTION

The Congress passed the Act on April 10, 1812, to detach one hundred thousand of the militia into the service of the United States under the command of the officers of the United States. As the war broke out Massachusetts and Connecticut refused to furnish the detachments, since they believed it was against Constitutional provisions concerning militia, as provided in the Article I, Section 8, clause 15 “To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions”. They argued that there were no prerequisites for calling forth the militia since there was no insurrection nor invasion. The militia are composed of the whole male inhabitants of the states, between the ages of eighteen and forty-five. The Art II, Section 2, provides that “The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to Grant Reprieves and Pardons for Offenses against the United States, except in Cases of Impeachment”.

⁸ Id, p. 61

Therefore, the militia belongs to the states and the Federal Government does not have the authority over it, except in the cases of necessity and emergency, especially provided in the Constitution, for executing the laws of the Union; suppress insurrections and repel invasions. New England explicitly rejected as unconstitutional, the idea of Congress that it had the power to call forth the militia “under apprehensions of invasions preceding war.” The Secretary of War replied to New England contention that the Congress had a right by the Constitution, to raise regular armies and no restraint was imposed in the exercise of it, except in the provisions which were intended generally to guard against the abuse of power, with none of which does this plan interfere.⁹ The idea of involuntary drafting the army was opposed not only in 1812, but also during the Civil War, as opposite to the idea of voluntary enlistments. New England states feared that if the President had the right to call forth the militia, under the Act of April 10, 1812, put them in command of the United States’ officers and ordered them to march whenever necessary, that would have deprived the states of their legitimate means of defense and expose them to enemy invasion. That was not only the question of constitutionality, but also of self-security.

In Massachusetts, the Governor Caleb Strong asked the state Supreme Court for advisory opinion about whether the commanders of the several states have a right to determine whether any of the circumstances prescribed by the Constitution exist, so as to require them to place the militias in the service of the United States, at the command of the President, to be commanded by him; and whether the militia can be commanded by officers outside from militia, except by the President of the United States. The Court responded positively to the first question and therefore questioned the constitutionality of the act.¹⁰ Furthermore, contestants to the measures of the Federal Government attacked the provision that allowed conscription of the persons under the age of twenty-one without permission of their parents and guardians as directly opposed to legislative authority of the states, by assuming powers not granted by the Constitution. Conscription was seen as illegal intervention of the Congress not only in the jurisdiction of the states, but also as an attack on parental rights

⁹ Dwight T, *History of the Hartford Convention*, New York, 1833, p.274

¹⁰ Id, p. 255

and therefore on basic social and moral principles.¹¹ On the other hand, the War of 1812 got its defenders and strong proponents in the South. One of the most enthusiastic was John Calhoun, who at the time served as a Representative in the Congress and the President of Congress' Foreign Committee.

The Embargo of 1813, strengthened New England's opposition to the war. In January 1814, the Governor Caleb Strong addressed the Legislature questioning the acts constitutionality. That was a signal for mobilization of Federalist towns and counties. Following month, the committee of the Legislature produced a report authored by Harrison Grey Otis, one of the leading Federalist, and important members of the Hartford Convention. At that time, he was a member of Massachusetts' House of Representatives. Otis was designated by the Republicans as "leader of the rebel army."¹² In his report, he pointed out that the basics of the Union had been destroyed by practical neglect of Constitutional principles that resulted in abuses and oppressions. He saw calling a convention as the best way for amending the Constitution.¹³

Senator William Gilles introduced a bill which would have authorized formation of the militia of the several states into new classes and each was to provide one man for two years' service by contract or draft. The militia organized in that way was to be under the command of officers appointed by several states and they could never be used outside boundaries of their states. Daniel Webster attacked the bill in the House of Representatives arguing it is calling out the militia by draft, not for purposes of repelling invasion, suppressing insurrection or executing the laws, but for general objects of war. The bill, though amended passed the Congress on December 14.¹⁴

As situation on the battlefield changed in 1814, New England was threatened by the British invasion, since the British captured Castine, small town on Pebiscot and turned to the Federal Government for help, but it said there was nothing they could do. This was the final straw. Harrison Grey Otis wrote another report in which he concluded that the Constitution of the United States had failed to secure to the

¹¹ Id, p. 335

¹² Lyman T, *A short account of the Hartford Convention : taken from official documents, and addressed to the fair minded and the well disposed ; To which is added an attested copy of the secret journal of that body*, Boston, 1823, p. 1

¹³ Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, p. 192

¹⁴ Graham J.R, *A Constitutional History of Secession*, Gretna, 2005, pp. 136-137

Commonwealth and the eastern section of the Union, equal rights and benefits. He saw the remedy in amending the Constitution, but since the effort of a single state would have been unsuccessful, he called for an appointment of delegates to meet representatives from other New England states to discuss about their mutual defense and “to make measures for procuring a convention of Delegates from all United States to revise the Constitution thereof.”¹⁵ On October 16, the Massachusetts Legislation passed the resolution that twelve delegates be appointed to the convention of New England states to advice to the states necessary measures; to suggest eventually to all other states to call organizing conventions in order to revise the Constitution and “more effectually to secure the support and attachment of all the people, by placing all upon basis of fair representation”.¹⁶

Connecticut and Rhode Island responded favorably to Massachusetts call, their legislatures adopted similar reports and delegates were elected. However, New Hampshire was against the convention and Vermont Legislature even voted unanimously against the proposition. Nevertheless, in New Hampshire two delegates were appointed by Federalist counties and attended the Hartford Convention independently. One county from Vermont also sent a delegate. The main ideologists and organizer of the Hartford Convention made sure that radical Federalists such as John Lowell Jr., Timothy Pickering and Josiah Quincy Adams do not attend the convention.¹⁷

V. THE HARTFORD CONVENTION

The delegates from the Legislatures of the states of Massachusetts, Connecticut, and Rhode Island, and from the counties of Grafton and Cheshire in the state of New Hampshire and the county of Windham in the State of Vermont, assembled in the convention in Hartford, Connecticut on December 15, 1814. On December 16, Two committees were selected. One to check qualification of the members of the convention, and the other to

¹⁵ Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, pp. 215-216

¹⁶ Lyman T, *A short account of the Hartford Convention : taken from official documents, and addressed to the fair minded and the well disposed ; To which is added an attested copy of the secret journal of that body*, Boston, 1823, p. 6

¹⁷ Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, p. 219

determine what subjects were to be discussed, and report propositions on: the calling out the militia of the states into the service of the United States and dividing United States into military districts with an army officer with discretionary authority to call for the militia to be under command of such an officer; the refusal of the United States to supply, or pay the militia of certain states, called out for their defense, on the grounds they were not called into the service of the United States; the failure of the Government of the United States to supply and pay the militia of the states in the United State's service; the failure of the United States to provide for common defense; a bill before Congress providing for classing and drafting the militia.¹⁸ The committee reported on December 24, and everything that took place at the convention was based on its report. The convention adopted the final report on January 4, 1815. The report begins with stating the reasons for calling a convention were abuses by the Federal Government. Similar to Declaration of Independence and Virginia and Kentucky Resolutions. Then, the ultimate remedy to those abuses is expressed- the secession. It was explained that secession has to be the result of profound consideration in the times of peace and some other *confederacy* can substitute the Union. Therefore, the separation by equitable arrangement was declared to be a preferable solution to an alliance by constraint. The most terrible of all abuses was thought to be perversion of the original idea of the Union, seen as a confederacy, and it was considered that those states that wanted to preserve the original idea of the framers, could create new union based on those principles.¹⁹

Then, the authority of the Federal Government over the militia was challenged. It was declared to be against the clauses in the Constitution which give power to the Congress "to provide for calling forth the militia, to execute the laws of the Union, suppress insurrections and repel invasions" and "to provide for organizing, arming and disciplining the militia, and for governing such parts of them as may be employed in the service of the United States, reserving to the States respectively the appointment of the officers, and the authority of training the militia according to the discipline prescribed by Congress.", since besides those circumstances, the

¹⁸ Lyman T, *A short account of the Hartford Convention : taken from official documents, and addressed to the fair minded and the well disposed ; To which is added an attested copy of the secret journal of that body*, Boston, 1823, p. 19

¹⁹ http://en.wikisource.org/wiki/Report_and_Resolutions_of_the_Hartford_Convention

authority belongs to the states. Otherwise, the Federal Government can exercise its powers only in cases explicitly mentioned, "to execute the laws of the Union, suppress insurrections and repel invasions". The power to compel citizens by conscription was not power delegated in the Constitution. It was repeated that the only way of raising army has always been by contract, not by conscription and that creating standing army was derogation of the power of the states. Also, enlistment of minors without the consent of parents and guardians were found to be implicitly in contradiction with the Constitution.

It was then declared, in the manner of Virginia and Kentucky Resolutions, that acts of Congress are of no effect, and stated that in the cases of gross transgressions on the Constitution by the Federal Government, the states have the right to defend their citizens and their authority, to act as sovereign entities, however they should not openly resist every infraction of the Constitution, but only in cases of deliberate, dangerous, and palpable infractions of the Constitution, affecting the sovereignty of a state and liberties of their citizens.

Since the Federal Government had left parts of the country without means of defense, states were left to adopt measures for their own defense. Therefore, states were advised to assume their own defense and keep portion of taxes raised to achieve that goal. Here again, we see the idea of the sovereignty, since the right to wage war is one of the attributes of the sovereign states. If they were not to be allowed to take steps toward their defense, it was suggested that common action was to be undertaken until a change of administration. It seems, that even the revolutionary measures were alluded. Finally, it was resolved to make recommendations to the legislatures: to adopt measures to protect the citizens from forcible drafts not authorized by the Constitution; that states separately or in consent assume the defense of their territories; to form voluntary militia units for defense; to call a new convention in case no this one was to be unsuccessful and peace not signed; and to propose to the amendments to the Constitution to be adopted by a convention chosen by the people of each state. The main purposes of proposed amendments were to secure commercial interest of New England states within the Union, as well as to limit the influence of the Southern states by restricting presidential term and requiring that successor to the office be from the different state. The Northerners also feared eventual alliance between Southern states and new states in the West against the interest of the

North, so they required that new states be admitted to the Union only if two thirds concurrence in both Houses of the Congress, which meant that New England approval would have to be needed. On February, 10, a senator from Virginia, introduced a Bill titled "An Act to authorize the settlement and payment of certain claims for services of militia". It was sent to House of Representatives, but before the discussion, the news of peace arrived.²⁰ Apologists of the Hartford Convention use this fact as the acknowledgment of convention's proceedings, but that was only one of their propositions. At the meeting of Massachusetts legislature in the winter of 1815, a report was made concerning the Hartford Convention and few resolutions were proposed. Complying with one of the resolutions of the Legislature, the Governor Caleb Strong appointed three commissioners who were to go to Washington D.C. with the requests of the state of Massachusetts.²¹ They arrived in Washington one day after the news of the peace reached the capital.

The Federal Government recognized the Hartford Convention and its possible consequences as a serious threat to the Union. It withdrew the troops from New York's border with Canada and stationed them at Greenbush, near Albany, from where they could move into Massachusetts or Connecticut if necessary.²²

The Hartford Convention was probably the greatest challenge to the Union's survival, maybe even bigger than the Nullification Crisis, most importantly because it took place during the war that threatened the very existence of the new nation. Although, no propositions were made to dissolve the Union, to organize New England into a separate state, but the secession was suggested as a possible measure against the grievances. Throughout the report, the Union was referred to as "confederacy" and states as "confederate states". On the other hand the absence of legislative representatives from New Hampshire and Vermont seriously puts into question their claimed legitimacy to speak for New England as a whole. The ultimate failure of the convention due to signing of the peace treaty was one of the reasons that led to dissolution of the Federalist party in 1816.

²⁰ Lyman T, *A short account of the Hartford Convention : taken from official documents, and addressed to the fair minded and the well disposed ; To which is added an attested copy of the secret journal of that body*, Boston, 1823, p. 12

²¹ Id

²² Buel Jr R, *America on the Brink*, New York, 2005, pp. 219-221

VI. THE NULLIFICATION CRISIS

South Carolina was struck by two major economic crisis in the period after the War of 1812. First, from 1819 until 1822, resulted in great decline of prices and income, and second that followed and lasted until 1829, resulted in even lower prices because of overproduction. In 1816, the Federal Government passed for the first time a set of tariffs to defend the protect domestic production. Nationalists from South Carolina supported the Government's measures since they thought they were necessary for national defense. Four years later, though, new tariffs that were supposed to raise the cotton and woolen duties ad valorem were met with resistance by the same politicians.

In 1822, the question of nullification was raised for the first time in South Carolina. That year South Carolina Legislature enacted Negro Seamen Acts, requiring free seamen of African descent to be seized and jailed while their ships were in Charleston harbor. The Acts were in violation of treaties between United States and Great Britain that allowed each country free access to other's harbors. Harry Elkinson, was imprisoned while his ship was in Charleston harbor. He sought a writ of habeas corpus from the Supreme Court. South Carolina Act was deemed unconstitutional since it was in violation of the treaty and the treaties entered into by the United States were supreme law of the land, and also against Congress' power to regulate interstate commerce, but the Court rejected to issue the writ on the ground that writ can be issued only for federal prisoners. South Carolina denied to apply the writ and counter argued that the treaty itself was against the Constitution, reasoning that Federal authority to make treaties extend only to delegated powers.²³

At the time when Nullification Crisis culminated, there was another case of "nullification". In 1829, Georgia enacted laws that extended its authority over the the Cherokees, invalidated laws their laws, and divided the land they claimed. The Cherokees filed a suit in the United States Supreme Court seeking injunction to prevent Georgia from executing Indian laws. The Court, in *Cherokee Nation v. Georgia*, in 1831, rejected their petition on the grounds that it was

²³ Hamer P.M, *Great Britain, the United States, and the Negro Seamen Acts, 1822-1848*, 3-10, *The Journal of Southern History*, Vol 1, N. 1, 1935, pp. 3-10

political not legal question. Georgia also adopted a law that prohibited white men to leave Cherokee territory without permission from the state. A number of missionaries refused to obtain a permission and were arrested. Two of them, Samuel Worchester and Elizor Butler, appealed to the Supreme Court. The court ruled, in *Worchester v. Georgia*, that the Indians were a sovereign nation and within its boundaries Georgian laws had no force. Both Georgia and the President Jackson declined to enforce the judgment.²⁴ Although, Georgia did not formally declared the court decision void, their defiance to do so, had practical effects of nullification. Cherokee case gave South Carolina's nullifiers excellent argument in their campaign.²⁵

American industrialists, concerned with the defeat of the 1820 tariffs pressed the Congress to adopt new set of protectionist measures. Leading politicians from South Carolina, and future nullifiers, George McDuffie, James Hamilton and Robert Hayne strongly opposed new duties in the Congress. Despite the opposition from the South, the Congress passed new tariffs that increased the duties on woolen and cotton from 25% to 33,3%.²⁶ The tariffs were seen as measure helping developing industrial North at the expense of agricultural South. The tariffs' enemies protests were based on the two principle ideas: that Congress could regulate commerce, but did not have the power to impose taxes with the purpose to regulate manufacture or agriculture and that tariffs were not constitutional since their goal was not to promote general welfare or common defense.²⁷

The duties increased to 50% by the Tariff Act of 1828, which became known as "Tariff of Abominations", further aggravated South Carolinians. Leading opponents of tariffs, McDuffie and Hamilton, led anti-tariff campaign in the fall of the same year. Although, they exposed the ideas of state veto and nullification, they did not have a systematic theory. Therefore, William Campbell Preston asked John Calhoun to write an essay on the nullification for the purposes of explaining the idea to the South Carolina Legislature. Calhoun, who was Vice President of the United States under John Quincy Adams

²⁴ Harris R.E., *The Union at Risk*, New York-Oxford, 1985, pp. 27-29

²⁵ Freehling W.W., *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965, p. 234

²⁶ Id, p. 107

²⁷ Graham J.R., *A Constitutional History of Secession*, Gretna, 2005, p. 199

and candidate for Vice President under Andrew Jackson, accepted under condition that his authorship be kept confidential.²⁸

The South Carolina Exposition and protest” was presented to the South Carolina State House of Representatives on December 19, 1828. Calhoun began his exposition stating the reasons why the tariffs were unconstitutional in his opinion. The Federal Government is one of limited powers and can exercise only what is expressly granted to it, and those powers necessary and proper to carry them into effect.²⁹

Further, he made a difference between “Government” and “Sovereignty”. For Calhoun, the emanations of the Government, both State and Federal, are Legislature, Executive and Judiciary, while the sovereignty belongs to the people of the states, since all powers are delegated to the people. The Government is only the agent of the people. The states created the Federal Government, which has delegated sovereign powers.

He also explained his view on the amending procedure. The three-fourths of states could change the Constitution without the consent of every sovereign state. Therefore, he concluded, the state that ratified the Constitution gave up part of its sovereignty. Later, the defenders of the secession changed these premises and declared that in the case of amending Constitution, if state remains in the Union, it gave its implicit approval, and vice versa, if it leaves the Union, it means it rejected the amendments. Calhoun argued that the power of deciding infractions on their authority cannot be denied to the states, since the sovereign powers are delegated to and divided between Federal Government and the state. If they are denied, the state loses the most important attribute of its sovereignty. The Constitution has left appropriate remedy to keep the balance of authority between the states and the Federal Government. That remedy was found in the right of the state to veto the acts of the Federal Government.

On December 29, 1829, Senator Foote from Connecticut introduced a resolution calling for an inquiry into limiting the sale of public lands. In the background of the resolution was, once again the clash between the North and the South, this time over land in the West. The Northern States feared that the South might expand into the West, and secure its domination in the Union. The resolution gave rise to probably one of the most famous debates in the American

²⁸ Freehling W.W, *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965, p. 158

²⁹ http://en.wikisource.org/wiki/South_Carolina_Exposition_and_Protest

history, between Robert Hayne and Daniel Webster. Webster's reply shifted the topic from the issue of public lands to nullification. Hayne brought up the question of the Hartford Convention. He made a defense of state right to nullify Federal Legislation in case of "gross, deliberate, palpable violations", but unlike Calhoun, Hayne implied that the state legislatures, rather than people of the states, are sovereign and could nullify the Federal Laws. In his second reply, Webster stressed the national character of the Constitution. He argued that the colonies separated from England as united, not as separate states.³⁰

Webster contested that by accepting the Constitution, the people divided sovereignty between state and Federal Government. The Constitution Law is supreme. The Constitution grants of powers to Congress, and restrictions on these powers. There are, also, prohibitions on the States. Some authority must, therefore, necessarily exist, having the ultimate jurisdiction to fix and ascertain the interpretation of these grants, restrictions, and prohibitions. It has itself pointed out, ordained and established that authority by declaring that *"the Constitution, and the laws of the United States made in pursuance thereof, shall be the supreme law of the land, any thing in the constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding."* From that notion, the supremacy of the Federal Judiciary is derived. Therefore, he concluded states could neither nullify Federal Laws nor secede from the Union.³¹

In summer 1831, Calhoun wrote another essay on nullification, in which he further expanded his ideas expressed in "Exposition and Protest". "Fort Hill Address" is considered to be the ultimate argument for States' rights and nullification. In the Address, Calhoun gave the summary of the general principles of his theory. The great and leading principle is, that the General Government, emanated from the people of the several States, forming distinct political communities and acting in their separate and sovereign capacity, and not from all of the people forming one aggregate political community.³² He argued that the assumption that the Federal Government is a party to the constitutional compact is erroneous. The

³⁰ <http://www.constitution.org/hwdebate/hayne2c.htm>

³¹ <http://www.constitution.org/hwdebate/webstr2d.htm>

³² <http://pages.prodigy.net/krtq73aa/calhoun.htm>

States are parties of the compact, acting as sovereign and independent, which created Federal Government. Further, he explained the manner in which the States were to use their power of nullification or interposition. Since that power is essential to their sovereignty, it cannot be delegated “without an entire surrender of their sovereignty, and converting our system from a federal into a consolidated Government...”. But the States that is an exceptional remedy that is to be used only in cases of dangerous violations of the Constitution and only when all other remedies failed. If the remedy is denied, it would result in the submission and oppression or might lead to revolutionary resistance.³³

Jefferson’s draft of Kentucky Resolutions was found in 1832, and it gave nullifiers additional arguments. In June 1832, Congress passed new tariff, which retained 50% rates on cotton and woolen. On October 22, the special session of South Carolina Legislature convened. Governor Hamilton demanded an immediate convention. The proposal passed House and the Senate and it was decided that elections for convention delegates were to be held on November 12, the Convention to convene in Columbia on November 19.³⁴ The Convention passed the Ordinance of Nullification on November 24, 1832. It contains explanation of unconstitutionality of Tariffs of 1828 and 1832 and declared them null and void. It proclaimed that any efforts to enforce the payments of duties were to be considered unlawful. Further, it was ordered that all State officers had to take an oath to execute the ordinance. Finally, it was stated that any attempts by the Federal Government to enforce the annulled laws, other than in courts, would lead to secession of South Carolina from the Union.³⁵ It was decided that the Ordinance becomes effective on February 1, 1833. Although, South Carolinians, only announced secession if the Federal Government uses force, they were prepared for that scenario. Robert Hayne, Hamilton’s successor as a Governor, recruited a two thousand strong brigade of mounted minutemen and a volunteer army of 25.000 men.³⁶

³³ Id

³⁴ Freehling W.W, *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965, p. 260

³⁵ http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ordnull.asp

³⁶ Freehling W.W, *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965, p. 2

VII. JACKSON'S RESPONSE AND RESOLUTION OF THE CRISIS

After the adoption of the Ordinance, Federal troops stationed in Charleston had been asked by South Carolina Government to leave the city. They moved to island forts. Until the Ordinance of Nullification, the President Jackson was silent on the matter, but during summer and fall of 1832, he made preparations for action. He checked out the loyalty of officers and other officials in South Carolina and alerted naval authorities in Norfolk to be prepared to send aid to unionists in the state. He also ordered General Winfield Scott to supervise military preparations of the nullifiers.³⁷ Jackson was reelected President in 1832. On December 10, he issued a special proclamation. He declared that the doctrine of state veto had no legitimacy in the Constitutional history of the United States. Decisive and important step of separation from the Great Britain was taken jointly by United Colonies of America. We declared ourselves a nation by a joint, not by several acts and when the terms of that confederation were reduced to form, it was in that of a solemn league of several States, by which they agreed that they would, collectively, form one nation, for the purpose of conducting some certain domestic concerns, and all foreign relations.³⁸

As we have seen, the idea of nullification had its defenders, almost from the beginning of the Union. Moreover, it had its proponents among Founding Fathers of the United States, among United States' Presidents. Jackson did not think so. He argued that the Founding Fathers would have never agreed upon "so palpable absurdity". On the other hand, nullifiers did not deny supremacy of Federal legislation, supremacy of those laws enacted according to the delegated powers, but constitutionality of those laws that meant to extend those powers.

For Jackson, the power to nullify a law of the Federal Government was "*incompatible with the existence of the Union, contradicted expressly by the letter of the Constitution, unauthorized by its spirit, inconsistent with every principle on which It was founded, and destructive of the great object for which it was formed.*"³⁹

³⁷ Harris R.E., *The Union at Risk*, New York-Oxford, 1985, p. 79

³⁸ http://avalon.law.yale.edu/19th_century/jack01.asp

³⁹ Id

He opposed the idea that the laws can be attacked for their alleged purpose. If a right to decide “unconstitutional purpose” is given to the States, it would give them uncontrolled right to decide, and every law might be annulled. According to him, people of The United States as whole, as “*one people*”, formed the Constitution acting through the State legislatures and ratifying it in state conventions. The Constitution of the United States, then, formed a government, not a league, and whether it was formed by compact between the States, or in any other manner, its character is the same. It is a government in which all the people are represented, which operates directly on the people individually, not upon the states. Each state having expressly parted with so many powers as to constitute jointly with the other States a single nation, cannot from that period possess any right to secede, because such secession does not break a league, but destroys the unity of a nation, and any injury to that unity is not only a breach which would result from the contravention of a compact, but it is an offense against the whole Union. Arguing that a state may at pleasure secede from the Union, is to say that the United States are not a nation.

Then, he pointed out the most important distinction between confederation and federation, which became *differentia specifica* of two forms of union. The only occasion when secession, as a revolutionary act, has legitimacy is in the case of extreme oppression. “Oppression” or as nullifiers formulated “dangerous, palpable, deliberate”. The government that does not obey the laws is oppressive. The only real difference is that for nullifiers secession was legitimate right, not as Jackson saw it as extralegal, revolutionary act.

On January 16, Jackson sent to Congress a special message, also called “The Force Bill”. It contained measures that would allow the President to enforce the tariff laws and bypass the South Carolina Ordinance, and also a request that Congress revise and update laws concerning President’s rights to use militia and the army to enforce the Federal Laws. The Congress passed the Bill.⁴⁰ The crisis was finally resolved when Henry Clay proposed a compromised new tariff. The new Tariff Bill that slightly amended Clay’s proposal, was passed by Congress on March 1. The tariffs over 20% would be reduced one tenth gradually to 20% level by 1842.⁴¹ South Carolina convention resumed their session on March 11 and repealed

⁴⁰ Harris R.E., *The Union at Risk*, New York-Oxford, 1985, p.94

⁴¹ Freehling W.W., *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965, p.293

the Ordinance of Nullification. Few days afterwards, it also symbolically repealed the Force Bill.⁴²

VIII. CONCLUSION

Nullifiers and secessionists always argued that their actions have historical background. First, the idea of sovereignty of the people in the United States has its roots in English Civil War 1641-1651, Glorious Revolution of 1688, writings of Lock, Rousseau, and finally and most important the American War of Independence. All these events, more or less, proclaimed the idea that the the sovereign power belongs to the people and that they can oppose, forcibly if peacefully is not possible, the oppressive government. Second, the idea of states' rights was derived from the of American Colonial period, American Revolutionary War, and events that followed up till The Philadelphia Convention. The Kentucky and Virginia Resolutions, Hartford Convention, South Carolina Ordinance of Nullification, and later secession of Southern states in 1860/1861 all share similar characteristics. They all followed almost the exact pattern in their application of state rights and exercise of sovereignty of the people of those states. First remedy against the oppressive government was protest, a warning to the Federal Government as in the case of Hartford Convention. Second, was nullification of unconstitutional laws practiced in Kentucky and Virginia Resolutions, and in South Carolina in 1832. Third, was the secession, the conclusive exercise of sovereignty of the people. The fact that many spoke of the Union as "confederacy", the states as "confederate states" before 1865, was not a mere consequence of secessionist propaganda, as some suggest⁴³, but more likely, the honest feeling and belief of XIX century Americans. The work of unionists such as Jackson, Story, Webster, Lincoln was great step toward forming "The Union", but decades had to pass and bloody civil war before the American unity was forged, and the United States has become "One and Indivisible"

The Union victory in 1865 marked the beginning of a new era. A new era not only in the interpretation of the Constitution, but also a new era for the Federal Government, that gave rise to New Deal in 1930's and more recently to the Patriot Act. Unfortunately, the most important legal and constitutional question in the American history was not resolved in the court, nor in Congress nor in any other political institution, but on the battlefield. The same manner in which the question of state right to secession from the

⁴² Graham J.R, *A Constitutional History of Secession*, Gretna, 2005, p.215

⁴³ Stamp K.M, *The Imperiled Union*, New York-Oxford, 1980, p. 30

federation was decided, the question of self-determination was decided more recently, in the case of Serbian province of Kosovo. The victors decided.

BIBLIOGRAPHY

1. Buel Jr. R, *America on the Brink*, New York, 2005
2. Dwight T, *History of the Hartford Convention*, New York, 1833
3. Freehling W.F, *Prelude to Civil War*, New York-Oxford, 1965
4. Hamer P.M, *Great Britain, the United States, and the Negro Seamen Acts, 1822-1848*, *The Journal of Southern History*, Vol 1, N. 1, 1935
5. Harris R.E, *The Union at Risk*, New York-Oxford, 1985
6. Graham J.R, *A Constitutional History of Secession*, Gretna, 2005
7. Lyman T, *A short account of the Hartford Convention: taken from official documents, and addressed to the fair minded and the well disposed; To which is added an attested copy of the secret journal of that body*, Boston, 1823
8. Norton, E, *Nathan Dane's Role in the Hartford Convention of 1814-1815*
9. Stamp K.M, *The Imperiled Union*, New York-Oxford, 1980
10. http://neuro.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0074_070_0_ZO.html
11. <http://www.bartleby.com/124/pres31.html>
12. http://en.wikisource.org/wiki/Report_and_Resolutions_of_the_Hartford_Convention
13. http://en.wikisource.org/wiki/South_Carolina_Exposition_and_Protest
14. <http://www.constitution.org/hwdebate/hayne2c.htm>
15. <http://www.constitution.org/hwdebate/webstr2d.htm>
16. <http://pages.prodigy.net/krtq73aa/calhoun.htm>
17. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ordnull.asp
18. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/jack01.asp

DIMITRI NOVAKOVIĆ, LL.M.

Faculty of law, University of Kragujevac

Assistant Lecturer

THE HARTFORD CONVENTION AND THE NULLIFICATION CRISIS

The issues of nullification, as a right of the states to nullify the acts of Federal Government, and secession are the most important legal questions in the first decades of the U.S. That period was marked by fierce political struggle between followers and opponents of nullification and secession. In this article the author analyzes two important events in this struggle: The Hartford Convention and the Nullification crisis. Although these events are different, both had roots in Virginia and Kentucky Resolutions. Secession was thought to be the ultimate legal and political instrument that the states have as sovereign bodies against unconstitutional acts of the Federal Government. That theory got its legal shape in the writings of John Calhoun. On the other hand, the theory of opponents of nullification and secession was not drafted until 1830s.

Key words: federalism, secession, nullification, the Hartford Convention, the Nullification crisis

Prof. dr Maja Kostić-Mandić

Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

UDK: 34(4-672 EU):341.9(497.16)

Pregledni naučni rad

UTICAJ PRAVA EVROPSKE UNIJE NA NOVO MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO CRNE GORE SA POSEBNIM OSVRTOM NA OBLAST MJERODAVNOG PRAVA

Predlogom novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu izvršena je recepcija pravila Uredbi Rim I i Rim II (za ugovorne i vanugovorne obaveze), uz neophodna prilagođavanja, a takođe su preuzete odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja. U domenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje, polazna osnova su bila rješenja Predloga uredbe o nasljeđivanju.

Za razliku od navedenog, u pogledu pravila o određivanju mjerodavnog prava za druge odnose vođeno je računa o novim tendencijama u pravu Evropske unije, kao i na međunarodnom planu, ali prevashodno o nacionalnim interesima, pravnoj tradiciji i potrebama pravne sigurnosti.

Tri značajna koncepta, duboko utemeljena u pravo Evropske unije su detaljno razrađena u novoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava Crne Gore i predstavljaju osnov modernizacije nacionalnog zakonodavstva: norme neposredne primjene, koncept uobičajenog boravišta i značajno proširenje polja primjene kolizionopravne autonomije volje stranaka.

Ključne reči: *prihvatanje Evropskog prava; Regulatorna Rim I; Regulatorna Rim II sukob zakona,*

Uvodne napomene

Prvu deceniju XXI vijeka¹ obilježio je talas unifikacije pravila međunarodnog privatnog prava na nivou Evropske unije donošenjem većeg broja uredbi koje se odnose na međunarodno privatno pravo. Nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora² pravni osnov za nadležnost Evropske unije u ovoj oblasti je sadržan u članu 67 (4) i članu 81 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Članom 81 je uspostavljen pravni osnov za usvajanje mjera koje imaju za cilj postizanje jedinstvenih pravila država članica u oblasti određivanja mjerodavnog prava i pitanja međunarodne nadležnosti, postupka i priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka.³ U navedenom periodu regulisana je međunarodna nadležnost sudova država članica, priznanje i izvršenje odluka: u građanskim, trgovinskim, bračnim, stvarima roditeljske odgovornosti i obavezama izdržavanja. Takođe, uspostavljena su jedinstvena pravila o određivanju mjerodavnog prava za vanugovorne, ugovorne i obaveze izdržavanja. Značajna su i nastojanja da se usvoje nova pravila u oblasti nadležnosti i mjerodavnog prava za razvod braka, bračni imovinski režim i za nasljeđivanje.⁴ U važnije propise, između ostalog spadaju: Uredba o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz 2001. (Uredba Brisel I)⁵, Uredba o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti iz 2003. (Uredba Brisel II bis), Uredba o određivanju mjerodavnog prava za vanugovorne obaveze iz 2007. (Uredba Rim II), Uredba o određivanju mjerodavnog prava za ugovorne obaveze iz 2008. (Uredba Rim I), Uredba o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima u vezi sa obavezama izdržavanja iz 2009.⁶ Značajna su i nastojanja

¹ Prethodno, na nivou Evropske zajednice važila su jedinstvena pravila uspostavljena Briselskom konvencijom o sudskoj nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968. i Rimskom konvencijom o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980.

² Za detaljan istorijat vidi: Stefania Bariatti, *Cases and materials on EU private international law*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, str. 1-59.

³ Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union, OJ C 83/47.

⁴ Za detaljan pregled svih akata vidi: http://ec.europa.eu/justice/civil/law/index_en.htm

⁵ Za predlog izmjena ove Uredbe vidi: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters COM/2010/0748.

⁶ Vidi: Uredbu Savjeta (EZ) br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima (Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) OJ L 12, 16.01.2001; Uredbu Savjeta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 (Council regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000), OJ L 338, 23.12.2003, Uredbu (EZ) Evropskog parlamenta i Savjeta br.

da se usvoje nova pravila u oblasti mjerodavnog prava i za razvod braka, bračni imovinski režim i nasljeđivanje, u vidu Uredbe kojom se primjenjuje pojačana saradnja u oblasti mjerodavnog prava za razvod i rastavu (u daljem tekstu: Uredba Rim III)⁷, Predloga uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka u stvarima bračnog imovinskog režima⁸ i Predloga uredbe o nasljeđivanju.⁹

Pored činjenice da su sada značajne oblasti međunarodnog privatnog prava na jedinstven način regulisane na nivou Evropske unije (uredbama o mjerodavnom pravu za ugovore, vanugovornu odgovornost, i izdržavanje, kao i nizom uredbi u oblasti građanskog sudskog postupka) značajan je i rad Haške konferencije, pod čijim okriljem se donose višestranu ugovori. Takođe, na nacionalnom planu, u nizu zemalja su donijeti novi zakoni posvećeni ovoj materiji (kodifikacije međunarodnog privatnog prava u Belgiji, Bugarskoj, Estoniji, Litvaniji, Makedoniji, Turskoj, Albaniji i dr.), a u više zemalja u regionu, među kojima su i Srbija i Hrvatska, u toku je rad na donošenju novih zakona u ovoj oblasti.

864/2007 o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations), OJ L 199, 31.07.2007; Uredbu (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Savjeta o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations), OJ L 177, 4.07.2008; Uredbu Savjeta (EZ) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima u vezi sa obavezama izdržavanja (Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7/1 od 10.1.2009).

⁷ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

⁸ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM/2011/0126. U ovom kontekstu treba pomenuti i Predlog uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka u pogledu svojinskopravnih posljedica registrovanog partnerstva (Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, COM/2011/0126).

⁹ Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Savjeta o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i autentičnih instrumenata u oblasti nasljeđivanja i staranja evropskog sertifikata o nasljeđivanju iz 2009. godine (u daljem tekstu: Predlog Uredbe o nasljeđivanju) - Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, COM/2009/154.

1. Novo međunarodno privatno pravo Crne Gore

Nove tendencije na međunarodnom planu odrazile su se i na Crnu Goru, pa je jedan od većih izazova u radu na novoj kodifikaciji međunarodanog privatnog prava Crne Gore bilo i pitanje na koji način se odnositi prema pravu Evropske unije, koje je baš u oblasti međunarodnog privatnog prava doživjelo svoj pun zamah u prvoj deceniji ovog vijeka. Osnovno pitanje je da li preuzimati »gotove« odredbe uredbi, uz minimalno prilagođavanje činjenici da se radi o nacionalnom zakonodavstvu ili ići na preuzimanje osnovnih ideja uredbi i formulisanje novih pravila? Pri opredjeljenju za polazište treba imati u vidu prvenstveno dvije činjenice: pretežni nacionalni interes koji treba zaštititi odredbama zakona i činjenicu da za pojedine oblasti i vrste odnosa treba primijeniti različit pristup. Činjenica je da je najveći broj instrumenata sekundarnog zakonodavstva Evropske unije koji regulišu odnose koji spadaju u međunarodno privatno pravo usvojeno u vidu uredbi,¹⁰ a odlika uredbi je da se nakon stupanja na snagu neposredno primjenjuju u zemljama članicama Unije. Dakle, namjera je bila da se za one odnose koji su regulisani uredbama primjenjuju istovjetna pravila u svim zemljama članicama a ne da se vrši usaglašavanje pravila nacionalnih prava, čemu služe direktive. Takođe, činjenica je da se do jedinstvenih pravila došlo u oblastima od zajedničkog interesa i gdje zaštita autentičnih nacionalnih interesa nije prioritet (pitanja nadležnosti, priznanja i izvršenja u građanskim i trgovinskim stvarima; u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti; i obavezama izdržavanja; određivanje mjerodavnog prava za vanugovorne, ugovorne i obaveze izdržavanja). Sa druge strane, teže se postiže unisonost u donošenju jedinstvenih pravila u pitanjima određivanja mjerodavnog prava za bračne odnose i nasljeđivanje, kao i za statusne i svojinskopravne odnose.

Polazeći od činjenice da će, u najboljem slučaju, Crna Gora postati članica Evropske unije do kraja ove decenije, kada će se sve uredbe i iz oblasti koje spadaju u predmet regulisanja međunarodnog privatnog prava neposredno primjenjivati i kod nas, smatramo da je pri izradi novog zakona o međunarodnom privatnom bilo cjelishodno imati diferenciran pristup materiji, u zavisnosti od pretežnih nacionalnih interesa. Tako, u oblasti određivanja mjerodavnog prava za ugovorne i vanugovorne obaveze, recepcija pravila Uredbi Rim I i Rim II, uz neophodna prilagođavanja je nešto što samo može biti u interesu Crne Gore, tim prije što je ovim uredbama predviđeno da imaju univerzalnu primjenu, pa se kao mjerodavno pravo u zemljama Evropske unije primjenjuje i pravo država koje nisu

¹⁰ Za razliku od međunarodnog privatnog prava, u oblasti građanskog prava, harmonizacija nacionalnih prava sa pravom EU se vrši putem direktiva. Detaljnije vidi: Tatjana Josipović, *Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva*, u: Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, knjiga I, GTZ, Beograd, 2010, str. 291-306.

članice Unije.¹¹ Organi primjene prava u Crnoj Gori će imati vremena da se upoznaju sa praksom u primjeni ovih uredbi, a i u tekstu zakona stoji da će se tumačenje i primjena odredbi koje se odnose na ugovore, odnosno vanugorne obaveze vršiti u skladu sa Uredbama Rim I i Rim II.¹² U pogledu određivanja mjerodavnog prava za obaveze izdržavanja, pitanja koje je i sada neadekvatno regulisano,¹³ preuzete su odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 2007.

Za razliku od navedenog, u pogledu pravila o određivanju mjerodavnog prava za druge odnose vođeno je računa o novim tendencijama u pravu Evropske unije, kao i na međunarodnom planu, ali prevashodno o nacionalnim interesima, pravnoj tradiciji i potrebama pravne sigurnosti.

Za pitanja nadležnosti, postupka i priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka nezavisno od vrste odnosa formulisana su pravila dijelom zasnovana na postojećim rješenjima Zakona o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, uz izvjesne izmjene. Ipak, značajan je broj i novih rješenja, inspirisanih u prvom redu Konvencijom o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz Lugana, koja je revidirana 2007. godine, a samim tim i Uredbom Brisel I.

U izlaganjima koja slijede, ograničićemo se na kraći osvrt na tri fundamentalna instituta sadržana u Predlogu zakona,¹⁴ a na čiji sadržaj i način primjene će pravo Evropske unije imati značajan, a u određenim slučajevima i presudan uticaj: norme neposredne primjene (član 10) i uobičajeno boravište (čl. 12, 40 i 51). Takođe, posebno ćemo se osvrnuti na primjenu kolizionopravne autonomije volje, odnosno mogućnost izbora prava za privatnopravne odnose sa stranim elementom, koja se Predlogom zakona po prvi put predviđa za čitav niz odnosa.

¹¹ Vidi: čl. 3 Uredbe Rim II i čl. 2 Uredbe Rim I.

¹² Ovo je značajno jer pojedini pravni koncepti nemaju isto značenje u nacionalnim pravima i pravu EU. Takođe, Uredbe Brisel I, Rim I i Rim II čine koherentan set instrumenata u domenu međunarodnog privatnog prava u oblasti građanskih i trgovačkih stvari, tako da pri utvrđivanju dometa i tumačenju odredbi svake od pojediničanih uredbi legitimno je pozivanje na odredbe navedenih uredbi (kao i konvencija koje su prethodile uredbama Brisel I i Rim I i sudske prakse ECJ. (Vidi recitale 5 i 19 Brisel I, kao i slučaj C-167/00 *Verein für Konsumentinformation v Henkel* (2002) ECR I-8111, para 49.

¹³ Vidi čl. 40 i 42 Zakona o rješavanju sukoba sa propisima drugih zemalja.

¹⁴ Predlog zakona o međunarodnom privatnom pravu zadržava istovjetan predmet regulisanja odnosa i sistematiku kao i Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ), ali najveći broj članova novog zakona ima drugačiju sadržinu i u velikoj mjeri je oslonjen na pravo Evropske unije. Ipak, odredbe zakona uvijek ne preuzimaju u cjelosti rješenja iz prava Evropske unije već se težilo njihovom prilagođavanju u skladu sa potreba domaće države, ali se i vodilo računa da se ne naruši osnovni duh i ideja rješenja prava Evropske unije.

1.1 Norme neposredne primjene

S obzirom na nastojanje da novi zakon o međunarodnom pravu Crne Gore bude savremen i, u mjeri u kojoj je to adekvatno, usklađen sa pravom Evropske unije, on po prvi put uvodi u pozitivno pravo Crne Gore odredbu o normama neposredne primjene.

Prilikom formulisanja odredbe, vođeno je računa o rješenjima uporednih kodifikacija međunarodnog privatnog prava, ali i sadržaju odredbi Uredbi Rim I i Rim II i sudskoj praksi Evropskog suda pravde.

Zakonopisac se opredijelio za širi pristup u regulisanju odredbe posvećene normama neposredne primjene, koji obuhvata i definisanje ovog koncepta kao normi Crne Gore čija se primjena nameće nezavisno od mjerodavnog prava kada je njihova primjena od suštinskog značaja za zaštitu političkog, društvenog ili privrednog sistema čiji su dio.¹⁵ To znači da se primjena ovih pravila nameće nezavisno od kolizionopravnog metoda, ako je ispunjen test neophodnosti primjene ovih normi za privatnopravne odnose sa međunarodnim elementom, a zbog zaštite javnog interesa Crne Gore. Pritom, pojam normi neposredne primjene je uži od pojma prinudnih propisa.¹⁶

Dakle, čl. 10 st. 1 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu polazi od tradicionalnog pojma normi neposredne primjene, koji je potvrđen i u slučaju *Arblade*¹⁷ pred Evropskim sudom pravde. Međutim, stav 2 ide i korak dalje, jer predviđa mogućnost primjene i normi neposredne primjene druge države sa kojom je odnos blisko povezan. U istom stavu se i precizira da će sud pri odlučivanju o uzimanju tih normi u obzir, cijeniti njihovu prirodu i svrhu, kao i posljedice njihove primjene ili neprimjene.

Članom 10 Predloga zakona uspostavlju se dva režima u primjeni normi neposredne primjene. I dok je sudija obavezan da primijeni norme

¹⁵ Koncept normi neposredne primjene u svom tradicionalnom značenju doktrinarno je prvi uobličio *Francescakis*, stim što on govori samo o »materijalnopravnim normama domaćeg prava čija je primjena obavezna u cilju zaštite političkog, društvenog i ekonomskog sistema zemlje, nezavisno od toga da li se radi o čisto unutrašnje pravnom pitanju ili o pitanju koje potpada pod međunarodno privatno pravo«. Vidi: Ph. Francescakis, *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1967, str.697.

¹⁶ Tako npr. u njemačkoj doktrini uobičajeno je razlikovanje normi neposredne primjene, kao „međunarodnih“ prinudnih propisa koji se primjenjuju nezavisno od mjerodavnog prava (*Eingriffsnormen*) i nacionalnih prinudnih propisa prava koje je mjerodavno (*zwingende Vorschriften*). Takođe, Recital 37 Uredbe Rim I ukazuje da pojam normi neposredne primjene treba razlikovati od pojma prinudnih propisa i uže ga tumačiti.

¹⁷ Sud pravde je u slučaju *Arblade*, pozivajući se na odluku Suda pravde u spojenim predmetima C-369 i 376/96 (1999) ECR I-8453, dao u stvari definiciju da su to „norme nacionalnog prava čija se primjena smatra ključnom za zaštitu javnog interesa, kao što je politički, društveni i privredni sistem države članice, da se primjenjuju na sva lica koja se nalaze na teritoriji te zemlje članice i na sve pravne odnose na teritoriji te države.“.

neposredne primjene domaćeg prava, primjena normi neposredne primjene prava države sa kojim postoji bliska veza (a koje nije ni domaće pravo, niti inače mjerodavno pravo čiji se prinudni propisi svakako primjenjuju kao sastavni dio mjerodavnog prava) zavisi od okolnosti slučaja i procjene sudije. Time se sudiji pridaje značajna ali i zahtjevna uloga, ne samo da primjenjuje pravnu normu, već i da odlučuje da li će primijeniti normu stranog prava koje je u bliskoj vezi sa određenim pravnim odnosom imajući u vidu njen sadržaj i rezultat njene primjene.

Predlog zakona u dijelu definisanja normi neposredne primjene polazi od prava Evropske unije, ali i savremenih nacionalnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava, u kojima ova vrsta normi predstavlja pozitivnopravni koncept već duži niz godina.¹⁸ S obzirom na to da norme neposredne primjene predstavljaju opšti institut novog međunarodnog privatnog prava Crne Gore razumljivo je što je što je u osnovi preuzet duh, ali ne i doslovan tekst čl. 9 st. 3 Uredbe Rim I, koji je uže postavljen i odnosi se samo na ugovore.

Inače, u pravu Evropske unije, koncept normi neposredne primjene se prvi put javio u Konvenciji o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze¹⁹, da bi sada bio predviđen Uredbama Rim I i Rim II. Karakteristično je da sadržaj ovog koncepta nije isti u navedenim uredbama, jer Uredba Rim II ne daje definiciju normi neposredne primjene i ne predviđa uslov da je od suštinske važnosti da se primijene norme nacionalnog prava (čl. 16), za razliku od Rimske konvencije (čl. 7) i kasnije Uredbe Rim I (čl. 9) koje znatno detaljnije regulišu ovu materiju.

Na osnovu naprijed navedenog, jasno je da je koncept normi neposredne primjene iz Predloga Zakona o međunarodnom privatnom pravu značajno inspirisan ne samo rješenjima iz određenih nacionalnih zakonodavstava već i pravom Evropske unije, a pogotovo rješenjima iz uredbe Rim I. Ovo se odnosi kako na definiciju koncepta, tako i na činjenicu da se pojam normi neposredne primjene ne ograničava samo na one prinudne propise domaćeg prava od čije primjene se ne može odstupiti, već se pojavljuje i u formi moguće primjene normi neposredne primjene prava koje nije ni domaće, ni mjerodavno, ali sa kojim okolnosti slučaja imaju blisku vezu. Pritom, ukoliko je s aspekta domaćeg prava taj interes legitiman, ti propisi se primjenjuju bez obzira da li su javnopravne ili privatnopravne prirode.

¹⁸ Vidi: švajcarski (čl. 18. i 19.), bugarski (čl. 46) i belgijski (čl. 20) ZMPP.

¹⁹ Vidi čl. 7 Konvencije. Inače, Uredba Rim I je u primjeni zamijenila Rimsku konvenciju za zemlje članice EU (čl. 24 Uredbe Rim I).

1.2 Uobičajeno boravište

Uobičajeno (redovno) boravište²⁰ je tačka vezivanja koja je svoj izraz našla prvo u Haškim konvencijama koje sadrže pravila o određivanju mjerodavnog prava,²¹ da bi posljednjih godina postala izuzetno široko prihvaćena u uredbama Evropske unije koje sadrže pravila o određivanju mjerodavnog prava, kao i u novijim nacionalnim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava.

U pravu Evropske unije, kao i u nekim novijim uporednim zakonodavstvima²² prisutan je trend definisanja koncepta uobičajenog boravišta, za potrebe konkretnog propisa. Tako npr. i Uredbe Rim I i Rim II daju definicije uobičajenog boravišta i za fizička i za pravna lica.²³

Uobičajeno boravište je na »velika vrata« ušlo u novo međunarodno privatno pravo Crne Gore, u oblast mjerodavnog prava. Predlog zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore sadrži tri člana koja definišu redovno boravište, kao i veći broj članova gdje se ono javlja kao primarna ili supsidijerna tačka vezivanja za čitav niz odnosa, po prvi put u Crnoj Gori van višestranih međunarodnih ugovora.²⁴ Tako, čl. 12 Predloga zakona daje definiciju uobičajenog boravišta fizičkog lica, kao mjesta u kome fizičko lice duže vremena boravi, bez obzira na namjeru da se tu nastani i nezavisno od toga da li je to vrijeme unaprijed ograničeno. Pritom smatra se da lice ima uobičajeno boravište u određenom mjestu nezavisno od upisa u evidenciju nadležnog organa ili dozvole boravka ili nastanjenja. Istim članom se

²⁰ Ovaj koncept je nastao u uporednom pravu, da bi otklonio probleme koji se u praksi javljaju u utvrđivanju prebivališta, koji ima različit sadržaj u nacionalnim pravima. Za razliku od prebivališta, uobičajeno boravište je faktički, a ne pravni koncept, što mu omogućava nužnu fleksibilnost jer svaki sudija na osnovu činjenica utvrđuje šta će se smatrati uobičajenim boravištem lica u konkretnom slučaju, što sudovi u drugim zemljama prihvataju bez preispitivanja. Vidi detaljnije: M. Kostić-Mandić, M. Stanivuković, M. Živković, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, 2010, str. 64-66

²¹ U oblasti: zaštite djece, zaštite odraslih, obaveza izdržavanja, nasljeđivanja i dr.

²² Vidi npr. čl. 4, par.2 i 3 belgijskog ZMPP-a.

²³ Vidi čl. 19 Uredbe Rim I i čl. 23 Uredbe Rim II.

²⁴ Ovaj institut postoji u pozitivnom međunarodnom privatnom pravu kroz Haške konvencije, koje obavezuju Crnu Goru: Konvenciju o zakonu koji se primjenjuje na drumske saobraćajne nezgode (1971); Konvenciju o zakonu koji se primjenjuje u slučajevima odgovornosti proizvođača za svoje proizvode (1973); Konvenciju o olakšavanju međunarodnog pristupa sudovima (1980); Konvenciju o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice djece (1980). Takođe, u slučaju Konvencije o sukobu zakona u pogledu oblika testamentarnih odredaba (1961), koja je dio pozitivnog prava Crne Gore, Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja je preuzeo čl. 1 ove Konvencije, ali čl. 31 ovog zakona koristi izraz »boravište« umjesto »uobičajeno boravište«, pa se uspostavlja i dodatna mogućnost za ocjenu punovažnosti forme testamenta.

precizira da pri određivanju uobičajenog boravišta treba voditi računa o okolnostima lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa tim mjestom ili postojanje takve namjere. Stavom 2 člana 12 je predviđeno da se na uobičajeno boravište fizičkog lica koje obavlja poslovnu djelatnost primjenju članovi koje se odnose na ugovorne i vanugovorne odnose (članovi 40 i 51 Predoga zakona).

Predlog novog zakona preuzima određenje uobičajenog boravišta fizičkog lica koje obavlja poslovnu djelatnost kao glavno mjesto poslovanja lica i za ugovorne i za vanugovorne obaveze u skladu sa rješenjima Uredbi Rim I i Rim II. U pogledu privrednih društava, pravnih lica i organizacionih oblika bez svojstva pravnog lica mjestom uobičajenog boravišta se smatra mjesto u kome pravno lice ima svoju glavnu upravu. Takođe je, po ugledu na Uredbu Rim I precizirano da ako se ugovor zaključuje ili izvršava u okviru poslovanja predstavništva, zastupništva ili druge poslovne jedinice, uobičajenim boravištem se smatra mjesto gdje se predstavništvo, zastupništvo ili druga poslovna jedinica nalazi (čl. 40 st.2 Predloga zakona). Kao i Uredbom Rim I, čl. 40 st. 3 Predloga zakona je predviđeno opšte pravilo za ugovorne obaveze, a u cilju izbjegavanja mobilnog sukoba zakona, da je za određivanje uobičajenog boravišta mjerodavno vrijeme sklapanja ugovora.

Predlogom zakona (čl. 51), po ugledu na Uredbu Rim II, predviđeno je da ako štetni događaj nastupi ili šteta nastane u okviru poslovanja predstavništva, zastupništva ili druge poslovne jedinice, uobičajeno boravište je mjesto gdje se predstavništvo, zastupništvo ili druga poslovna jedinica nalazi.

I za ugovorne i za vanugovorne odnose Predlog zakona predviđa da će se u tumačenju i primjeni odredaba voditi računa da oni budu saglasni sa Uredbom Rim I, odnosno Rim II.²⁵

I dok su u oblasti mjerodavnog prava za ugovore i vanugovorne odnose preuzeta rješenja iz Uredbi Rim I i Rim II, za druge oblasti je vođeno računa o ulozi ovog koncepta u pravu Evropske unije. Tako, i u oblasti mjerodavnog prava za nasljeđivanje, preuzimaju se osnovna rješenja Predloga Uredbe o nasljeđivanju, a isto važi i za oblast izdržavanja. Za bračne odnose ovaj princip je zamijenio koncept prebivališta, ali je zbog specifičnih nacionalnih interesa zadržano prvenstvo državljanstva kao tačke vezivanja.

²⁵ Vidi čl. 49, odnosno 67 Predloga zakona, stim što s obzirom da za vanugovorne obaveze ostaju na snazi Haške konvencije, st. 2 čl. 67 eksplicitno navodi da se prethodno ne odnosi na njih.

1.3 Proširenje kolizionopravne autonomije volje

U Predlogu zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore kolizionopravna autonomija volje stranaka, pored ugovornih odnosa, gdje je i do sada predstavljala osnovni princip, po prvi put se javlja i za druge vrste odnosa. Mogućnost da stranke same biraju mjerodavno pravo za njihove privatnopravne odnose sa elementom inostranosti i u drugim oblastima međunarodnog privatnog prava, treba da doprinese većoj pravnoj sigurnosti i unaprijeđenju efikasnijeg uređenja ovih odnosa.

Za ugovorne odnose (član 38), slijedeći odredbe člana 3 Uredbe Rim I, mogućnost izbora mjerodavnog prava znatno je detaljnije regulisana nego što je to slučaj u ZRZS-u. Izbor prava mora biti izvršen eksplicitno ili mora nedvosmisleno proizilaziti iz odredaba ugovora ili okolnosti slučaja (prećutan izbor prava). Postoji i mogućnost tzv. »cijepanja« mjerodavnog prava koja podrazumijeva izbor različitog mjerodavnog prava za pojedine djelove ugovora, kao i mogućnost ugovaranja i promjene mjerodavnog prava u bilo kom trenutku važenja prava, a što ne utiče na punovažnost forme i prava trećih lica.

Predlogom zakona omogućava se izbor mjerodavnog prava i za ugovore o stvarnom pravu na nepokretnosti, kao i zakupu nepokretnosti. U situaciji kada se u potpunosti preuzimaju rješenja Uredbe Rim I uvođenje autonomije volje i u ovu oblast ima svoje opravdanje, a zaštita interesa domaće države, kao i slabije strane može efikasno biti ostvarena na osnovu stava o primjeni prinudnih propisa prava druge države, koji se sporazumom ne mogu isključiti, a sa kojima su svi drugi elementi činjeničnog stanja u vrijeme izbora prava povezani.²⁶

I za pojedine vrste ugovora, koji su regulisani posebnim odredbama predviđa se mogućnost izbora mjerodavnog prava, ali uz značajna ograničenja. Slijedeći rješenja Uredbe Rim I posebna zaštita pruža se potrošačima i zaposlenima kao slabijim ugovornim stranama.

Za potrošački ugovor (član 42) kao osnovno rješenje se predviđa primjena prava države uobičajenog boravišta potrošača, ako trgovac obavlja svoju poslovnu djelatnost ili djelatnost nezavisne profesije u državi uobičajenog boravišta potrošača, ili na bilo koji način takvu djelatnost usmjerava prema toj državi ili prema više država, uključujući tu državu, a ugovor spada u područje te djelatnosti. Ipak, ugovorne strane mogu izabrati neko drugo pravo kao mjerodavno, ali takvim izborom ne može se uskratiti zaštita potrošaču koju ima po prinudnim propisima prava koje bi bilo mjerodavno za slučaj da izbor prava nije izvršen.

²⁶ U skladu sa čl.38 st.2 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu, koji je usklađen sa čl. 3 st. 3 Uredbe Rim I.

Za individualni ugovor o radu (član 43) polazi se od principa autonomije volje, s tim što se izborom mjerodavnog prava ne može zaposlenom uskratiti zaštita koju ima po prinudnim propisima prava koje bi bilo mjerodavno u slučaju nepostojanja izbora po st. 2 i 3 istog člana.

U oblasti *vanugovornih odnosa* značajnu novinu u odnosu na Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja predstavlja preuzimanje rješenja Regulative Rim II.

Kao i Uredba Rim II, Predlog zakona uz određena isključenja i ograničenja uvodi kolizionopravnu autonomiju volje za sve vanugovorne obaveze, bez obzira da li se radi o onim proizašlim iz štetne radnje ili sticanja bez osnova, posloводства bez naloga ili predugovorne odgovornosti. Ipak, stranke ne mogu vršiti izbor prava u slučaju vanugovornih obaveza nastalih na osnovu povrede konkurencije na tržištu, kao i zbog povrede prava intelektualne svojine.

Takođe, Predlogom zakona propisuje se da izbor mjerodavnog prava mora biti izričit ili da jasno proizilazi iz okolnosti slučaja. Kao i kod ugovornih obaveza, i ovdje je predviđeno da izbor prava ne utiče na primjenu prinudnih propisa nacionalnog prava zemlje na koju u vrijeme izbora prava ukazuje ostalo činjenično stanje. Predlogom zakona je predviđeno kao osnovno pravilo da se stranke mogu sporazumjeti o pravu mjerodavnom za vanugovornu obavezu poslije nastupanja događaja koji je prouzrokovao nastalu štetu. Međutim, u slučaju da sve stranke obavljaju privrednu djelatnost, sporazum o izboru prava je moguć i prije nastupanja događaja koji je prouzrokovao nastalu štetu. Ovo vremensko ograničenje je postavljeno u cilju zaštite slabije strane.²⁷

Nova rješenja međunarodnog privatnog prava Crne Gore u oblasti određivanja mjerodavnog prava za vanugovorne obaveze gotovo u cjelosti preuzimaju rješenja Uredbe Rim II, pa se to odnosi i na odredbe o izboru mjerodavnog prava. Naravno, poštujući specifičnosti prava Evropske unije, nacionalni zakonopisac ne preuzima one odredbe koje nisu relevantne za Crnu Goru (kao npr. stav o primjeni prinudnih propisa Evropske unije).²⁸ Dakle, kolizionopravna autonomija volje stranaka je postavljena na isti način kao Uredbom Rim II, a predviđena je i obaveza primjene prinudnih propisa zemlje sa kojom postoji najbliža veza u vrijeme izbora prava.

U pogledu mjerodavnog prava za *zakonsko nasljeđivanje* (čl. 71–76) gdje je zbog zaštite nacionalnih interesa proces unifikacije kolizionih normi unutar Evropske unije još uvijek u toku, Predlogom zakona iskorak je napravljen time što državljanstvo više nije osnovna i jedina tačka vezivanja za zakonsko nasljeđivanje. Polazi se od uobičajenog boravišta ostavioca u vrijeme smrti, uz bitna ograničenja vezana za postojanje značajne veze

²⁷ Vidi tačku 31 Preambule Uredbe Rim II.

²⁸ Čl. 14 st. 3 Uredbe Rim II.

ostavioca sa pravom države čije pravo se može izabrati. Ostavilac za nasljeđivanje cjelokupne zaostavštine može izabrati pravo države čiji je državljanin ili pravo države u kojoj ima uobičajeno boravište u vrijeme izbora mjerodavnog prava ili u vrijeme smrti. Ovo vremensko lociranje predstavlja fleksibilno rješenje koje je predviđeno i Haškom konvencijom o mjerodavnom pravu za nasljeđivanje imovine umrlih lica iz 1980. godine, koja iako nije stupila na snagu, vrši značajan uticaj na savremena shvatanja u uporednom pravu u ovoj oblasti.

Kao novo rješenje predviđa se mogućnost odstupanja od principa da se na cjelokupnu imovinu primjenjuje jedinstven režim nasljeđivanja tako što ostavilac za nasljeđivanje nepokretne zaostavštine može izabrati pravo države gdje se nepokretnost nalazi (član 72 stav 2).

Određivanje mjerodavnog prava za oblast *porodičnihopravnih odnosa* tradicionalno predstavlja domen gdje se primat daje nacionalnim interesima i gdje, osim za određene vrste odnosa i dalje preovladavaju izvori iz nacionalnih pravnih sistema.²⁹ Na nivou Evropske unije jedino postoje uniformna pravila za određivanje mjerodavnog prava za obaveze izdržavanja na osnovu Uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima u vezi sa obavezama izdržavanja (u daljem tekstu: Uredba o obavezama izdržavanja),³⁰ a u oblasti razvoda braka i rastave, za četrnaest zemalja članica usvojena je Uredba o mjerodavnom pravu za razvod braka i rastavu (u daljem tekstu: Uredba Rim III)³¹. Oba instrumenta poznaju ograničenu kolizionopravnu autonomiju volje.

Uredba o obavezama izdržavanja u članu 15 propisuje da će mjerodavno pravo u odnosima između država članica biti određeno u skladu sa Haškim protokolom o mjerodavnom pravu iz 2007. godine. Protokol poznaje ograničenu kolizionopravnu autonomiju volje³² i predviđa da povjerilac i dužnik izdržavanja u bilo koje vrijeme mogu izabrati kao mjerodavno za obavezu izdržavanja, jedno od sljedećih prava: pravo bilo koje države čiji je državljanin jedna od strana u vrijeme izbora; pravo države uobičajenog boravišta bilo koje strane u vrijeme izbora; pravo koje izaberu kao mjerodavno, ili pravo koje se *de facto* primjenjuje na njihove imovinske

²⁹ O značaju izbora prava u ovoj oblasti vidi: Erik Jayme, *Party autonomy in international family and succession law: new tendencies*, Yearbook of Private International Law, vol. XI/2009, Sellier, Munih & Swiss Institute of Comparative Law, str. 1-10.

³⁰ Vidi Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7/1 od 10.1.2009.

³¹ Uredba kojom se primjenjuje pojačana saradnja u oblasti mjerodavnog prava za razvoda i rastavu / Uredba počinje da se primjenjuje od 21. juna 2012, osim čl.17, čija primjena počinje godinu dana ranije (čl. 21 Rim III).

³² Vidi čl. 8 Protokola.

odnose; pravo koje izaberu kao mjerodavno, ili pravo koje se *de facto* primjenjuje na njihov razvod braka.

Protokolom je predviđeno i da sporazum mora biti u pisanoj formi i potpisan od obje strane ili da je zabilježen na nekom drugom mediju. Protokol posebno vodi računa o zaštiti interesa stranaka.³³

Novi zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore, u potpunosti preuzima naprijed navedena rješenja predviđena Haškim protokolom o mjerodavnom pravu, tako da po prvi put u pozitivnom međunarodnom privatnom pravu Crne Gore imamo mogućnost izbora mjerodavnog prava za obaveze izdržavanja.

U domenu mjerodavnog prava za razvod braka i pored usvajanja Uredbe Rim III, nema jedinstvenih pravila na nivou Evropske unije. Ovom uredbom predviđena je ograničena autonomija volje supružnika, dakle data je mogućnost izbora mjerodavnog prava, ali samo između prava onih država sa kojima postoji bliska veza. U odsustvu izbora, mjerodavno pravo se određuje po tačkama vezivanja koje bi trebalo da omoguće primjenu prava one države sa kojom je brak u bliskoj vezi.³⁴

Uredbom Rim III predviđeno je i da izbor prava treba da bude u formi pisanog sporazuma, potpisanog od strane oba supružnika, i to najkasnije u vrijeme pokretanja postupka.

S obzirom na činjenicu da je bračno pravo uopšte, pa i pitanja vezana za određivanje mjerodavnog prava za razvod braka osjetljiva materija, na koju se primjenjuju nacionalni propisi,³⁵ zakonopisac je imao odriježene ruke u izboru konkretnih rješenja. Tako, i ovdje je Predlogom novog zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore po prvi put predviđena mogućnost izbora mjerodavnog prava za razvod braka, ali je zadržan kriterijum državljanstva kao najznačajniji. Tako, predviđeno je da stranke kao mjerodavno mogu izabrati samo pravo sa kojim postoji određena bliska, personalna veza. To bi bilo: pravo zajedničkog državljanstva;

³³ Predviđen je i izuzetak od opšteg pravila o izboru prava a u cilju zaštite lica mlađeg od 18 godina ili odraslog lica koje iz razloga lične nesposobnosti ili nemogućnosti, nije u stanju da štiti svoje interese. O tome u kojoj mjeri se vodilo računa o zaštiti interesa stranaka govori i stav 5 istog člana koji predviđa da se neće primijeniti pravo koje strane izaberu, ako bi primjena tog prava dovela do očigledno nepravednih ili nerazumnih posljedica po bilo koju stranu, osim ukoliko su u vrijeme izbora prava bile potpuno obaviještene i svjesne posljedica njihovog izbora.

³⁴ Prema čl. 20a Uredbe Rim III, supružnici bi mogli da biraju jedno od sljedećih prava: (a) pravo države poslednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta supružnika, pod uslovom da jedan od njih u vrijeme pokretanja postupka i dalje ima uobičajeno boravište u toj državi; (b) pravo države čije državljanstvo ima jedan od supružnika; (c) pravo države u kojoj su supružnici imali uobičajeno boravište u trajanju od najmanje pet godina; (d) pravo države članice čijem sudu je podnesen zahtjev.

³⁵ Vidi čl. 55 (4) belgijskog ZMPP-a, koji dozvoljava izbor prava, dok npr. švajcarski i bugarski ZMPP ne dozvoljavaju izbor mjerodavnog prava za razvod braka.

odnosno ako su državljani različitih država, pravo zajedničkog uobičajenog boravišta u vrijeme podnošenja zahtjeva za razvod braka; odnosno pravo države u kojoj su imali posljednje zajedničko uobičajeno boravište; odnosno pravo državljanstva jednog od njih u vrijeme podnošenja zahtjeva za razvod braka. U svim slučajevima, sporazum o izboru mjerodavnog prava mora da bude sačinjen u pisanoj formi i ovjeren od strane nadležnih organa, najkasnije u vrijeme podnošenja zahtjeva za razvod braka.

I u domenu ugovornih imovinskih odnosa supružnika, dok ne bude usvojen Predlog uredbe o nadležnosti, mjerodavnom pravu i priznanju i izvršenju odluka u stvarima bračnog imovinskog režima,³⁶ još ne važe jedinstvene norme na planu Evropske unije i postoje različita rješenja u nacionalnim zakonodavstvima. Ipak, ovdje je mogućnost izbora prava iako ograničena na zakonom propisane mogućnosti, tradicionalno znatno učestalija nego što je to slučaj sa npr. kolizionopravnom autonomijom volje za razvod braka u nacionalnim zakonodavstvima.³⁷

Novo međunarodno privatno pravo Crne Gore predviđa mogućnost izbora mjerodavnog prava, stim što je izbor ograničen na: pravo države čije državljanstvo ima jedan od supružnika; pravo države čije prebivalište ima jedan od supružnika; pravo države u kojoj namjeravaju da zasnuju zajedničko uobičajeno boravište a za nepokretnosti, pravo mjesta gdje se ta nepokretnost nalazi.³⁸

Rezime

Opredjeljenje da se vrši unifikacija mjerodavnog prava Evropske unije usvajanjem uredbi u značajnom broju oblasti međunarodnog privatnog prava daje za pravo tvrdnjama o evropeizaciji međunarodnog privatnog prava.

Uticaj ove značajne legislativne aktivnosti na nivou Evropske unije nije prošao bez odjeka ni u zemljama kandidatima za članstvo u Evropskoj uniji, a karakterističan primjer je Crna Gora i njen Predlog zakona o međunarodnom privatnom pravu. S obzirom na dinamiku integracionih procesa i činjenicu da će za postizanje punopravnog članstva u Evropskoj uniji Crnoj Gori biti potrebno još čitav niz godina, u izboru kolizionopravnih rješenja nove kodifikacije međunarodnog privatnog prava Crne Gore pošlo se od principijelnog stava da je neophodno voditi računa o sadržaju prava Evropske unije, ali da se u ovom trenutku preuzima i prilagođava sadržaj

³⁶ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM/2011/0126.

³⁷ Vidi: čl. 52 švajcarskog ZMPP-a, čl. 49 i 50 belgijskog ZMPP-a, čl. 79 (4) i 80 bugarskog MPP-a i dr.

³⁸ Vidi čl. 82 i 83 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu.

samo onih uredbi kada se procijeni da to predstavlja prevashodan nacionalni interes.

Izvršena je recepcija pravila Uredbi Rim I i Rim II (za ugovorne i vanugovorne obaveze), uz neophodna prilagođavanja, a takođe su preuzete odredbe Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja. U domenu mjerodavnog prava za nasljeđivanje, polazna osnova su bila rješenja Predloga uredbe o nasljeđivanju.

Za razliku od navedenog, u pogledu pravila o određivanju mjerodavnog prava za druge odnose vođeno je računa o novim tendencijama u pravu Evropske unije, kao i na međunarodnom planu, ali prevashodno o nacionalnim interesima, pravnoj tradiciji i potrebama pravne sigurnosti.

Tri značajna koncepta, duboko utemeljena u pravo Evropske unije su detaljno razrađena u novoj kodifikaciji međunarodnog privatnog prava Crne Gore i predstavljaju osnov modernizacije nacionalnog zakonodavstva: norme neposredne primjene, koncept uobičajenog boravišta i značajno proširenje polja primjene kolizionopravne autonomije volje stranaka.

Prof. dr Maja Kostić-Mandić

University of Montenegro Faculty of Law

THE IMPACT OF EU LAW ON THE NEW PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF MONTENEGRO WITH SPECIAL REGARD TO APPLICABLE LAW

Commitment to perform unification of the relevant EU law by adopting regulations in a significant number of areas of private international law entitles opinions of Europeanisation of private international law.

The impact of this important legislative action at EU level was not without repercussions in the countries candidates for EU membership, a characteristic example being Montenegro and its draft law on Private International Law.

Given the dynamics of integration processes and the fact that it might take many years for Montenegro to achieve full EU membership, the new codification of private international law of Montenegro took a differentiated approach to the EU legislation. Thus, in every case regard is had of the EU legislation, but at this very moment only those enactments which are considered to be of ultimate national interest are subject of reception and adjustment in order to become part of a national law. Thus, the reception has been made of the Rome I and the Rome II Regulations provisions (for contractual and non-contractual obligations), with necessary adjustments, as well as the provisions of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations.

In the area of the law of inheritance, the starting point was the Regulation on inheritance.

Unlike the above, in terms of rules determining the applicable law relating to the other fields account is taken of the new developments in the European Union and internationally, but primarily on national interests and needs of the national legal tradition and legal certainty.

Three important concepts, deeply rooted in European Union law are underlying principles of the new codification of Private International Law of Montenegro: the overriding mandatory provisions, the concept of habitual residence, and a significant expansion in scope of conflicts of law autonomy.

Key words: *the reception of the EU law, Rome I Regulation, Rome II Regulation, maintenance, overriding mandatory provisions, habitual residence, conflicts of law autonomy.*

Dr Zlatko Nikolić,

Institut za kriminološka i sociološka istraživanja

Beograd

UDK:343.915(497.11+497.5+497.6+497.16)

Pregledni naučni rad

SLIČNOSTI I RAZLIKE MALOLETNIČKOG KAZNENOG ZAKONODAVSTVA U SRBIJI, HRVATSKOJ, BOSNI I HERCEGOVINI I CRNOJ GORI

Pod pritiskom EU, ali i sopstvenih nastojanja da se priključe tom savezu, balkanske zemlje, a bivše članice SFRJ, su krenule da svaka na svoj način što pre dođu do tog cilja, pa su i hotimice i nehotice iskoristile skoro iste izvore. Tako je, konačno, maloletničko kazneno zakonodavstvo uređeno isto ili slično u svim balkanskim zemljama, ne samo zbog identične problematike koju su trebale i želele da obrade, već i zbog pomodarstva da je sve nemačko ili austrijsko "najbolje za nas". Ali, kako se ne bi primetilo, tom pravnom transplantu je svaka od balkanskih zemalja dodavala i po nešto svoje, pa razlike u tom zakonodavstvu potiču samo iz tog razloga i to više termi-nološki ili "kozmetički". Te terminološke razlike, međutim, imaju i svoje praktične konsekvence.

Ključne reči: maloletnici, prestupništvo, kazneno zakonodavstvo, vaspitne mere, kazne

Uvod

Sva svetska kaznena zakonodavstva o maloletnicima su kroz vekove ljudske civilizacije imale uzanse, koji su ovu populaciju prestupnika, čak i kada su ti prestupi bili jednako surovi kao i kod odraslih, razlikovala od odraslih. Pri tome je različitost fiksirane starosne granice u tim zakonima uglavnom odražavala kulturološke i običajne norme u shvatanju pojmova dete, maloletnik i odrasli. Tako se u nekim zemljama i njihovom zakonodavstvu pod pojmom dete podrazumevao uzrast do 14. godine, kao i kod nas, ali i mnogo mlađi uzrasti od sedam, deset ili dvanaest godina¹. Zbog toga su se, saglano tome, u krivičnim zakonodavstvima o maloletnicima izdiferencirala dva modela pristupa. Prvi je tzv. zaštitnički

¹ . U većini ili najvećem broju evropskih zemalja, kao gornja granica za maloletstvo dominira kalendarski uzrast od 14 godina starosti, mada je u Grčkoj, npr. ta granica sa 12 godina, a, suprotno, u Kini tek sa navršених 18 godina. U svim zemljama je, međutim, predviđen drugačiji postupak i drugačije određivanje kazni za maloletnike (Jovašević, D. 2009, 8).

model, koji se pojavljuje na temeljima novih saznanja društvenih nauka, pre svega psihologije, ali i novih društvenih odnosa na početku dvadesetog veka. Njegova suština je u velikim ovlašćenjima sudećeg sudije za maloletnike, kome je dato za pravo da izbegne sve nepotrebne formalizme klasičnog sudskog postupka i da izbegne proporcionalno izricanje krivične sankcije kao za odrasle. Ličnost maloletnika je u tom procesu bila ispred svega, a pod uticajem tzv. klinički orijentisane kriminologije, odnosno modela društvene odbrane (Ancel, M. 1991).

Međutim, problemi sa narastanjem maloletničke delinkvencije i "pora-žavajući" rezultati koncepta resocijalizacije prestupnika, kako su nekritički utvrdili neki autori (Nikolić, Z. 2003, 487-497), doprineo je da se na scenu pojavi ono čemu su u nemoći ljudi uvek pribegavali, odnosno, vraćanju unazad. Tako u drugoj polovini dvadesetog veka imamo ponovno vraćanje na tzv. pravosudni model u tretiranju maloletnih prestupnika. Maloletni prestupnik, prema toj liniji manjeg otpora, više nije žrtva neuspelog vaspitanja, pa sam on kao takav više nije važan, već društvo i žrtve njegovog prestupa. Stoga, po ovom modelu, i "pravda" mora da se uspostavi tako što će se maloletni prestupnik adekvatno kazniti, ali uz izvesno uvažavanje psihofizičkih osobenosti maloletnika, odnosno, njegove sposobnosti za prosuđivanje.

Ovaj strah i animozitet socijalne sredine prema maloletnim prestupnicima, ipak i srećom, nije uspeo da potisne i biofilni (zaštitnički) odnos odraslih prema maloletnicima. To je i razumljivo kada se zna da mi, uprkos sve netrpeljivosti prema delinkventima, ne možemo i ne treba da zaboravimo da su i oni naš "produkt", odnosno da je neko od nas kriv za njihovo ponašanje. Otuda, verovatno, u svim zakonodavstvima koja sankcionišu prestupe postoje i posebne odrednice o maloletnicima od najstarijih zakonika do danas. Savremena evropska zakonodavstva, stoga, s pravom insistiraju i na posebnost tih zakonika, kako bi se preciznije odredila i definisala ta "materija", a na temelju principa individualizacije kazne za određene prestupe². Taj model kombinacije zaštitničkog i pravosudnog pristupa maloletničkim prestupima, očigledno dominira i u našim savremenim zakonodavstvima o kojima će biti reči.

Sličnosti maloletničkih kaznenih zakonodavstava i razlozi

Osnovni razlog za sličnosti u tretmanu maloletnih prestupnika je, razume se, saznajni i kulturološki, jer su u svim civilizacijama deca uvek imala poseban tretman. Ali, savremena maloletnička kaznena zakonodavstva

² . Precedentno pravo, međutim, već i po svojoj suštini ili filozofiji ne podrazumeva individualizaciju sankcije, jer kada se neka sankcija zasniva na neku ranije izrečenu za sličnu ili istu situaciju, automatski se zaboravlja na naučno utvrđenu činjenicu da u svetu nema dve iste osobe, čak i kada su monozigotni blizanci.

na prostoma bivše SFRJ imaju još jedan razlog za to, a to je isti model za pravni transplant o toj "materiji". Ne slučajno je, naime, Hrvatska još 1997. godine donela poseban Zakon o sudovima za mladež³, koji, zapravo, predstavlja kombinaciju austrijskog i nemačkog zakonika u toj oblasti. Budući da je to bio prvi takav zakon na prostorima bivše SFRJ, on je imao i niz nedoslednosti, kao npr. taksativno nabranje vaspitnih mera bez njihove klasifikacije, iako je u stavovima 2 i 3 to ipak delimično učinjeno (Nikolić, Z.; Joksić, I. 2011, 190). Te nedoslednosti su, doduše, kasnije otklonjene donošenjem posebnog Zakona o izvršenju sankcija izrečenim maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje 2009. godine⁴, a naročito je bilo važno i dobro da su sa donošenjem samog Zakona, doneti i svi podzakonski akti u toj oblasti. Sve u svemu, ovaj Zakon o sudovima za mladež je, iako eksperimentalno, omogućio i tzv. vanskodsku nagodbu kao alternativu sankcijama, a prema austrijskom i nemačko modelu (op. cit. 194-195).

Za druge republike bivše SFRJ, međutim, ovaj zakon je bio inspiracija i uzor za odvajanje maloletničkog kaznenog zakonodavstva iz opšteg krivičnog zakonodavstva, izuzev crnogorskog. Osim te inspirativnosti, dodatni razlog je bio i sličan ili isti jezik, jer je našim, bosanskim i crnogorskim zakonopiscima bilo lakše da shvate "duh" takvog zakona u hrvatskom prevodu, nego u originalu. Tako je, uz izvesne razlike o kojima će biti reči, maloletničko kazneno zakonodavstvo u svim republikama poteklo iz istog austro-nemačkog izvora. A taj izvor je, zapravo, kompilacija postavki Klasične krivičnopravne škole i pozitivističkih uticaja, izraženih preko tzv. restorativne pravde, odnosno, kompilacije zaštićeničkog i pravosudnog modela.

Sušтина tretmana maloletnih prestupnika po pravosudnom ili retributivnom modelu je, u osnovi, da se u procesuiranju maloletnih prestupnika očuva i zadrži koncepcija krivične odgovornosti. Međutim, ni taj perfekcionistički pravni logizam nije mogao da zanemari realnost razlika između maloletnih i odraslih prestupnika, uprkos distinkcije između kalendarske i emocionalne zrelosti pojedinca. Zato je u ovom modelu, još od antičkog vremena, uvedena kategorija pronicljivosti, odnosno pitanje za sud, da li maloletnik razume ili može da razume svoje postupke, pa se prema tome i odlučivalo o vrsti krivice i sankcije. Restorativna pravda se, prema tome, sama po sebi nametala, uz gorljiva ili manje gorljiva zalaganja, kao npr. stav G. Džonstona, da je to najveće naučno dostignuće savremenog krivičnog prava i kriminologije (Johnstone, G. 2003., 511).

Sličnost, ali i problem našeg kaznenog zakonodavstva o maloletničkom prestupništvu i njegovog originalnog ili prepisanog izvora, nažalost, leži u ne baš veštoj kompilaciji ova dva, u osnovi, veoma različita

³ ("Narodne novine RH"), br. 111/97, 27/98 i 12/02

⁴ ("Narodne novine RH"), br. 153/09

modela. Takva kompi-lacija je, na sreću, moguća i potrebna, jer život bilo kog čoveka nije i ne može biti norma, a posebno ne za maloletnika. Maloletnik, kako nas uče neke druge nauke, osim pravnih, nije biće sui generis, već je produkt procesa socijalizacije kojoj je glavni izvor društvo. Zbog toga on (maloletnik) ne može biti sam po sebi kriv, a po parametrima perfekcionistačkog pravnog logizma pravosudnog ili retributivnog modela, već i neko drugi: roditelji, vršnjaci, škola, mas-mediji, predisponiranost žrtve i drugo. Zakonici su, prema tome, morali da budu revidirani u odnosu na postulate Klasične krivičnopravne škole, uvođenjem odrednica i postulata tzv. restorativne pravde ili diverzionih mera.

Ali, upravo u tom pokušaju kompilacije dveju oprečnih "škola mišljenja", kao što su Klasična krivičnopravna škola i Pozitivizam, leži problem i austro-nemačkih zakona i transplanata u vidu hrvatskog, srpskog ili bilo kog drugog na ovim prostorima. Suština problema je u filozofskopravnom pristupu jedne ili druge "škole mišljenja", jer, prva Klasična krivičnopravna škola, nastoji da formalizuje i normatizuje svako ponašanje pojedinca u društvu. To je, uostalom, bio i njen primarni zadatak da, nakon Francuske buržoaske revolucije, pravno zaštiti tekovine nove vladajuće klase od negativnih konotacija gesla te Revolucije u vidu: sloboda, bratstvo i jednakost. Maloletnici pak, po svemu što se o njima oduvek znalo, nisu mogli u svemu da podlegnu osnovnom geslu te "škole mišljenja", jer Karičin shvatanje da krivično delo nije stvarno već pravno biće (Nikolić, Z. 2000, 100-101), nije moglo da se odnosi i na maloletnike.

Iskustvena zapažanja su, zapravo, pokazivala da primena tog klasičnog pravosudnog modela, a po klišeima Klasične krivičnopravne škole mišljenja, nije doprinela da se umanji ono što se pripisivalo kao propust ili nedostatak tzv. zaštitničkog modela. Otuda i potreba za kompilacijom nečega što, na prvi pogled, nije ni moguće. Naši zakonopisci na prostoru bivše SFRJ, kao ni njihovi uzori u Austriji i Nemačkoj, pre njih, nisu najbolje sagledali tu oprečnosti dveju škola mišljenja, pa su napravili mehanički zbir mera i postupaka koji ne bi trebalo da liče na sankcije. Tako je, na primer, od jednih i od drugih uzeto:

Klasična škola

- Perfekcionistački pravni logizam ili pravljenje "pravnog bića" od "stvarnog bića".
- Pojedinac vrši zločin svojom voljom, pa je zločin predmet pravde, a ne ličnost prestupnika koja uopšte nije važna.
- Odmeravanje kazne ima zato za zadatak da povрати zločinom narušeni red.
- Samo u slučajevima smanjene volje (zbog bolesti) kazna se ublažava.

Pozitivisti

- Individualizovanje kazne i kažnjavanja, odnosno, usmeravanje na “stvarno biće” zločina.
- Individualizovanje tretmana i proučavanje ličnosti prestupnika.
- Društvena opasnost se ispoljava u ponašanju jednog lica, jer ono može ponovo da izvrši delo, a ne u već počinjenom delu.
- Opasan je, dakle, čovek, pa njega treba i proučavati.

Kako su se ove "škole" odrazile na ove zakone?

Klasična škola

- Vaspitni nalozi
- Vaspitne mere
- Nadzor ili kontrola
- Pojačani nadzor roditelja ili staratelja
- Sudska zaštita kod disciplinskog kažnjavanja
- Uslovni otpust maloletnika

Pozitivisti

- Svrha kažnjavanja
- Socijalno-psihološke ekspertize pre suđenja
- Tretman maloletnika
- Ispitivanje ličnosti
- Obrazovanje i rad
- Šestomesečni izveštaji sudu
- Pogodnosti

Kako se iz navedenog vidi, maloletnička kaznena zakonodavstva nisu mogla da izbegnu kompilaciju dva modela ili pristupa, jer bi odustajanje od elemenata tzv. sudskog modela, na primer, bilo negativno prihvaćeno od uplašene javnosti. U psihologiji ljudi je, naime, da kada god ih nešto plaši traže retributivnu reakciju države, a sve veća okrutnost maloletničkih prestupa to svakako jeste. Sa druge strane, ti isti ljudi ne mogu sasvim da potisnu svest o tome da su deca prestupnici takođe produkt odraslih i društva u celini, pa ta ambivalentnost i dovodi do traženja drugačijih i blažih rešenja u samim tim zakonima.. Otuda i izvesne razlike u pomenutim zakonodavstvima, pa na primer, u hrvatskom Zakonu o sudovima za mladež postoje tri kategorije maloletnika, jer su osim mlađih i starijih maloletnika uvršteni i mladi punoletnici. U zakonu Republike Srpske o toj materiji postoje vaspitne preporuke, a u srpskom isto takvom zakoniku vaspitni nalozi. Stručna javnost, međutim, postavlja pitanje da li su za zakone dobri eufemizmi, kao način iskaza volje zakonodavca, jer, na primer, sudovi nisu vaspitne ustanove ili savetovališta pa da daju vaspitne preporuke, čak i kada se radi o sudovima za maloletnike. S obzirom na to da

su odluke suda imperativ u smislu de lege ferenda, onda se za preporuku ne može naći takav smisao.

Zaključna razmatranja

Sličnosti i razlike između zakona i zakonika različitih zemalja i podneblja su oduvek postojale, što im ni malo nije umanjivalo značaj, jer se radi o različitim kulturnim miljeima i vrednosnim sistemima. Budući, pak, da su sve društvene strukture oduvek imale isti cilj i zadatak u vidu obezbeđivanja socijalnog mira, to je i sličnost mera i zakona bila nužna. Otuda je postojala i potreba za preuzimanje i tuđih rešenja u vidu pravnih transplanata, pa su neki od tih transplanata bili delotvorniji u zemlji koja ga je preuzela, nego što je to bio slučaj u matičnoj zemlji (Votson, A. 2000, 43).

Maloletničko kazneno zakonodavstvo, međutim, u svim podnebljima i kulturama ima najviše sličnosti, odnosno, najmanje razlika u normiranju dopuštenog i nedopuštenog. Vrste sankcija i mera zbog toga skoro da su istovetne i u svima dominira "sukob" između retributivnog i restorativnog pristupa. A to ne treba ni da nas čudi, ako uporedimo razlike u tim pristupima.

RETRIBUTNI MODEL	RESTORATIVNI MODEL
Prednost načela materijalne istine	Prednost izmirenju stranaka i naknadi štete nastale krivičnim delom
Objektivno utvrđivanje povrede zakonskih normi	Zadovoljenje interesa stranaka (učinioa, žrtve i društva)
Kruto sprovođenje pravila krivične procedure	Prilagođavanje krivične procedure primeni diverzionih mera
Glavna uloga sudije, tužioca i sudskog veća	Povećana uloga ostalih institucija (centra za socijalni rad, nevladinog sektora i sl.)
Obavezno vođenje dokaznog postupka	Izostajanje dokaznog postupka u slučajevima kada se primenjuju diverzione mere
Relativno dugo trajanje krivičnog postupka	Izostajanje krivičnog postupka, odnosno njegovo skretanje
Veliki i nepotrebni troškovi koje proizvodi vođenje postupka	Smanjeni troškovi vođenja postupka ili njihovo izostajanje
Izricanje krivične sankcije kao krajnjeg ishoda vođenja krivičnog postupka	Izmirenje, naknada štete, rad u korist zajednice, lečenje u zdravstvenoj ustanovi i sl.

Problem prema svemu nije razrešen, jer ni dobra zakonska rešenja za maloletne prestupnike ne vrede ništa, ako se njihova implementacija ne sprovodi na način na koji nam dosadašnja saznanja ukazuju, tj. institucije, kadrovi i prihvatanje od strane socijalne sredine. Nedonošenje podzakonskih akata za primenu našeg Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela dovoljno govori o svemu i briše onaj drugi deo naziva ovog zakona o krivičnopravnoj zaštiti maloletnika.

L i t e r a t u r a

1. Ancel, M.: (1991) Društvena odbrana, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
2. Jovašević, D.: (2009) Maloletničko krivično pravo sa posebnim osvrtom na sistem vaspitnih naloga, Izbor sudske opravke br. 4, Glosarijum, Beograd
3. Johnstone, G. (eds.) (2003) Restorative justice, UK: Willan Publishing
4. Nikolić, Z.: (2000) Kriminologija sa socijalnom patologijom, Narodna knjiga, Beograd
5. Nikolić, Z.: (2003) Prevaspitanje osuđenih da ili ne, u "Strategija državnog reagovanja protiv kriminala" (urednik Radovanović, D.) Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
6. Nikolić, Z.; Joksić, I.: (2011) Maloletnička delinkvencija - socijalnopsihološki i krivičnopravni aspekti, Institut za krim. i soc. istraživanja, Beograd
7. Votson, A.: (2000) Pravni transplant, Pravni fakultet u Beogradu

Zlatko Nikolić, PhD,

Institute for Criminological and Sociological Researches,
Belgrade

SIMILARITIES AND DIFFERENCES OF JUVENILE PENAL LEGISLATURE IN SERBIA, CROATIA, BOSNIA AND HERZEGOVINA AND MONTENEGRO

Under the pressure of EU, but also their own efforts to join the Union, countries from Balkans, and former members of SFR Yugoslavia, have been trying, each in its own way, to reach that aim, and doing so, intentionally or inadvertently used the same sources for their own legislatures. Being so, in the end, juvenile penal legislatures have been organized in the same or similar manner in all Balkans countries, not just because of the identical issues that needed to be worked out, but also because of the popular idea that anything coming from Germany or Austria is “the best for us”. Nevertheless, to conceal the use of this legal transplant, each country added something of its own, and for that reason, there are some differences, but they are merely terminological or “cosmetic”. These terminological differences, however, have their practical consequences.

Key words: *Juveniles, lawbreaking, penal legislature, correctional measures, punishments.*