

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

55 GODINA INSTITUTA

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI
ŽIVOT

2/2011

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

2/2011

S A D R Ź A J

Predrag Vukasović <i>NAORUŽANA DEMOKRATIJA I KONTROLA DRŽANJA ORUŽJA U SAD</i>	7
Wolfgang Rohrbach Zdravko Petrović <i>KRAH AUSTRIJSKOG OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA "FENIKSA" I NEPOSREDNE POSLEDICE TOG DOGAĐAJA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI</i>	25
Petr Kolman <i>THE PLACE OF THEORY OF LAW WITHIN THE SYSTEM OF JURISPRUDENCE</i>	43
Andrzej Konrad Piasecki <i>EVROPEIZACIJA POLJSKIH OPŠTINA</i>	51
Vladimir Čolović <i>INSTITUT COMITY U MEĐUNARODNOM STEČAJU (sa posebnim osvrtom na pravo SAD)</i>	61
Blaže Krčinski <i>NORMATIVNA KONTROLA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI PRAVNIH AKATA U REPUBLICI MAKEDONIJI</i>	83
Luka Breneselović <i>MATERIJALNA KLASIFIKACIJA KRIVIČNIH SANKCIJA kao osnov pravnog poređenja u krivičnom pravu</i>	98
Dragan Jovašević <i>POKUŠAJ U EVROPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU</i>	115
Dragana Petrović <i>TRI MODELA ZLOČINA MEĐUNARODNOG TERORIZMA</i>	131
Veljko Turanjanin <i>SPORAZUM O PRIZNANjU KRIVICE U PRAVU EVROPSKIH ZEMALJA: PRIMJER ITALIJE</i>	147

Milica Kolaković-Bojović*OSNOV ODGOVORNOSTI PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DELA* 167**Mladen Tišma***USTAV DRŽAVE ČLANICE KAO PRAVNI OSNOV I OKVIR
EVROPSKE INTEGRACIJE**sa posebnim osvrtom na pravo Savezne Republike Nemačke i na
poslednju promenu Ustava Republike Hrvatske* 185**Lidija Pejčinović***COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PRESUMPTIONS FOR THE
RECOGNITION OF THE FOREIGN DECISIONS ON
INSTITUTING INSOLVENCY PROCEEDINGS ACCORDING TO
CROATIAN AND SERBIAN LAW* 213**Božidar Jeličić***NEKI ASPEKTI POLOŽAJA PRIVATNOG PRAVA EU U
DOSADAŠNJEM RAZVOJU KOMUNITARNOG PRAVA* 235**Mihajlo Babin****Miloš Erić**
ULOGA FISKALNIH PRAVILA 253**Milan Počuča***RAZVOD BRAKA U UPOREDNOM PRAVU* 267**Mirela Čokić***INDICIJE ZA UVOĐENJE PRE PACK INSTITUTA U STEČAJNO
ZAKONODAVSTVO BOSNE I HERCEGOVINE
(sa osvrtom na pravo Republike Srbije)* 284**Dragana Bogdanović***DEROGACIJA I OGRANIČAVANJE LJUDSKIH PRAVA* 295**Slavica Dinić***PRIKAZ KNJIGE
Đorđe Ignjatović PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA,
BEOGRAD, 2010. GOD.* 302**Jelena Vukadinović****Mirjana Glintić**
*PRIKAZ KNJIGA
„Očuvanje mira u Bosni “ i „Kosovo- rezultat 1999-2009“* 306

FOREIGN LEGAL LIFE

2/2011

TABLE OF CONTENTS

Predrag Vukasović <i>ARMED DEMOCRACY – THE CONTROL OF POSSESING ARMS IN THE USA</i>	7
Wolfgang Rohrbach Zdravko Petrović <i>THE CRASH OF AUSTRIAN INSURANCE COMPANY „PHOENIX“ AND DIRECTLY CONSEQUENCES OF THAT EVENT IN THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA</i>	25
Petar Kolman <i>MESTO TEORIJE PRAVA U SISTEMU ZAKONODAVSTVA</i>	43
Andrzej Konrad Piasecki <i>EUROPEANIZATION OF THE POLISH COMMUNITY</i>	51
Vladimir Čolović <i>INSTITUTE “COMITY” IN INTERNATIONAL BANKRUPTCY (with special reference to the law of the USA)</i>	61
Blaže Krčinski <i>NORMATIVE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY OF THE LEGAL ACTS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA</i>	83
Luka Breneselović <i>NATURAL CLASSIFICATION OF CRIMINAL SANCTIONS</i>	98
Dragan Jovašević <i>ATTEMPT IN EUROPEAN CRIMINAL LEGISLATION</i>	115
Dragana Petrović <i>THREE MODELS OF THE INTERNATIONAL TERRORISM CRIME</i>	131
Veljko, Turanjanin <i>PLEA BARGAINING IN THE LAW OF EUROPEAN COUNTRIES: THE EXAMPLE OF ITALY</i>	147

Milica Kolaković-Bojović

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS – CONDITIONS AND LIMITS 167

Mladen Tišma

CONSTITUTION OF MEMBER STATE AS LEGAL BASE AND FRAMEWORK OF EUROPEAN INTEGRATION
 – with special view on the law of the Federal Republic of Germany
 and the latest Revision of the Constitution of the
 Republic of Croatia 185

Lidija Pejčinović

KOMPARATIVNA ANALIZA PRIZNAVANJA STRANIH ODLUKA U POSTUPCIMA INSOLVENTNOSTI U HRVATSKOM I SRPSKOM PRAVU 213

Božidar Jeličić

THE UNIFICATION OF THE RULES OF THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW IN THE EU 235

Mihajlo Babin

Miloš Erić
THE ROLE OF FISCAL RULES 253

Milan Počuča

DISSOLUTION OF MARRIAGE IN COMPARATIVE LAW 267

Mirela Čokić

INDICATIONS FOR RELEASE OF PRE PACK INSTITUTE IN BANKRUPTCY LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
 (particularly the law of the Republic of Serbia) 284

Dragana Bogdanović

DEROGATION AND LIMITATIONS OF HUMAN RIGHTS 295

Slavica Dinić

Review of the monography:
 Đorđe Ignjatović *PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA*,
 BEOGRAD, 2010. GOD. 302

Jelena Vukadinović**Mirjana Glintić**

Review of the monography:
 „Očuvanje mira u Bosni “ i „Kosovo- rezultat 1999-2009“ 306

Dr Predrag Vukasović,
Institut za uporedno pravo,
Beograd

Originalni naučni rad
UDK: 342.34(73)

NAORUŽANA DEMOKRATIJA I KONTROLA DRŽANJA ORUŽJA U SAD

Autor komentariše presudu Vrhovnog suda SAD u slučaju MCDONALD ET AL. v. CITY OF CHICAGO, ILLINOIS, ET AL, oslanjajući se na agencijske vesti, tekst presude Vrhovnog suda i opštepoznate činjenice iz socijalne i ideološke istorije Amerike. U prvom delu svog rada on ukazuje da je razmatrana presuda samo jedna epizoda, i to relativno beznačajna, u produženom odmeravanju snaga između liberala i konzervativaca u vodećim krugovima američkog političkog i intelektualnog života, borbi koja niti počinje niti se završava ovom presudom. Uprkos nastojanjima pristalica „prava na oružje“ da naglase prekretnički značaj presude Vrhovnog suda za ustanovljenje, učvršćivanje i pravno uobličenje prava na držanje ličnog oružja, autor ovu presudu sagledava u široj perspektivi trajne napetosti između Obamine administracije i konzervativne republikanske opozicije. Rečena presuda može se shvatiti kao upozorenje Predsedniku da u Vrhovnom sudu još postoji snažna konzervativna većina spremna da igra ulogu protivteže njegovoj liberalnoj politici. Drugi deo teksta bavi se formulacijom i obrazloženjem same presude. Ona ima više veze sa američkim federativnim uređenjem i načinom na koji se ono ispoljava kroz ovlašćenja saveznih, državnih i lokalnih vlasti nego sa ustavnošću mera koje predviđaju kontrolu posedovanja oružja. To je posledica činjenice da je Vrhovni sud već utvrdio pravo značenje Drugog amandmana na Ustav SAD svojom presudom u slučaju District of Columbia v. Heller, 554; sud je ovaj amandman tumačio u smislu da njegove odredbe potvrđuju pravo građana na posedovanje ličnog vatrenog oružja kao Ustavom garantovano pravo. Ovim primerom autor nastoji da ilustruje različite pravne tehnike kojima se služi anglosaksonsko i kontinentalno pravo u pokušaju da od ustavnosti i zakonitosti načine stvarnu i delotvornu društvenu snagu. Poslednji

deo ovog priloga traga za društvenom i ideološkom pozadinom predmetne presude Vrhovnog suda. On pretpostavlja postojanje duboko ukorenjenih tradicija „naoružane demokratije“ – stanja u kojem većina odraslog muškog stanovništva poseduje lično vatreno oružje kao nužan preduslov samoodržanja u haotičnoj društvenoj sredini Divljeg Zapada – u američkoj istorijskoj svesti, ocrtavši njen nastanak u kolonijalnoj prošlosti, njenu ulogu u oblikovanju američkih demokratskih ustanova u okviru jedne predurbane i preindustrijske civilizacije, njen preobražaj u konzervativni ideološki kompleks nakon završetka Američkog građanskog rata i njeno mesto u društvenom pejzažu savremene Amerike. Zaključujući izlaganje, autor dokazuje kako protivnici strože kontrole vatrenog oružja ne uspevaju pokazati da masovno posedovanje ličnog vatrenog oružja pogoduje borbi protiv kriminala.

Ključne reči: Vrhovni sud, kontrola oružja, američki federalizam, naoružana demokratija

Povod

Vrhovni sud SAD doneo je 26. juna 2010. presudu kojom ograničava pravo država i lokalnih vlasti da donose propise o kontroli posedovanja vatrenog oružja.¹ Ova presuda, mada ima prizvuk konačnosti i mada su je aktivisti Nacionalnog udruženja vlasnika oružja (National Rifle Association - NRA) listom pozdravili videći u njoj definitivnu pobedu prava na posedovanje oružja kao nezaobilazne garancije američkih sloboda, predstavlja samo jednu etapu u dugoročnom i svakako nezavršenom odmeravanju snaga između zagovornika „prava na oružje“ i pristalica strožih uslova za posedovanje oružja kao dela šire borbe protiv kriminala. Okolnost da je presuda doneta najtešnjom mogućom većinom (5:4) ne govori, međutim, u prilog njene trajnosti: sledeća nasumična pucnjava može povećati pritisak javnog mnjenja u pravcu jače kontrole vlasnika oružja, navesti političare da se angažuju u donošenju novih propisa o kontroli oružja i izvršiti posredan ali delotvoran pritisak na najvišu američku sudsku instancu da promeni stav o ovom pitanju. Pristalicama „prava na oružje“ neće mnogo pomoći pozivanje na autoritet sadašnje presude, kao ni odbrana „olimpijske“ nezavisnosti Vrhovnog suda od političkih pritisaka pristalica kontrole oružja:

¹ http://news.bbc.co.uk/2/hi/world/us_and_canada/10438332.stm

logika života uvek na duže staze odnosi prevagu nad logikom formalne koherentnosti pravnog poretka.

Toga je, izgleda, svestan i Vejn La Pjer (Wayne La Pierre), izvršni potpredsednik rečenog udruženja vlasnika oružja, koji izjavljuje kako „ono neće dozvoliti da politički angažovane sudije, neposlušna gradska veća ili cinični političari pretvore ovu ustavnu pobedu pristalica prava na oružje u njihov praktičan poraz, tako što će iskriviti, preokrenuti ili poništiti presudu Vrhovnog suda u ovom slučaju“. Na drugoj strani svojevrzne političko-pravne barikade Majkl Blumberg (Michael Bloomberg), gradonačelnik Njujorka – inače vatreni zagovornik kontrole posjedovanja oružja, kaže da presuda Vrhovnog suda omogućava gradskim upravama da zadrže oružje što dalje od ruku kriminalaca i terorista uz istovremeno poštovanje ustavnih prava građana koji se povinuju zakonu. Njegova izjava podsetila me je na sličnu distinkciju srbijanskog ministra unutrašnjih dela iz 2003. godine da građani ne treba da se plaše policijske akcije *Sablja*, pošto ona nije uperena protiv građana već protiv kriminalaca. U oba slučaja zvaničnici prevideše jednu sitnu pravnu začkoljicu – i kriminalci su građani. Oni koji imaju razloga da budu nezadovoljni trenutnim stavom najvišeg američkog suda izbegavaju otvorenu konfrontaciju sa sudskom granom vlasti, nadajući se da će vreme – najbolji sudija – pokazati praktičnu neodrživost stava trenutne većine u Vrhovnom sudu prema pravu na oružje. Uostalom, to neće biti ni prvi ni poslednji put u američkoj pravnoj istoriji da Vrhovni sud menja ranije zauzeto stanovište o nekom načelnom pitanju; bez te mogućnosti ceo američki pravni sistem bio bi beznadežno krut, neelastičan u sudaru s vanpravnim stvarnošću koju treba da uredi i uobliči pre nego da je izlije u unapred pripremljen ideološki kalup.

Pre dve godine Vrhovni sud SAD stavio je van snage odluku lokalnih vlasti u američkoj prestonici kojom se zabranjuje držanje oružja u kućama i stanovima, što je bio jasan nagoveštaj presude iz 2010. godine. Međutim, kako se Vašington nalazi pod neposrednom nadležnošću federalne vlade, ova presuda nije pogađala zakonodavne akte pojedinačnih država, niti odluke njihovih lokalnih vlasti. Stoga su zagovornici „prava na oružje“ odmah po donošenju presude o neustavnosti zabrane posjedovanja oružja u Vašingtonu osporili ustavnost slične zabrane u čikaškom predgrađu Ouk Park (Oak Park), u državi Ilinois, koja je na snazi već 30 godina. Oni su se u oba slučaja pozivali na Drugi amandman američkog Ustava, koji glasi:

Budući da je (postojanje) dobro uređene milicije neophodno za bezbednost slobodne države, neće se zadirati u pravo naroda da drži i nosi oružje.

Ocenivši da je u prvom slučaju ograničenje prava na držanje oružja u suprotnosti sa Drugim amandmanom, sud je tom presudom obavezao samo federalne organe koji deluju na teritoriji pod neposrednom jurisdikcijom federacije (federalni okrug Vašington). Stoga je lako razumljivo oduševljenje sledbenika revolveraške tradicije Divljeg Zapada sadašnjom presudom, koja proširuje zabranu izrečenu pre dve godine na celokupnu teritoriju SAD i obavezuje organe na svim nivoima vlasti - saveznom, državnom i lokalnom – da poštuju pravne posledice presude i tumačenje Drugog amandmana sadržano u njoj. Moglo bi se tvrditi da je Vrhovni sud ovom presudom konstituisao pravo na držanje oružja kao jedno od ustavnih ili bar Ustavom garantovanih građanskih prava, što je krajnje neuobičajeno shvatanje sadržine građanskih prava za pravnike s ove strane Atčantika.

Nije li takvo oduševljenje pristalica slobode pucanja preuranjeno. Dobri poznavaoци američkog pravnog sistema upozoravaju da su praktične posledice ove presude, bar kratkoročno gledano, nejasne i neizvesne.² Ne treba očekivati nikakvu dramatičnu promenu na ulicama američkih gradova; tamo se i bez ove prevratničke presude Vrhovnog suda sasvim dovoljno gine. Čikaški mediji javili su da je tokom vikenda koji je prethodio objavljivanju presude 29 lica pogodoeno vatrenim oružjem, tri sa smrtnim ishodom; ta se statistika neće drastično promeniti bez obzira na presude i njihova obrazloženja. Posmatrači presudu doživljavaju kao simboličan gest, pokazatelj da liberalni predsednik i dalje mora računati sa konzervativnom većinom u Vrhovnom sudu. Možda je ta demonstracija utoliko bučnija što njeni autori dobro znaju da su praktične posledice tog čina bezopasno ograničene. Nesumnjivo bi mnogo rizičnije bilo ispoljiti tvrdokorni konzervativizam na pitanju abortusa, prava seksualnih manjina ili obrazovnih programa u javnim školama.

Uostalom, presuda je objavljena istog dana kada je Kongres započeo razmatranje imenovanja sudije Vrhovnog suda koji treba da zameni penzionisanog sudiju Džona Pola Stivena (John Paul Stevens), pripadnika liberalnog krila najvišeg američkog suda.

² *The New York Times*, on-line izdanje od 28. juna 2010, članak *Justices Extend Firearm Rights in 5-to-4 Ruling*

Slučajna koincidencija? Možda, ali ne mogu se oteti utisku da su sudije time opomenule Predsednika i zakonodavce. Političke okolnosti pod kojima je doneta presuda ne oslobađaju pravne stručnjake obaveze da minuciozno analiziraju njen sadržaj, značenje i moguće domete. Svaki čitalac, ne samo pravnik nego i iole upućeniji „čovjek sa ulice“, već pri površnom čitanju agencijske vesti morao je prema upravo pročitanoj zauzeti vrednosni stav u skladu sa sopstvenim svetonazorom. Priznajem da sam se namrštio na samu pomisao života u naoružanom društvu, u zajednici u kojoj bi komunikacija oružjem bila bar svakodnevna mogućnost, ako ne odomaćeni deo društvene zbilje. Ipak, pre no što ih besprizivno osudimo, oslušnimo šta su američke sudije stvarno rekle i pokušajmo da shvatimo pun smisao njihovih argumenata. Ako *razumeti* društvenu pojavu znači – bar delimično – *opravdati* njeno postojanje, svesno prihvatom rizik da me optuže za izdaju liberalnih vrednosti.

Presuda i obrazloženje

Kao što sam već ukazao, Vrhovni sud nije neposredno tumačio sadržinu Drugog amandmana, niti je odgovarao na pitanje podrazumeva li taj amandma neustavnost zabrane držanja oružja ili suštinskog ograničenja prava na držanje oružja. Na ovo pitanje sud je pozitivno odgovorio presudom u sporu *Heler protiv okruga Kolumbija* (*District of Columbia v. Heller*, 554). Sud je zaključio da Drugi amandman štiti pravo na posedovanje i držanje oružja radi samoodbrane; sud je stoga poništio zakon Kolumbijskog okruga kojim se zabranjuje držanje oružja u stanu ili kući na teritoriji okruga. Shodno precedentnoj prirodi američkog prava, ova presuda postala je integralni deo pravnog sistema, te je sud tretira kao pravnu činjenicu koja ne podleže daljem raspravljanju – ina ima načelno istu pravnu snagu kao slovo zakona. Grad Čikago i njegovo predgrađe Ouk Park efektivno su zabranili posedovanje ručnog vatrenog oružja gotovo svim građanima koji imaju boravište na teritoriji ovog predgrađa. Heler, isti parničar koji je prethodno uspešno osporio sličnu zabranu federalnog Kolumbijskog okruga, pokrenuo je novi spor pred Vrhovnim sudom, tvrdeći da osporena zabrana posedovanja oružja lišava građane zaštite od kriminalaca. On je tražio da sud proglasi neustavnim zakone i druge propise kojima se uvodi takva zabrana, pošto se njom krši Drugi i Četrnaesti amandman. Četrnaesti amandman, naravno, ne govori o oružju, ali njegov prvi stav obavezuje države da ne donose zakone koji dovode u pitanje ili

umanjuju povlastice i prava građana SAD. Podnosilac tužbe smatra da je držanje oružja povlastica//pravo zaštićeno ovim amandmanom. U prvostepenom postupku Sedmi okružni sud potvrdio je ustavnost osporene zabrane, izričito se uzdržavajući od izjašnjavanja o tome obavezuje li Drugi amandman neposredno države-članice SAD.

Stav sadržan u presudi Sedmog okružnog suda ukazuje da čitav spor ima dve dimenzije. Jedno je pitanje garantuje li Drugi amandman pravo na držanje oružja kao Ustavom zaštićeno pravo građana SAD. Problem se u krajnjoj liniji svodi na sadržaj i obim prava na samopomoć. Vrhovni sud zauzeo je stav o ovom pitanju ranijom presudom u sporu *Heler protiv okruga Kolumbija*, te se u ovoj prilici nije vraćao na presuđenu stvar. Međutim, obavezuje li Drugi amandman države članice, odnosno mogu li one svojim zakonodavnim aktima derogirati obavezu za koju je Vrhovni sud već ustanovio da proizlazi iz Drugog amandmana? Više nije reč o obimu i modalitetima vršenja građanskih prava nego o relativnoj pravnoj snazi federalnih propisa i propisa pojedinačnih država, o strukturi američkog federalizma. Ovde dolazi do zanimljivog ideološkog obrta: konzervativci, istrajni borci protiv svemoći federalne birokratije (podsećam na natezanja oko reforme zdravstvene zaštite), u ovom slučaju zalažu se za veći stepen podređenosti propisa pojedinačnih država, gradova i lokalnih zajednica odredbama federalnog Ustava i njegovih amandmana. Ljubav prema oružju pokazala se jačom od političke doslednosti. Ili se politička doslednost ogleda upravo u suprotstavljanju liberalnoj državi bez obzira na njen teritorijalni delokrug i nivo na kojem vrši vlast

Federalističku prirodu spora ilustruje i argument koji je izneo organ čija je odluka osporena. Lokalna uprava Čkaga i Ouk Parka iznele su shvatanje da su države i lokalne vlasti vezane ograničenjima proisteklim iz prvih deset amandmana na američki Ustav(koji se zbog značaja koji imaju u zasnivanju građanskih prava zovu *United States Bill of Rights* – Američka povelja o građanskim pravima) samo ako su takva ograničenja neizbežni atributi svakog „civilizovanog“ pravnog uređenja. Zaista neobično pravno shvatanje za evropske standarde, ima li se u vidu da je reč o najfundamentalnijim ustavnim garantijama individualnih prava i sloboda. Evropski pravnik koji bi zastupao ideju zabrane držanja oružja uvek iznova bi dokazivao da pravo na ličnu i imovinsku bezbednost ne podrazumeva pravo na držanje oružja kao ljudsko i/ili građansko pravo, da se „dobro uređena milicija“ iz Drugog amandmana ne može tumačiti kao ustavni nalog da celokupno stanovništvo bude naoružano do zuba, da takvo tumačenje ugrožava

upravo onu vrednost koju navodno treba da zaštiti itd, ali mu ne bi palo na pamet da relativizuje važenje osnovnih ustavnih garantija uslovljavajući njihovu primenu neizbežnošću njihovog prisustva u neodređenom i neodredljivom skupu svih civilizovanih pravnih uređenja.

Sve je to lepo i krasno, ali nije li Vrhovni sud jednom zauvek zatvorio to pitanje presudom u sporu *Heler protiv okruga Kolumbija*? Nije li stoga relativizovanje važenja *Bill of Rights* jedini preostali način odbrane ustavnosti mera kontrole držanja oružja? Na to bi naš zamišljeni kontinentalni pravnik samo slegao ramenima: on bi radije predložio nov ustavni tekst, saobražen savremenim uslovima, nego što bi traćio sopstveno vreme i živce učitavajući u ustavni tekst ono što u njemu nije napisano, ili – još gore – relativizujući one ustavne oderdbe koje ne može svariti. Evropska pravna misao ima načelno racionalan odnos prema Ustavu. To je zakon – istina, osnovni, najviši, s najvećom pravnom snagom, donet po posebnoj proceduri, ali ipak samo zakon – ljudsko delo, nesavršeno kao sve što je ljudsko, no koje se upravo zato može usavršavati, dopunjavati, menjati, ponekad potpuno zameniti nečim boljim, no isto tako nesavršenim i usavršljivim. Američki pravnik, naprotiv, ima posla sa sakrosanktnim, nepromenljivim ustavnim tekstom, čija se transcendentnost može meriti s vanvremenošću božanske objave. On takođe deluje u precedentnom pravnom uređenju, u kojem autoritet presuđene stvari ima ne samo drugačije konkretno značenje već i drugačiju metafizičku pozadinu od istog instituta u kontinentalnom pravnim sistemima. Njega sudska praksa Vrhovnog suda SAD obavezuje na mnogo rigorozniji, sveobuhvatniji, neopoziviji način no što pravna shvatanja iznesena u presudama najviših sudskih instancu sputavaju tumačenje Ustava i zakona njegovih evropskih kolega.

Ne treba smetnuti s uma ni da se tradicije američkog federalizma znatno razlikuju od klasičnih evropskih obrazaca federalizma i decentralizacije. Američka savezna vlast je *istovremeno* sputanija saveznim Ustavom i samostalnija od federalnih jedinica i lokalnih vlasti u sprovođenju saveznih propisa od odgovarajućih federalizovanih ili decentralizovanih evropskih državnih struktura. Kao ilustraciju ovog paradoksa dovoljno je podsetiti na frustrirajuće šarenilo izbornih propisa za predsedničke izbore u SAD, koje čini mogućim da kandidat za koga glasa manji broj birača osvoji više elektorskih glasova i postane Predsednik SAD. Da ovde nije u pitanju samo teorijska mogućnost najbolje su pokazali rezultati predsedničkih izbora 2000. godine: Republikanac Džordž Buš Mlađi pobedio je

demokratskog kandidata Ala Gora osvojivši 271 elektorski glas prema 266 glasova, koliko je osvojio Gor, iako je za Buša glasalo 50,456,002 birača, manje nego za Gora koji je dobio 50,999,897 glasova.³ Paradoksalni ishod ovih izbora, neuskladiv sa opšte prihvaćenim demokratskim standardima u svakoj evropskoj državi izazvao bi najdublju političku krizu i doveo do neposrednog preispitivanja izbornog zakonodavstva koje je omoguilo nedemokratski ishod. Ova izborna „pobeda“ nije, međutim, ugrozila politički legitimitet nove administracije: u narednim godinama Buš je energično sprovodio svoju „konzervativnu revoluciju“ i bez teškoća i sporova vezanih za svoj prvi izbor obezbedio drugi predsednički mandat. Podsetio sam na ovu epizodu iz nedavne političke istorije da bih istakao značaj koji Amerikanci pridaju svom federalizmu; ona nedvosmisleno pokazuje da je većinska Amerika spremna da bez oklevanja žrtvuje osobenoj raspodeli nadležnosti između savezne vlasti država – članica federacije čak i najfundamentalnija demokratska načela. Takav značaj i prirodu federalizam u Evropi nikad i nigde nije imao.

Možda nam je sad malo jasniji argument gradskih vlasti Čikaga u odbrani ustavnosti mera za kontrolu oružja. Vrhovni sud protumačio je da Drugi amandman obavezuje saveznu vlast da omogući američkim građanima držanje vatrenog oružja. Sлагali se s tom presudom ili ne, ona je „zahvaljujući precedentnoj prirodi američkog prava, postala sastavni deo dokumenta na koji se odnosi – u ovom slučaju Drugog amandmana na američki Ustav. Spor je, bar formalno, uklonjen. Međutim, osobena priroda američkog federalizma omogućava da se on, uprkos predašnjoj presudi Vrhovnog suda, koja bi u svakoj evropskoj državi značila stvarno okončanje spora, nastavi, istina u izmenjenom vidu i pod promenjenim modalitetima. Gradska uprava Čikaga tvrdi da odredbe sadržane u *Bill of Rights* obavezuju vlasti država – članica samo ukoliko su nužan deo svakog civilizovanog pravnog uređenja. A lako je ne samo zamisliti nego i upreti prstom na nesumnjivo civilizovana pravna uređenja u kojima postoji najstriktnija kontrola držanja oružja i najuže ograničenje prava na njegovo posedovanje. Štaviše, upravo bi se stepen kontrole držanja i/ili posedovanja oružja mogao uzeti kao jedna od mogućih mera – svakako ne najbesmislenija – civilizovanosti nacionalnih pravnih uređenja. Neizrečeni, ali implicitno prisutan deo argumenta glasi: ako smo radi federalizma žrtvovali temeljno demokratsko načelo *jedan čovek – jedan glas*, možemo mu žrtvovati i beskrajno spornije pravo

³ <http://www.fec.gov/pubrec/fe2000/elecpop.htm>

na oružje. Jasno je zašto se niko nije mogao eksplicitno pozvati na ovaj argument: on je, naime, izrazito političke prirode, a Vrhovni sud razume samo argumente zasnovane na precedentu. Pravni argumenti crpljeni su iz tri presude Vrhovnog suda iz XIX veka - *United States v. Cruikshank*, 92 U. S. 542, *Presser v. Illinois*, 116 U. S. 252, and *Miller v. Texas*, 153 U. S. 535. Ove presude donošene su u godinama posle Građanskog rata i usvajanja Četrnaestog amandmana, u okviru nastojanja konzervativne većine u Vrhovnom sudu da što više ograniči primenu liberalnih odredbi amandmana. One su značile da liberalne odredbe iz ustavnih amandmana obavezuju države – članice samo ako su deo evropskih pravnih sistema, tada načelno konzervativnijih od američkog prava, bar na saveznom nivou. Već smo navikli da, u težnji da ostvare pragmatične političke ciljeve, i pristalice i protivnici čvršće kontrole držanja oružja sasvim slobodno preuzimaju argumente suprotnog političko-ideološkog tabora, često ih istržući iz njihovog istorijskog konteksta.

Prvostepeni sud pozvao se na još jedan argument iz arsenala konzervativnog pravnog mišljenja koje je nastojalo da ograniči „štetu“ nastalu usvajanjem liberalnih amandmana sadržanih u *Bill of Rights*. Sedmi okružni sud je, naime, prihvatio stav da ove odredbe, uključujući i Drugi amandman koji garantuje postojanje „dobro uređene milicije“, obavezuju samo saveznu vlast, ne i države – članice, pri čemu se pozvao na presudu Vrhovnog suda u slučaju *Barron ex rel. Tiernan v. Mayor of Baltimore*, 7 Pet. 243, 247. Odbacujući ovaj argument, Vrhovni sud ukazuje na suštinski preobražaj američkog federalizma posle Građanskog rata i usvajanja Četrnaestog amandmana; presude iz ranijeg razdoblja ne mofu služiti kao precedenti za radikalno promenjenu pravnu situaciju nastalu usvajanjem Četrnaestog amandmana s njegovim dalekosežnim garantijama ostvarivanja individualnih građanskih prava. Stav 1 ovog amandmana nedvosmisleno obavezuje države - članice da „ne donose zakone kojima se ograničavaju prava i slobode (privileges or immunities) državljana SAD, niti da lišavaju ma koga života, slobode ili imovine, sem u pravno uređenom postupku“⁴. Međutim, presudom u slučaju *Slaughter-House*, donesenom četiri godine po usvajanju Četrnaestog amandmana, Vrhovni sud precizira da odredba o pravno uređenom postupku štiti samo ona prava i slobode koja svoj nastanak duguju saveznoj vlasti, njenoj Nacionalnoj povelji, Ustavu ili

4

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

zakonima. Iz ovog stava sledi, bar implicitno, još jedan paradoksalan zaključak: ona fundamentalna građanska prava koja potiču iz perioda *pre* uspostavljanja savezne vlasti – koja, dakle, vremenski, a verovatno i logički, prethode drugim pravima i slobodama – *nisu* zaštićena odredbom o pravno uređenom postupku. Prvostepeni sud je svoju presudu zasnovao upravo na ovom restriktivnom tumačenju Četrnaestog amandmana: odredbe sadržane u Drugom amandmanu nisu zaštićene klauzulom o pravno uređenom postupku, te obavezuju samo saveznu vlast, ne i države – članice. U skladu sa ovim shvatanjem, Vrhovni sud je u presudama u sporovima *Cruikshank*, 92 U. S. 542, *Presser*, 116 U. S. 252, i *Miller*, 153 U. S. 535 stao na stanovište da odredbe Drugog amandmana o pravu na držanje oružja obavezuju samo saveznu vlast.

U sadašnjoj presudi Vrhovni sud ukazuje, međutim, na čitav niz svojih ranijih odluka, počev od kraja XIX veka, kojima je shvatanje da klauzula o pravno uređenom postupku zabranjuje državama – članicama uskraćivanje individualnih prava zasnovanih na *Bill of Rights* postalo neosporni deo precedentnog prava. U tim slučajevima Vrhovni sud je razmatrao pitanje zaštite koju pruža pravno uređeni postupak potpuno nezavisno od pitanja da li se pravo o kojem je reč može smatrati povlasticom ili imunitetom proisteklim iz državljanstva. Prava koja štiti ova klauzula moraju biti logički obuhvaćena pojmom pravno uređenog postupka (obrazloženje presude u slučaju *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. 78, 99). U nekim slučajevima iz pomenutog razdoblja Vrhovni sud je uzimao u obzir pitanje može li se zamisliti civilizovano pravno uređenje koje ne bi pružilo zaštitu pravu koje je predmet žalbe (obrazloženje presude u slučaju *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 149.). Najviša američka sudska instanca nije oklevala da uskrati zaštitu pojedinih prava garantovanih *Poveljom o pravima – Bill of Rights* od ograničavajućih odredbi zakomodavstva država – članica, smatrajući da ta prava nisu od suštinske važnosti za pravno uređeni postupak; kao primer takvih nezaštićenih prava Vrhovni sud u sadašnjoj presudi navodi slobodu govora i slobodu štampe (presude u slučajevima *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 666; *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 S. 697.). Najzad, čak i u slučajevima kada je pravima garantovanim *Poveljom* pružana puna pravna zaštita, konkretni oblici te zaštite razlikovali su se prem tome da li je pravo uskraćivala savezna vlast ili su to činile pojedine države – članice.

Istina, već u to doba mogli su se u Vrhovnom sudu čuti i drugačiji glasovi; tako je sudija Blek (Black) zastupao mišljenje da stav 1 Četrnaestog amandmana obezbeđuje delotvornu pravnu zaštitu

svim pravima sadržanim u *Povelji* (videti njegovo izvojeno mišljenje u obrazloženju presude u slučaju *Adamson v. California*, 332 U. S. 46, 71– 72). U vreme kada je formulisano, ovo shvatanje nije dobilo podršku većine u Vrhovnom sudu. Kasnije je, međutim, stav suda evoluirao: prihvaćen je stav da se klauzula o pravno uređenom postupku prinjenjuje na prava sadržana u prvim osam amandmana iz *Povelje*. Takvo shvatanje izraženo je, na primer, u obrazloženju presude u slučaju *Gideon v. Wainright*, 372 U. S. 335. napušten je standard civilizovanog pravnog uređenja; sud sada smatra da se mora procenjivati da li je svako pojedinačno pravo sadržano u *Povelji* od fundamentalnog značaja za američki politički i pravni sistem. Mada je politički i pravni sistem SAD svakako manje apstraktna kategorija od civilizovanog pravnog uređenja, zadržan je znatan element neizvesnosti u pogledu zaštite tih prava od zakonodavnih akata država- članica. Vrhovni sud je posle izvesnog vremena napustio ovo prelazno rešenje i prihvatio Blekov stav da su va prava sadržana u *Povelji* zaštićena od zadiranja država – članica u njih. Štaviše, zaštita ovih prava pruža se prema istim merilima bez obzira da li ta prava krši savezna vlast ili države – članice (obrazloženje presude u slučaju *Malloy v. Hogan*, 378 U. S. 1, 10.). Shodno tome, Vrhovni sud je stao na stanovište da pravo na držanje i nošenje oružja, sadržano u Drugom amandmanu, moraju poštovati kako savezna vlast tako i države članice.

Ideološka i društvena pozadina

Prelazeći na suštinske elemente spora oko prava na nošenje oružja, Vrhovni sud ističe da je ovo pravo duboko ukorenjena tradicija američkog društva, deo onih sloboda kojima se američka država od svog nastanka razlikovala od savremenih evropskih državnih i društvenih uređenja. Sud smatra da je pravo na držanje i nošenje oružja inkarnacija *prava na samoodbranu* – fundamentalnog prava koje priznaje najveći broj poznatih pravnih uređenja od antičkog doba do danas. Kako je sud naglasio u obrazloženju presude u slučaju *District of Columbia v. Heller*, individualna samoodbrana je glavna komponenta prava koje američkim državljanima jemči Drugi amandman. Ocenivši da se potreba za odbranom sopstvene ličnosti, drugih članova porodice i imovine u najvećoj meri ioseća upravo u nečijem domu (kući ili stanu), sud smatra da se pravo sadržano u Drugom amandmanu odnosi pre svega na lično vatreno oružje (handguns) koje se drži u domu, budući da je to najpopularnija vrsta

oružja u Americi koja se drži i koristi za odbranu doma i porodice. Sud zaključuje da američkim građanima *mora biti dopuštena* upotreba ličnog vatrenog oružja u slučajevima kada oni vrše oravo na zakonitu samoodbranu. Da ne bi bilo nesporazuma, sud podvlači da pravo na samoodbranu (i iz njega izvedeno pravo na držanje i nošenje oružja) ima duboke korene u istoriji i tradicijama američkog naroda. Zar ova rečenica direktno ne aludira na već pomenutu mitologiju Divljeg Zapada? Ona može i treba da bude deo istorijskog ili sociološkog objašnjenja američke općinjenosti oružjem, ali je nisam očekivao u obrazloženju presude Vrhovnog suda. Pošto sudije svoje mišljenje o neustavnosti zabrane držanja i nošenja oružja bar delom zasnivaju upravo na ovim tradicijama, prilično udaljenim od prosečnog evropskog iskustva, moram se nešto detaljnije zadržati na njima.

Ne treba a priori potcenjivati doprinos američke „naoružane demokratije“ razvoju demokratskih institucija u Novom Svetu. Pre svega, bez nje bi bila apsolutno nezamisliva antikolonijalna revolucija u kojoj su rođene SAD. Naoružana demokratija nije nipošto bila proizvod posebnog liberalizma britanskih kolonijalnih vlasti; da je tako, ona bi procvetala i u Indiji. Američki kolonisti od samog početka morali su sami brinuti o vlastitoj bezbednosti u nepoznatom i uglavnom neprijateljskom okruženju; relativni neuspeh francuske kolonizacije severnoameričkog kopna može se, bar delimično, objasniti manjom samostalnošću francuskih kolonista u održavanju sopstvene bezbednosti. U krajevima iz kojih još nisu bili potisnuti Indijanci držanje oružja u svakoj naseljeničkoj porodici beše samorazumljiv uslov opstanka. Ta situacija nije se bitno promenila ni posle sticanja nezavisnosti. Da je neka savezna ili državna vlast pokušala da sprovede razoružanje stanovništva i ostvari delotvorni monopol fizičke prinude po uzoru na evropski model države, nesumnjivo bi doživela neuspeh. Velika raspršenost stanovništva, njegova mala gustina i odsustvo većih gradskih naselja umanjivali su opasnost koju naoružano stanovništvo predstavlja po stabilnost društvenog poretka.

Društveni pejzaž Amerike dugo vremena odlikovala je suprotnost istočnih, društveno i klasno raslojenijih, „evropskih“ krajeva i zapadnijih oblasti, socijalno homogenijih i sklonijih egalitarizmu. A bitan sastojak zapadnjačkog egalitarizma beše upravo naoružana demokratija; opšte posedovanje oružja snažno je nivelisalo imovinske razlike, ogromno povećavalo društvenu pokretljivost svakog naoružanog pojedinca, znatno relativizovalo pravne i moralne norme tradicionalnog društvenog poretka i predstavljalo unutrašnji

izvor energije neophodne za pretapanje raznorodnog kulturnog, etničkog, verskog i rasnog materijala u jedinstveni proizvod američkog topioničarskog kazana (*melting pot*). Masovno posedovanje oružja svakako ne beće jedini činilac koji je oblikovao osobene crte američkog mentaliteta, tako prepoznatljive u holivudskim klišeima, ali njegovu ulogu nipošto ne treba potceniti. Tokom prve dve trećine XIX veka suprotnost između egalitarnog Zapada naoružane demokratije i klasno raslojenog Istoka, civilizovanog u specifičnom smislu preovlađivanja načelno nenaoružanih stanovnika – „civila“, beše u senci politički (mada ne i društveno) važnije suprotnosti između nerobovlasničkog Severa i robovlasničkog Juga. Sa završetkom Građanskog rata, međutim, prva od pomenutih suprotnosti ostaje najdominantnija karakteristika potonje socijalne istorije SAD.

Njeni ekstremi su u narednih 150 godina američke povesti znatno ublaženi: nigde na Zapadu - sem, možda, u istorijskom sećanju preoblikovanom, ako ne i iznova stvorenom delovanjem književnih i filmskih proizvoda popularne kulture - više ne vlada „zakon kolta“, kao što ni na Istoku nema krute, neprelazne klasne strukture što podseća na viktorijansku Englesku. U meri u kojoj se Zapad orijentalizovao, Istok se vesternizovao; iako razlike i dalje postoje, one su svedene na nijanse unutar prilično homogenizovanog američkog društvenog miljea. Ova suprotnost između naoružane demokratije i ustanovljenog društvenog poretka, koju sam ovde tek ovlaš dotaknuo, ne sme se povrkati s beskrajno uočljivijim političkim antagonizmom između liberala i konzervativaca na tekućoj američkoj političkoj sceni. Egalitarne tradicije naoružane demokratije ne moraju obavezno korespondirati s liberalnim političkim vrednostima, kao što im se ni evropsko kulturno zaleđe humanističke učenosti, lako prepoznatljivih društvenih uloga i izraženije klasne podele ne mora obavezno suprotstavljati. Da se naoružana demokratija može bez ostatka izjednačiti s političkim liberalizmom (u američkom smislu te reči), bilo bi podjednako teško zamisliti tip istočnog liberala bliskog klasičnoj evropskoj levici, kao i tip zapadnog konzervativca bliskog bar izvesnim elementima evropskog fašizma. Ali bliskost sa evropskom političkom tipologijom, s druge strane, nipošto ne znači utapanje američkog liberalizma u evropski pojam levice, niti utapanje američkog radikalnog konzervativizma reganovsko-bušovske provenijencije u kalup evropske „daleke“ desnice. U oba slučaja reč je o izvorno američkim političko-ideološkim tvorevinama, idejnim

konstruktima *sui generis*, čije analogije s njihovim evropskim paralelama imaju strogo omeđenu oblast primene.

Šta je s tradicijom naoružane demokratije danas? Njene pristalice istrajno veruju da je ona još uvek živa i delatna, usadena u samo središte američkog načina života kao nerazdvojni deo onih specifično američkih sloboda kojima se ponosi nacija – kontinent. Njeni protivnici vide u njoj tek izbledele uspomenu iz pionirskih dana stvaranja američke civilizacije, čije nostalgичno oživljavanje u proizvodima masovne kulture odiše oporim ukusom političkog i društvenog reakcionarstva i nema organske veze sa bitnim, određujućim elementima savremene društvene situacije. Paradoksalno, u pravu su i jedni i drugi. Naime, pre no što je dospela u nepomirljiv sukob sa izmenjenim društvenim okolnostima, naoružana demokratija je već postala saodređujući element američkog individualizma, ostavštine koju u jednakoj meri svojataju i liberali i konzervativci tumačeći je u skladu sa sopstvenom ideologijom. Sam Drugi amandman, pravni osnov prava na držanje oružja, nosi jasan otisak džefersonovskog nepoverenja prema državnoj vlasti kao takvoj; u očima svog tvorca on je bio deo ustavnih garantija lične slobode, element ograničenja i kontrole savezne države. Ta njegova uloga izgubila se u poslednjoj trećini XIX veka, s konsolidacijom federacije po završetku Građanskog rata, okončanjem indijanskih ratova i efektivnim iščezavanjem „granice“ kao geografskog prostora u kojem je delotvornost vlasti – savezne, državne ili lokalne – umanjena do te mere da u regulisanju društvenih sukoba postaju neophodni mehanizmi individualne samoodbrane i samopomoći. Ako se društvena stvarnost već tada nepovratno udaljila od ideala naoružanog naroda sadržanog u Drugom amandmanu, zašto on nije jednostavno stavljen van snage? Zato što američki Ustav, uključujući amandmane, nije uobičajen ustavni dokument već neka vrsta svetovne Biblije, tekst koji se u krajnjoj nuždi može samo dopunjavati, no čije su odredbe apsolutno neuklonljive. Američka jurisprudencija, predvođena Vrhovnim sudom SAD, primorana je da ulaže ogroman napor u održavanju pravne fikcije nepromenljivosti ustavnih normi, naprežući svoje interpretativne moći dotle da se čini kako se u ustavni tekst može učitati sasvim proizvoljni pravni sadržaj. To ne znači da su sudije Vrhovnog suda svemoćne, ali su granice njihove moći uslovljene više političkim i društvenim realijama negi ustavnim tekstom.

Oštrica naoružane demokratije u doba njenog nastanka beše usmerena protiv američkih urođenika (*Native Americans* - kako se

politički korektnim novogovorom nazivaju Indijanci). Kako njih odavno ima samo u filmovima i rezervatima, pobornici kapitalističke varijante naoružanog naroda moraju tražiti nove loše momke kao opravdanje za pravo na pucanje. Srećom, ne moraju ići daleko; savremena Amerika vrvi kriminalcima najrazličitije vrste, od desperadosa koji kradu da bi preživeli do visoko organizovanog i tehnologizovanog kriminala „belih okovratnika“. Dve glavne teze protivnika državne kontrole ličnog naoružanja jesu:

- a) svaka takva kontrola narušava pravo na samoodbranu;
- b) masovno naoružavanje građana doprinosi suzbijanju kriminala i jača ličnu i imovinsku bezbednost.

Prva od ovih teza tipičan je proizvod fundamentalističkog načina mišljenja; ne čudi što njene pristalice olako posežu za Biblijom kao apsolutnim i neoborivim dokazom ispravnosti sopstvenih shvatanja. Zaista, ako se pravo na samoodbranu izvuče iz konteksta jednog od osnova za oslobađanje od krivične odgovornosti i pretvori u najvažnije, ako ne i jedino ljudsko pravo, mora se očekivati upravo takvo načelno suprotstavljavanje svakoj kontroli ličnog naoružanja građana. Najbolji, zapravo jedini mogući odgovor na tu vrstu fundamentalističkog ludila jeste *reductio ad absurdum*. Pošto su kriminalci svakim danom sve naoružaniji, pravo je da i dobar momak – američki *pater familias* ne zaostane za njima. Tako je u manihejskom svetu nepremostive podele na dobro i rlo pripremljen teren za trku u naoružanju između kriminalaca i onih koji to nisu ili se bar ne smatraju takvima. Ta trka – kao i sva nadmetanja slične vrste – načelno je nezaustavljiva. Zašto se zaustaviti na ličnom oružju, kad kriminalci već danas poseduju mnogo više? Ako se nekog nesrećnog dana teroristi domognu nuklearnog oružja, hoće li to biti dovoljan razlog da i ja nabavim svoj primerak?

Druga teza cilja na praktičnost: kriminalaca je toliko da policija ne stiže sve da ih pohvata; zašto joj u tome ne bi pomogli građani? Slična razmišljanja stoje iza pojave građanskih straža u Italiji, mada one zasad još nisu naoružane. Procvat privatnih agencija za obezbeđenje i drugih oblika bezbednosnog biznisa odaje isti trend relativizovanja državnog monopola fizičke prinude. Problem je samo što ova vrsta praktičnosti jednostavno ne funkcioniše. Svako labavljenje kontrole ličnog naoružanja automatski povlači za sobom više oružja u rukama kriminalaca, nezavisno od namera onih koji se zalažu za liberalizaciju držanja oružja. Kao dobra ilustracija logičke greške prisutne kod ove vrste rezonovanja pada mi na pamet izjava jednog ovdašnjeg dužnosnika data usred polidijske akcije *Sablja*. Da

bi umirio demokratsku javnost, opravdano zabrinutu nejasnim posledicama vanrednog stanja proglašenog odmah nakon ubistva premijera Đinđića, dotični funkcioner izjavio je kako se ograničenja ustavnih garantija proistekla iz vanrednog stanja odnose samo na kriminalce, ne i na građane. Taman htediti da odahnem i utonem u blaženo ništavilo apolitichnosti, kad mi đavo hiperkritichnosti došapnu jednostavnu i neporecivu istinu: *i kriminalci su građani*. Tvrdnja da „obični“ građani nemaju čega da se plaše jer je *Sablja* uperena protiv njihovih kriminalnih, valjda stoga i „neobičnih“ sugrađana – ma koliko u datom trenutku izgledala politički efektna – ne može biti tačna: ograničenja ustavnih garantija, bez obzira na to jesu li u datim okolnostima bila opravdana ili ne, odnosila su se na sve građane, bavili se oni kriminalom ili posmatranjem ptica. Ista logika važi i za liberalizaciju držanja oružja. Tehnički je nemoguće ustanoviti pravo držanje oružja kao ljudsko/građansko pravo, a da ga građani koji se bave kriminalom ne iskoriste za popunu vlastitih arsenala. Suprotna tvrdnja predstavlja bacanje prašine u oči neobaveštene javnosti.

Ako je suzbijanje kriminala tek rđavo smišljen izgovor, kakva je stvarna socijalna pozadina današnjih pristalica naoružane demokratije i zašto njihovi argumenti nailaze na podršku dela američke javnosti? Prosečna američka porodica iz srednje klase – sa oružjem ili bez njega – ostaje bespomoćna pred poduhvatima profesionalnih, dobro opremljenih i još bolje organizovanih kriminalaca. Naoružana, ona će, međutim, potvrditi svoju društvenu nadmoć nad socijalno najnižom vrstom kriminalaca – maloletnicima iz razoreni i/ili ruštveno marginalizovanih porodica, nelegalnim imigrantima ili iz bilo kojeg razloga socijalno deklasiranim pojedincima. Čini mi se da se iza podrške dela javnog mnjenja liberalizaciji držanja oružja, sem nostalgije za Divljim Zapadom – podsticane elementima američke masovne kulture, krije i neartikulisana pobuna protiv vladajuće ideologije demokratke jednakosti, ljudskih prava i multikulturalizma. To ujedno objašnjava mesto koje pitanje prava na držanje oružja ima u ukupnim liberalno – konzervativnim preganjanjima u SAD.

Predrag Vukasović; PhD,
Institute of Comparative Law,
Belgrade

ARMED DEMOCRACY – THE CONTROL OF POSSESING ARMS IN THE USA

The author comments on US Supreme Court's decision in the case MCDONALD ET AL. v. CITY OF CHICAGO, ILLINOIS, ET AL, relying on the press agencies' news, text of the Court's ruling, as well as on the notorious facts from America's social and ideological history. In the first part of this work he suggested that considered ruling is only an episode, a relatively insignificant one, in drawn out contest between liberals ad conservatives in US political and intelectual establiment, struggle that neither begins nor ends with this decision. In spite of efforts the supporters of „rifgt to arms“ are making to stress the landsliding importance of the Supreme Court's dicision for legal informing, establishing and consolidating the right to bear personal fiearms, the author views it in a wider perspective of continuing tensions between Obama administration and consrevative Republicans-led opposition. The said ruling may be understood as a reminder to President that there is yet a strong conservative majority in Supreme Court playing a role of counterweight to his liberal policies. The second part of this text deals with the wording and justification of ruling itself. It has more to do with American federalism embodied in respective powers of federal, state and local governments than with the constitutionality of measures providing for posession of arms control. It is becouse Supreme Court had already determined the true meaning of Second Amendment to US Constitution in its decision in case District of Columbia v. Heller, 554, interpreting it in a sense that its provisions confirm the individual right to posess the personal firearms as a constitutionally guaranteed right. By this example the author endeavors to illustrate different legal techniques of Anglo-Saxon and Continental law in making the consututonality and legality a real and efficient social force. The final part of this contribution traces the social and ideological background of present Supreme Court's decision. It postulates the deeply-rooted traditions of „armed democracy“ – condition in which the majority of adult male population have posessed personal firearms as necessaery prrequisit of self.maintenance in chaotic social environment of Wild

West – in American historical consciousness, outlining its emergence in the colonial past, its role in shaping American democratic institutions in a pre-urban and preindustrial civilization, its transformation into a conservative ideological complex in the post-Civil War era and its place in social landscape of contemporary America. In conclusion, author proves that the opponents of the stricter firearms' control fail to show that mass possession of personal firearms favors anti-criminal policies.

Keywords: *Supreme Court, arms' control, American federalism, armed democracy*

Prof.dr Wolfgang Rohrbach
Prof.dr Zdravko Petrović¹

Originalni naučni rad
UDK: 368(436:497.1)

KRAH AUSTRIJSKOG OSIGURAVAJUĆEG DRUŠTVA "FENIKSA" I NEPOSREDNE POSLEDICE TOG DOGAĐAJA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

O neslavnoj propasti najvećeg austrijskog društva za životno osiguranje, godine 1936, već se mnogo pisalo (upr. Istorija osiguranja Austrije, II,III i VI tom). U ovom delu namera je da se istaknu određene međuzavisnosti važne za razumevanje materije, kao i detalji koji su se pokazali kao veoma štetni po celokupnu branšu, te time postali jedno od suštinskih pitanje za nauku o osiguranju Austrije, ali i drugih zemalja u kojima je Feniks poslovao.

Ključne reči: Feniks; osiguranje; Austrija; Kraljevina Jugoslavija

Iz istorije «Feniksa»

1860. g. je u Austriji (iz Nemačke) osnovano društvo "Austrijski Feniks" akcijskim kapitalom od 3 miliona guldena. U početku su sklapana osiguranja od požara i transportna osiguranja, a zatim, u sledećim godinama i poslovi osiguranja od grada (1864) i životnog osiguranja (1866).

1888. g. je društvo reorganizovano osnivanjem društva "Azienda, austrijsko-francusko društvo za osiguranje od elementarnih nepogoda i nesrećnih slučajeva" i isključivanjem životnog osiguranja, u čiju svrhu je godine 1889. osnovano sopstveno društvo za životno osiguranje pod nazivom "Društvo za životno osiguranje Phönix".

¹ Prof.dr.dr. Wolfgang Rohrbach, profesor Državnog univerziteta u Beču i prof.dr Zdravko Petrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Mediteran u Podgorici i advokat u Beogradu

Na vrhu ovog društva nalazili su se verzirani poslovni ljudi koji su ispravnim radom u javnosti i tržišno orijentisanim formiranjem proizvoda redovno ostvarivali natprosečno povećanje udela na tržištu. Rukovodstvo je za vreme rata steklo neosporne zasluge uvođenjem određenih, za tadašnje vreme posebno prilagođenih, novih vrsta osiguranja, pre svega osiguranje ratnih obveznica, čime je steklo naklonost vlasti i u posleratnom vremenu nastavilo da obezbeđuje krug svog uticaja.²

Već pre izbijanja I Svetskog rata je društvo poslovalo na području cele (austro-ugarske) monarhije. Posle njenog raspada je "Phönix" u zemljama naslednicama kupio nekoliko preostalih osiguranja sa uglavnom vrlo lošim rizicima. Smatralo se da će se forsiranjem natprosečnog rasta novih poslova ostvariti u celini optimalan poslovni tok. Računica nije uspela. Ciljevi društva su se ipak bila samo ekspanzionistička nastojanja koja su se očitovala naročito u širenju posla u inostranstvo pribavljanjem udela i reprezentantnih ustanova³.

Načini za pokriće tako nastalih troškova bili su intenziviranje poslovanja u zemlji i povećanje akcijskog kapitala.

1924. g. je Feniks bilo prvo društvo koje je posle rata iskazalo zlatni bilans. 1925. ujedinilo se sa društvom "Atlas - životno i rentno osiguranje AD" i "Bečkim životnim i rentnim osiguranjem"⁴ sa prvenstvenim ciljem smanjenja troškova uprave. Feniks je postao mnogohvaljeno privredno čudo Prve Republike (Austrije).

Izgrađen je moćan aparat spoljnih službi radi forsiranja potrebnih novih poslova, što je, međutim, znatno povećalo troškove akvizicije. Uvedene su nove vrste osiguranja, kao osiguranje u domaćim štedionicama (1926), kako bi se mnogim nezaposlenima otvorila radna mesta. Naduvani akvizicijski aparat je sam gutao veliki deo potencijalne dobiti. I u unutrašnjoj organizaciji se uočavao sve veći gubitak. Neorganizovana odeljenja "za saradnju", nedostatak

²) Zum Fall Phoenix. In: "Die Versicherung", 11.JG, Wien 2. April 1936.

³ Wolfgang Rohrbach, Vor 40 Jahren..."Die Tragödie der Lebensversicherungsgesellschaft „Phönix“ aus heutiger Sicht. Wien 1976, S. 3"(Pre 40 godina..."-Tragedija društva za osiguranje života Feniks iz današnjeg ugla, Beč 1976, str.3).

⁴ Wilhelm Hamerka und Kurz Winsauer, Rechtshistorischer Abriß der österreichischen Versicherungswirtschaft zwischen 1918 und 1938. In Vers.gesch. Österreichs Band III, S. 108 ff(Pravno-istorijski pregled ekonomije osiguranja Austrije 1918-1938. g. u Istorija osiguranja austrije, III tom, str. 108 i dalje).

kooperacije unutar odeljenja i loš, neškolovan personal su sve više komplikovali upravljanje ugovorima.

O uzrocima kraha društva za životno osiguranje Phönix su nadzorne vlasti pisale u svojim revizorskim izveštajima. Deo teksta glasi:⁵ "Očigledno je da je aktivnost direktora dr Berlinera u prvom i poslednjem redu završila kao velika reklama za ustanovu. Ne samo da su tarife i ponude zainteresovanim licima u javnosti iznad svega bile primamljive, nego je Feniks „kovao na svim vatrama“. U svakom smislu je bio svuda prisutan. Pri tome se ipak nije u svim slučajevima sam deklarirao, nego je znao naći posilne da u njegovim transakcijama budu fiducijari. Nije bilo transakcije koja se nije obavila nekim zaobilaznim putem i gde su razlozi uglavnom bili namera da se izbegne plaćanje obaveza. Inače jednostavni poslovi pretvoreni su u sofisticovanu kombunaciju, tačnije rečeno, zamršenost, u kojoj je već svakom postalo nemoguće da nađe nit za rasplitanje. Revizori su uglavnom odgovarali sa "ne znam više kako je to bilo" i tome slično. Bilo je "znalaca" i "neznalaca" ali sligurno i onih koji su "nešto znali"...(nagađali).

Krah Feniksa

Tako spektakularan krah Feniksa kakav je bio, ostao je jedinstvena pojava na planu osiguranja u Prvoj republici. Ovo treba napomenuti i radi toga što su se u bankarstvu bankrotiranja dešavala serijski (upor. knjigu Karla Auscha "Kad su banke pale "). Ipak se delovanje kraha Phönixa u javnosti ne sme potceniti. Korupcijske afere su bile predmet mnogih viceva. Još godinama posle "Kraja gadne ptice Feniks" bavili su se publicisti tom tematikom.(Citat iz Brünner-Zeitung/april 1936).

Jedan od onih koji su "nešto znali" i koji su bili "posilni" glavni nosioca odgovornosti Phönixa, dr Berlinera, bio je novinski urednik Hans Habe. U sledećem citatu on izlaže način na koji je dr Berliner varao nadzorne vlasti⁶.

⁵ österr. Staatsarchiv, Finanzarchiv Fasz. "Amt. Untersuchung beim Phönix" Bericht Nr. 2 Riedel vom 19. April 1936.(Austrijski državni arhiv, Finansijski arhiv, fascikla „Službena provera Feniksa“, izveštaj br. 2 Riedl od 19.4. 1936).

⁶) Zitat Franz Trescher, Die Geschichte der Wiener Städtischen Wechselseitigen Versicherungsanstalt", unveröffentlichtes Manuscript, Wien 1973, S. 9-88(Citat FranzaTreschera, „Istorija Wiener Staedtische“, neobjavljeni rukopis, Beč 1973, str. 9-88.)

"U njegovoj radnoj sobi u bečkoj zgradi Feniksa, ako ste se hteli približiti njegovom radnom stolu, morali ste proći alejom tašni za spise poredanih s leve i s desne strane noseći natpise Pariz, London, Rim, Prag. U svakoj od njih se, osim spisa, nalazila i košulja, pidžama i četkica za zube, jer se dr Berliner svaki čas odlučivao za let u ovu ili onu zemlju. Košulju uostalom nije ni vraćao: kako ni u jednoj zemlji nije ostajao dovoljno dugo da je opere, on je kupovao nove, a nošene ostavljao u ormaru. Znajući za čudne navike ovog čoveka, koji je bio učen, koji je majstorski igrao šah i čije je znanje matematike zapanjilo i Ajnštajna, ne bi se moglo ni sanjati da je bio glavni lik jednog krupnog krimi romana. Kada je nakon nekoliko godina izbio skandal Phönix, saznalo se da su njegova putovanja imala dobre razloge:

Stalno je premeštao zakonski propisane rezerve kapitala iz jedne zemlje u drugu, tako da se posao koji se obavljao preko filijala u stvari odvijao sa jednom jedinom likvidnom rezervom koja se uvek javljala u onoj zemlji u kojoj je zapretila državna kontrola. Kako je on zamišljao da svoju igru može večno igrati, i gde su nestale proneverene rezerve - ne znam; svakako, dr Berliner je proširio svoju moć po celoj Evropi a da se sam nije obogatio."

Mnogi ugovori sa visokim troškovima zaključenja i upravljanja su morali zbog nesolventnosti biti stornirani odnosno oslobođeni premija. Neizbežna posledica je bila ljutnja klijenata. Sve više se smanjivalo efektivno pokriće rezerve premija Feniksa, i to ne samo u zemlji nego i skoro trideset filijala u inostranstvu. Trebalo je sve više novca davati kao mito da bi se prikrile greške i sve više kapitala za pokriće moralo je biti transferisano iz jedne zemlje u drugu da bi nadzornim organima bila prikazana zadovoljavajuća slika. Bilo je, dakle, samo pitanje vremena kada će takav sistem pasti.

Karl Ausch u svojoj knjizi⁷ pominje jedan primer prikrivanja:

"Phönix je imao veliki dug prema CA (Creditanstalt - bankarski institut) i direkcija je htela da sprovede knjigovodstvenu kontrolu, ali je zabranjena od strane vicekancelara Winklera, koji je vodio i Ministarstvo unutrašnjih poslova. Kada je na to banka zatražila da Phönix bar odgovori na pitanja u upitniku o svom statusu, i ovo je zabranio. Objašnjenje neobičnog ponašanja vlade rešio je Spitzmüller

⁷ Karl Ausch: „Als die banken fielen: Zur Soziologie politischer Korruption“, Wien 1968

1933. g. povodom jednog slučaja.⁸ Proizašlo je da su odgovorni članovi vlade bili sa Phönixom u nejasnim poslovnim vezama.

Smrt dr Berlinera 17. februara 1936. zapečatila je i sudbinu društva, jer je s njim nestalo "sveznajućeg manipulatora" neobične poslovne politike. Nekolikom dana nakon njegove smrti su u Phönixu utvrđeni najteži oblici nepravilnosti u poslovanju.

Na jednoj vanrednoj sednici uprave predstavio je viši knjigovođa Eduard Hanny "prave bilanse"⁹ One su pokazivale da je u rezervama premija nedostajalo 250 miliona šilinga (što odgovara iznosu od oko 750 miliona evra).

Reakcija države

Posledice su bile poznate malom broju lica, iako su se mnogi pribijavali da poatojanja nedovoljnih rezervi premije. Savezni kancelar, dr Kurt Schuschnigg, saznajući već ranije od poverljivih ljudi patriotskog fronta o pretećoj katastrofi, istupio je i preuzeo brze i korektne mere za rasvetljavanje okolnosti afere. Državno pravobranilaštvo je intervenisalo na zahtev Ministarstva pravosuđa ne sačekavši nijednu prijavu i naredilo policijskim direkcijama sprovođenje opsežnih istraga. Osam lica je uhapšeno, a protiv 72 je poveljen postupak.

Ni jedne domaće dnevne ili nedeljne novine nisu smele da upotrebe izraze kao "milionski bankrot", "krah" i sl. U prvim nedeljama nakon što se saznalo za katastrofu, izveštaji vlade o bankrotu bili su očigledno vrlo ograničeni.

Zakonodavac je reagovao na sledeći način:

25. marta 1936. izašla je naredba sa naslovom "Odredbe za novu regulativu nauke osiguranja u Austriji". Ova naredba je bila neophodna jer je veliko društvo za osiguranje života Phönix bilo prisiljeno da suspenduje svoja plaćanja. Na naredbu je 26. marta u službenim "Bečkim novinama" ("Wiener Zeitung") usledila lakonska vest da su doneta četiri zakonska akta o reformi privatnog osiguranja. Kada je šef nadzora osiguranja, dr Heinrich Ochsner, pozvan u Saveznu kancelariju, počinio je 28. marta samoubistvo.

⁸ Alexander Spitzmüller; "...und hat auch Ursach' es zu lieben", Wien 1995, S. 23

⁹ Isabella Ackerl, "Nationalsozialistische Massenverhetzung /Presseberichte zum Verfahren gegen zwei "Phoenix"-Direktoren", in "VG Österreichs, Band VI, Wien 2000, S 333

Slom Phönixa je bila apsolutno atipična nesolventnost jer ni jedno drugo osiguravajuće društvo nije bilo povučeno u propast, dok je u slučaju bankrota velikih banaka-kreditnih instituta prethodilo propadanje mnogih manjih banaka, što je na kraju lanca dovodilo do bankrota i samog instituta.¹⁰

Zakonske odredbe donete marta 1936, a nastale u vezi kraha Phönixa, su posle II Svetskog rata bile podvrgnute temeljnoj analizi Društva za nauku u osiguranju odnosno njegovog publiciste po imenu Hans Lorenz-Liburnau. Tek su u članku "Savladana prošlost", objavljenog u stručnom časopisu "Versicherungsrudschau" br. 7/1972, bili prdstavljeni rezultati istraživanja čiji smisao odražavaju sledeći pasusi:

Nesrećom je objavljen zakon od 25. marta 1936. g, "Zakon o osiguravajućim fondovima" kao "Odredbe za novu regulativu nauke osiguranja u Austriji", tako da je upućeni građanin morao da stekne utisak da se on kritički odnosi na celokupno privatno osiguranje Austrije, a ne samo prema Phönixu. Između ostalog, ovaj zakon je sadžavao i to da će naknade Phönixovim osiguranicima, naročito onima sa jednokratnom premijom, morati biti obračunate prema smernicama za aktuarsku matematiku, što je značilo smanjenje za polovinu iznosa. Ipak, ni za to nije bilo dovoljno sredstava.

Iz tog razloga je ustanovljena jedna vrsta solidarne odgovornosti svih osiguranika po kojoj su svi osiguranici svih osiguravajućih društava iz svih branši trebali da uplate dodatak od 4% na sve premije i da im se odbije 2% od svih isplata za štete, koji iznosi bi se slivali u jedan "fond osiguranja" i za koji se nadalo da će za sledećih 25 godina pokriti manjkove. Ni nameštenici u osiguranju nisu bili pošteđeni ovih mera, a delimično su im i primanja smanjivana za određeni procenat do 25%.

"Nepravednost" ovog zakona se, dakle, sastojala u tome da su i oni, koji su po osećanju ili sa osnovanim nepoverenjem u Phönixove metode prebacili svoje police kod drugih osiguravajućih društava, bili obavezni na ova plaćanja. Ovo, kao i zbunjujući naslov zakona su imali za posledicu da se razumljivo neraspoloženje javnosti nije ograničilo samo na Phönix ili društvo koje ga je spašavalo - "Austrijsko osiguravajuće akcionarsko društvo" - već je bilo usmereno

¹⁰Nikolaus Reisser und Wolfgang Rohrbach, Arbeitsverhältnisse und Arbeitssysteme in der Versicherungswirtschaft 1873 bis 1938, in: VG Österreichs, Band III, S 196 i 197.

na osiguranje kao celokupnu privrednu granu. Ona je utoliko manje zaslužila obaranje imidža jer se pokazala otpornija na krizu od svih branši, polazeći od sasvim netipičnih uzroka sloma društva Phönix. Među osiguravačima koji su pokušavali naročitim merama da održe imidž austrijskog osiguranja bili su "Assicurazioni Generali" i "Erste Allgemeine". Osvrnuvši se unazad, danas treba reći da se tada čak i uprkos komercijalnoj savesti poslovalo sa ciljem ponovnog uspostavljanja dobrog imidža. Tako su se na primer uključili "Wiener Staedtische" i "Assicurazioni Generali" u društvo za saniranje Feniksovih polica, "Austrijsko osiguravajuće akcionarsko društvo", sa više od 2,5 miliona šilinga (tada značajnim iznosom od oko 7,5 miliona evra), koji je inače, po čistoj ekonomskoj računici, mogao da bude i drugačije vrlo profirtabilno investiran i koji je ovde svesno upotrebljen za jačanje ideje životnog osiguranja. "Münchner Rück" i "Assicurazioni Generali" su se složili da kupe i nastave neizmenjeno poslovanje društva "Phönix-Elementar", jednog cenjenog društva za neživotno osiguranje, sasvim ozbiljnog i neinficiranog načinom poslovanja njegovog društva-osnivača.

Jedan od problema nastalih nesolventnošću Phönixa je i nezaposlenost njegovih dotadašnjih zaposlenih. Od njih ukupno 800, "Austrijsko osiguravajuće akcionarsko društvo" je pružilo 200, a u vezi ostalih je dogovoreno da im se obezbedi posao otprilike jednakog ranga. I ovde su "Assicurazioni Generali" i "Erste Allgemeine" iskazali spremnost da pomognu. „Generali“ su preuzeli dobar deo zaposlenih u spoljnim službama Phönixa, a mnogi akademici koji su izgubili posao ovim događajem namešteni su kod „Generali“-ja iako nije za njima postojala neposredna potreba. Tada je bruto plata iznosila 150 šilinga (oko 450 evra), što je u tadašnjim međunarodnim uslovima za pogođene radnike bilo naročito povoljno.

Reakcije i pouka iz katastrofe

Krajem aprila su „hitne mere“ vlade i interventnih osiguravajućih društava u Austriji zaključene. I u inostranstvu su uvedene neophodne mere. Društvo za nauku u osiguranju je pružilo informacije o “evropskom pogledu” na regulativu povodom slučaja Feniks:

Što se tiče ogranaka Feniksa u inostranstvu¹¹ preuzimanje zaključenih osiguranja od strane drugih ili novih društava bilo je lako samo u onim zemljama u kojima nije bilo nedovoljnog pokrića.

Ovo je bio slučaj samo u Rumuniji, Bugarskoj, Holandiji i Nemačkoj, prema informacijama Kontrolne banke Austrije za industriju i trgovinu¹².

Belgijski portfolio je preuzeo belgijski ogranak Assicurazioni Generali iz Trsta.

U Čehoslovačkoj je formirana vanredna masa i ukupono stanje osiguranja je preneto na novoosnovano društvo.

Osiguranja u Nemačkoj je preuzelo novoosnovano društvo za životno osiguranje „Isar“ iz Minhena. Osiguranja u Italiji je preuzeo Istituto Nazionale u Rimu.

I u Mađarskoj je formirana vanredna masa i osnovano jedno novo društvo pod vođstvom mađarskog centralnog novčanog instituta.

U nekim zemljama je nastala teška situacija.

Tako se npr. u Poljskoj jedno novo osiguravajuće društvo izjasnilo za preuzimanje osiguranja Feniksa, ali onda odustalo od te namere a da ni jedno drugo društvo nije uskočilo na njegovo mesto. Tako je poljska vlada bila prisiljena da najozbiljnije razmisli o osnivanju državnog instituta.

Jedno je ipak bilo u inostranstvu jasno, a to je da su najveće teškoće nastale u Austriji.

U inostranstvu se s poštovanjem gledalo na način kojim je problematika savladavana.

U vezi toga treba citirati Bečke novine (Winer Zeitung) od 30. 04. 1936. koje navode kao primer dva dva mađarska lista¹³:

“Uj Nemzedek” u uvodnom članku utvrđuje veliki značaj objavljivanja austrijske vlade u vezi slučaja Feniks i njeno energično nastupanje. “Nema ispravnog čoveka pod kapom nebeskom”, kaže list,” koji ne bi s pažnjom pratio i divio se jasnoj odlučnosti, hrabrosti i samosvesti kojom je savezna vlada ovoj stoglavoj hidri jednim udarcem osekla sve glave.”

¹¹ Wolfgang Rohrbach, "Vor 40 Jahren..."Die Tragödie der LV Gesellschaft Phönix aus heutiger Sicht. Beč 1976, str. 95

¹² Austrijski državni arhiv, Finansijski arhiv fascikla 10/17, Obaveštenje Austrijske kontrolne banke za industriju i trgovinu prema zakonu 107/36 Ministarstvu finansija, Beč 29.9.1936.

¹³ Bečke novine br. 111 od 30. 4. 1936.

“Az Est” u svom uvodnom članku tvrdi: “Bečko društvo za osiguranje života Feniks” nije gledalo ni levo ni desno, već je prosto izvlačilo novac od političkih mecena koji im nije pripadao. Ali, ni austrijska vlada takođe nije gledala ni levo ni desno kada je trebalo bez milosti otkriti krivce i kazniti ih gvozdenom rukom. Način i genijalnost kojima se povodom ove afere postupilo ukazuju na to da je Austrija zdravija nego ikad.”

Krize mogu da budu učiteljice za budućnost. Prema ovom principu informisao je Dörfel zainteresovanu stručnu javnost.

Seminari, referati, diskusije i publikacije su se odžavali veoma, za ono vreme, brzim tempom, i predstavljali koncentrisane akcije kojima je Društvo za nauku u osiguranju Austrije pružalo informacije širokoj javnosti o važnim sadržajima.

Otprilike 4 godine nakon kraha Feniksa je dr Franz Frisch sastavio studiju o tome koje su se degeneracije u obavljanju posla životnog osiguranja mogle izbeći ili ublažiti. Ova publikacija je, najblaže rečeno, dotakla i Društvo za nauku u osiguranju Austrije. Dörfel je reagovao tekstom od skoro 80 strana na tvrdnje dra Frischa. Sledeći pasusi pokazuju na vrlo upečatljiv način kako se stvar rasvetljavala. Pošlo se pre svega od toga da se ukaže na markantne greške i krive zaključke:

U prvim pasažima se Dörfel suprotstavlja napadima koji se uvek ponovo čuju u krugovima eksperata za hartije od vrednosti i koji su se našli u studiji. „Nikako se ne može reći da su slomovi koji su se desili u poslednje vreme u značajnoj meri izazvani time što su osiguravajuća društva preveliki deo svojih sredstava rezervi uložili u nekretnine. Ni krah Frankfurtske grupe ni Feniksa ne može se dovesti sa ovim u vezu. Da je u toku likvidacije posle kraha teška utrživost uložених sredstava u ove zgrade bila ili mogla biti uzrok teškoća, ne treba poricati. Zdrava politika investiranja mora se ipak prilagoditi zahtevima realne poslovne situacije koji postaju aktuelni tek onda kad društvo propadne i kad dođe do prisilne likvidacije njegovih sredstava.“

U nastavku teksta Dörfel iznosi kako dolazi do nedovoljnog pokrića premije: “Mnogo utemeljenija izgleda tvrdnja u studiji gospodina dra Frischa da su teškoće koje su se u poslednje vreme pojavile u pojedinim osiguravajućim društvima uglavnom ili prema slučaju mogu da se pripišu povećanju premije i naglom porastu troškova, u prvom redu, troškovima sklapanja ugovora.

Neracionalno obaranje premija i preteran rast troškova mora bez sumnje da dovede – ako nema dokapitalizacije – do pojave nedovoljnog pokrića premija koji se stalno povećava. A na kraju i do bankrota društva.“

Na pitanje mnogih klijenata, zašto je država preuzela brigu o potrošačima, Dörfel odgovara na sledeći način: „I u Austriji i u drugim zemljama u kojima su osiguravajuća društva podvrgnuta državnom nadzoru, ona su morala i ranije pre nego što počnu s poslovanjem da pribave dozvolu u pogledu obračunskih osnova životnog osiguranja i ukupnih tabela premija. Nadzorni organ je i do sada smeo da izda koncesiju osiguravajućem društvu samo ako ono pruži jasan dokaz da će moći uredno da izvršava svoje obaveze.

Što se, dakle, tiče obračunskih osnova i tabela premija, društva nisu ni do sada bila prepuštena sam sebi. Kako je za obračunske osnove i tabele premija bila potrebna dozvola nadzornog organa, to društva nisu imala pravo ni do sada da u svojoj poslovnoj praksi primenjuju druge osim zakonom odobrenih premija.“

Ipak, da ni nadzorne vlasti nisu bile imune na greške, pokazuje Dörfel na sledećem primeru: „Ipak, praksa pokazuje suprotno, naime, da su osiguravajuća društva uprkos opisanoj pravnoj obavezi odstupala od tabela premija ne samo u pojedinačnim slučajevima, nego to i sistematski sprovodila. Ako je to do sada bio slučaj, može se s pravom postaviti pitanje gde su garancije da društva i ubuduće neće nuditi nižu premiju od one utvrđene jedinstveno od strane nadzornih vlasti za sve ustanove? Utvrđivanje minimalne premije je – kao je već rečeno – zaista ispravna mera. Ipak tu i nastaje greška, jer nadzor u pojedinim zemljama postupa tako da svoju obavezu izdavanja dozvole izvršava neujednačeno izdajući nekim društvima odobrenje za tabele mnogo nižih premija. Time ova društva stiču povoljniji konkurentni položaj u odnosu na ona sa višim premijama koja konačno bivaju prisiljena da – ako ne žele da se podvrgnu konkurenciji – svoje premije samovoljno koriguju.“ Ovde Dörfel otvoreno aludira na običaj nadzornog organa u Austriji u odnosu na Feniks, tj. Dr Berlinera, koji je podmićivao direktora Ochsnera radi izdavanja odobrenja za veoma niske premije životnog osiguranja, pored ostalih „ustupaka“, kao bi stekao konkurentsku „prednost“ u odnosu na ostale učesnike.

Dr Frisch je takođe naglasio da je širokoj javnosti trebalo omogućiti mnogo bolji uvid u registar rezervi premija, i postavio

pitanje zašto se Društvo za nauku u osiguranju nije mnogo više založilo za takve mere.

Odgovor dr Dörfela je glasio: „Tačno je da strani, koja ima za ovo potrebno obrazovanje i ekonomski je na to orijentisana, treba dati mogućnost da potpuno sagleda upravljanje rezervama premija društva kome je poverila svoju uštedevinu. Ostvarenje predloga dra Frischa u tom smisli treba najtoplije pozdraviti. Ali to da javnost može u pogledu registra rezervi premija i u najmanjoj meri promeniti odnos prema odgovornosti koji po današnjem sistemu snose nadzorne vlasti, treba najodlučnije opovrgnuti.

Posao osiguranja je poznat kao masovan posao. Pretežan deo osiguranika nema ni izdaleka takvo stručno znanje na osnovu koga bi mogao da da proveri aktuarske osnove kalkulacije rezerve premija. Takođe, najveći deo osiguranika nema potrebno ekonomsko znanje za ocenu ispravnosti investicione politike nekog osiguravajućeg društva.“

Slom Feniksa u Kraljevini Jugoslaviji i posledice

U Kraljevini Jugoslaviji između dva svetska rata važio je, kako smo videli, koncesioni sistem za obavljanje osiguravajuće delatnosti.¹⁴ Znači, poslove osiguranja moglo je obavljati samo preduzeće koje je dobilo dozvolu za rad. Ipak, koncesioni sistem je bio dosta liberalan, tako da nije bilo problema za dobijanje koncesija. Pred početak Drugog svetskog rata u Jugoslaviji je bilo dvadeset osam osiguravajućih društava. U pogledu zakonske regulative, koja se odnosila na delatnost osiguranja, može se napraviti razlika u periodu do 1.3.1937. godine u odnosu na stanje posle tog datuma.

U prvom periodu nisu postojali propisi koji su regulisali odnose između osiguravajućih društava i države. Zato se i dešavalo da osiguravajuća društva koja ulaze u veoma rizične poslove – propadaju i da zbog toga interesi osiguranika ostaju potpuno nezaštićeni. Na to ukazuje i veliki broj sporova pred sudovima iz oblasti osiguranja.¹⁵ Uместo da vode računa o sigurnosti, osiguravajuća društva su vodila raču-

¹⁴ O osiguranju života u periodu između dva rata videti: Ž. Lukić, *Ugovor o osiguranju života*, Beograd, 1929. i D. Ogrizović, op. cit., O aktuarskim osnovama osiguranja života videti: S. Sretenović – V. Veselinović, *Osiguranja na život*, Beograd, 1929.

¹⁵ A. Tasić, *Osnovi osiguranja*, III izdanje, „Privredno finansijski vodič“, Beograd, 1976, strana 101.

na samo o rentabilnosti plasmana onih rezervi koja se u životnom osiguranju stvaraju uplatom premija od strane osiguranika. Upravo zbog takvog načina poslovanja u proleće 1936. godine došlo je do sloma velikog austrijskog osiguravajućeg društva „Feniks“, koje se bavilo isključivo osiguranjem života. Premijske rezerve su iznosile u našoj zemlji preko 100.000.000 tadašnjih dinara (odnos USA dolara i jugoslovenskog dinara bio je 1:53).

Poslovna delatnost «Feniksa» obuhvatala je osim Austrije teritoriju 22 države i samostalnih političkih jedinica. Prema veličini osiguranih suma na prvo mesto je dolazila Austrija to sa 32,3% ukupnog portfelja, a na drugo mesto sa 19,2%. Ukupan udeo Mađarske, Poljske, Jugoslavije i Rumunije je iznosio 14,6%, dok je udeo ostalih zemalja bio 14,5%. U analizi pada Feniksa, prof. V. Rozenberg konstatuje da je «Feniks zaključivao osiguranja ispod tarifnih stavova za koje su znali profesionalni krugovi i ta politika je bila nametnuta iz centrale(Beča) svim inostranim filijalama društva. Do toga je došlo zbog preteranih troškova u vezi sa ogromnom međunarodnom ekspanzijom Feniksa i gubitka izvesnog dela rezerve kako na kursu transfera zamašnih suma u doba svetskog monetarnog haosa, tako i usled plasmana koji nisu odgovarali osiguranju».¹⁶ Feniksove rezerve su iznosile 702 miliona šilinga, od kojih je sopstveni deo bio 483 miliona, a 219 rezerve reosiguravača kod Feniksa. Rezerve koje je Feniks držao kod drugih reosiguravača, koje su mu pripadale po osnovu reosiguranja koje je od njih preuzeo su iznosile 112 miliona šilinga. Rezerve jugoslovenskog Feniksa su bile plasirane na sledeći način:

	Beč	Beograd
- gotovina	2,28%	2,06%
- nepokretnosti	14,8%	3,8%
- hartije od vrednosti	49,2%	64,7%
- hipotekarni zajmovi	6,4%	2,6%
- zajmovi na police	9,7%	26,9%
- ostali zajmovi	1,5%	0,18%
- depoziti premija po indirektnom osiguranju	16,9%	-

Najveći deo plasmana premijske rezerve bio je iščezao na taj način što je prema jednom rešenju Ministarstva trgovine i industrije iz 1932 godine bilo je odobreno Feniksu da proda obveznice ratne štete, Blerove i Seligmenove obveznice i da tim novcem finansira firmu

¹⁶ V. Rozenberg: Slučaj sa Feniksom, Privredni pregled, broj 20/1936, strana 5.

Lozinger, koja je u naknadu za to ustupila državne menice dobijene za građenje pruge Požarevac-Kučevo, koje nisu predstavljale zdravo pokriće premijskih rezervi života. Sem toga vlasti su prenebregle da posvete punu pažnju činjenici prema kojoj nisu vodile računa da se te menice vrate u zemlju.¹⁷

Manjak premijske rezerve iznosio je oko 100.000.000 dinara. Ovaj slom je imao nepovoljne efekte na poverenje građana u sistem osiguranja, pa je tadašnja politička vlast, u dogovoru sa ostalim osiguravajućim društvima donela Uredbu o nadzoru nad osiguravajućim preduzećima.

Uredba, koja je stupila na snagu 1.3.1937. godine, najvećim delom je regulisala pitanje imovine u koju se ulažu premijske rezerve, tj. sredstva prikupljena u vidu štednih premija u osiguranju života. Taksoativno je bilo pobrojano u šta se može uložiti premijska rezerva. Tako je bilo određeno da se najmanje 25 % premijskih rezervi drži u državnim hartijama od vrednosti – u obveznicama državnih zajmova i državnim blagajničkim bonovima, s tim što je, s druge strane, bilo zabranjeno da se preko 50 % tih premijskih rezervi drži u zgradama i hipotekarnim zajmovima, kao i da se preko 10 % drži u obliku uloga kod banaka. Ova poslednja zabrana je naročito teško pogodila osiguravajuća društva, zbog toga što su ona bila u vezi sa bankama, koja su ova sredstva plasirala privredi nekada i po stopi od 20 do 30 %. Propisi o regulisanju plasmana premijskih rezervi i o ostvarenju namenske imovine, koja se držala odvojeno od ostale – slobodne imovine, doprineli su da se posle oslobođenja mogla izvršiti revalorizacija životnih osiguranja pod povoljnijim uslovima nego što su valorizovana druga potraživanja (ulozi na štednju i drugo).

Propisi Uredbe o nadzoru nad osiguravajućim preduzećima zabranjivali su tim preduzećima da imovinom koja je nabavljena sredstvima dobijenim od osiguranika slobodno rukuju i upravljaju. Otudjenje i opterećenje te imovine bilo je moguće samo po odobrenju nadležnih državnih organa. Sva imovina, koja je nabavljena sredstvima prikupljenim u vidu štednih premija, držala se potpuno odvojeno od ostale imovine osiguravajućeg preduzeća. Ona se nije mogla upotrebiti ni za šta drugo, osim za izvršenje obaveza prema osiguranicima po osiguranju života.

Inače, u 1937. godini bruto premija u osiguranju lica je iznosila 148,2 miliona dinara. Pa ipak, kada se uzmu sve vrste osiguranja,

¹⁷ V. Rozemberg, navedeno delo, strana 5

Jugoslavija je pred Drugi svetski rat po razvoju osiguranja zauzimala jedno od poslednjih mesta Evrope.¹⁸

Slučaj Fenksa rešen je osnivanjem Jugoslovenskog Feniksa. Za pokriće postojećih obaveza su navedena sledeća sredstva:

Sva imovina koja je prema knjigama bivšeg Feniksa u Beču služila kao pokriće premijskih rezervi jugoslovenskog portfelja bez obzira gde se imovina nalazila,

Obveznice Ministarstva finansija u nominalnoj vrednosti od 7.369.500 dinara koje Ministarstvo izdaje u zamenu za državne menice izdate na osnovu člana 2 Zakona o građenju železničke pruge Požarevac-Kučevo od 26.juna 1931, a čija je nominalna vrednost iznosila 200.000 dolara,

25.000.000 dinara je bilo razrezano da, radi sanacije Jugoslovenskog Feniksa, plate sva osiguravajuća društva koja su imala dozvolu za rad u Jugoslaviji,

50% od prvogodišnje premije onih elementarnih osiguranja bivšeg Feniksa koja su bila preuzeta od strane drugih osiguravajućih društava u vremenu između 28 aprila 1936 do dana obnarodovanja Uredbe.

Uredba je propisala da Jugoslovenski Feniks nije mogao zaključivati nove poslove osiguranja. Ova zabrana zaključivanja novih osiguranja svela je poslovanje Jugoslovenskog Feniksa na rad sa jednim organičenim brojem osiguranika, čije se stanje novim prilivom ne može menjati i ovo je protuivno normalnom toku poslovanja. U ovakvim slučajevima ova antiselekcija ne može da izazove veći potres u normalnom razvoju poslovanja, ako takav potres ne izazovu drugi razlozi. Jedan od tih razloga je činjenica da posle jednog niza godina postojeći portfelj se smanjuje na broj osiguranika koji ne može da obezbedi potreban stabilitet u poslovanju.¹⁹ U pogledu matematičko tehničkih rešenja, član 10 Uredbe je predviđao:

Ukidaju se besplatne poloce i besplatne bonifikacije. Vanredni popusti u premiji od tarife koja je važila u vreme sklapanja ugovora ne priznaju se, a osigurani iznos smanjiće se na one iznose koji odgovaraju, po pomenutoj tarifi, premijama koje se stvarno plaćaju,

Od ugovorene sume, odnosno od sume utvrđene na osnovu tač. 1 ovog člana, isplatiće se u ugovorenom roku 45% onim

¹⁸ Videti detaljnije: A. Tasić, op. cit., strana 102–104.

¹⁹ S. Sretenović: Uredba o sanaciji društva „Feniks”, Glasnik Udruženja aktuara Kraljevine Jugoslavije, broj 3-4/1937, strana 102-103.

osiguranicima koji su u celosti uplatili ugovorene premije na svoje police, kao i onima koji su do dana stupanja na snagu Uredbe kapitalizovali svoju policu ili izvršili američku prolongaciju. U istom procentu isplatiće se ugovorena suma i onim osiguranicima kod kojih je osigurani slučaj nastupio pre stupanja na snagu Uredbe, a osigurana suma nije još plaćena,

Osiguranicima koji nastave sa plaćanjem premija uzeće se ubuduće premije pod tač.1 utvrđene sume, koja se plaća kad nastupi osigurani slučaj, povećati za onaj procenat koji se dobije kada se premije uplaćene do 28. aprila 1936 pomnože sa 45, a premije koje osiguranici treba da plate iza pomenutog dana do isteka ugovorenog vremena plaćanja premije sa 100, pa zbir podeli sa sumom svih ugovorenih premija za to osiguranje. Kod osiguranja za slučaj smrti sa doživotnim plaćanjem ugovoreno se vreme plaćanja računa najviše do 85 godina života.

Osiguranicima koji budu zahtevali kapitalizaciju ili američku prolongaciju sume predviđene ugovorom za ovakav slučaj smanjiće se sa procentom izračunatim u smislu tač. 3 ovog člana 10, s tim da se za vreme posle 28. aprila 1936 godine umesto ugovorenih premija uzmu u obzir stvarno uplaćene premije.

Američka prolongacija može se dozvoliti samo na osnovu prethodnog lekarskog pregleda.

Osiguranici koji budu zahtevali otkup ili zajam, otkupna suma ili najveći iznos zajma smanjiće se sa onim procentom koji se dobije na osnovu obračunavanja pod tač. 4 s tim da se premije uplaćene do 28. aprila 1936 pomnože sa 40 umesto sa 45.

Osiguranici nemaju pravo na otkup ili zajam do januara 1938. godine.

Stvarno sagledavanje realizacije ekonomsko-tehničkih-aktuarskih efekata ove sanacije po donetoj Uredbi nije se moglo ostvariti zbog II svetskog ratat, kao i reorganizacije našeg osiguranja.²⁰

Zaključak

Poslovna delatnost «Feniksa» obuhvatala je osim Austrije teritoriju 22 države i samostalnih političkih jedinica. Prema veličini osiguranih suma na prvo mesto je dolazima Austrija to sa 32,3% ukupnog portfelja, a na drugo mesto sa 19,2%. Ukupan udeo

²⁰ D. Ogrizović: Ekonomika osiguranja, Sarajevo, 1985 strana 303.

Mađarske, Poljske, Jugoslavije i Rumunije je iznosio 14,6%, dok je udeo ostalih zemalja bio 14,5%. U analizi pada Feniksa, prof. V. Rozemberg konstatuje da je «Feniks zaključivao osiguranja ispod tarifnih stavova za koje su znali profesionalni krugovi i ta politika je bila nametnuta iz centrale(Beča) svim inostranim filijalama društva. Do toga je došlo zbog preteranih troškova u vezi sa ogromnom međunarodnom ekspanzijom Feniksa i gubitka izvesnog dela rezerve kako na kursu transfera zamašnih suma u doba svetskog monetarnog haosa, tako i usled plasmana koji nisu odgovarali osiguranju»

U radu smo ukazali na mere preduzete od strane austrijske vlade na saniranju posledica propasti «Feniksa», kao i na mere preduzete od strane jugoslavenske vlade. Na žalost, kada je u pitanju Jugoslavija, stvarno sagledavanje realizacije ekonomsko-tehničkih-aktuarskih efekata sanacije «Feniksa» po donetoj Uredbi nije se moglo ostvariti zbog II svetskog rata, kao i reorganizacije našeg osiguranja.

Prof.dr.dr Wolfgang Rohrbach-
Prof.dr Zdravko Petrović

**THE CRASH OF AUSTRIAN INSURANCE COMPANY
„PHOENIX“ AND DIRECTLY CONSEQUENCES OF THAT
EVENT IN THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA**

In 1860th in Austria (from Germany) founded the company "Austrian Phoenix share capital of 3 million guilders. Initially assembled fire insurance and transport insurance, and then, in the following years and insurance jobs from the city (1864) and life insurance (1866).

1888th the company has reorganized the organization "Azienda, Austrian-French company for insurance against natural disasters and accidents and disabling life insurance, for which purpose the year 1889. established their own life insurance company under the name "life insurance company Phönix. Even before the outbreak of World War I the company operated in the whole (the Austro-Hungarian) Empire. After its demise was "Phönix" in the successor states bought the few remaining insurance with generally very low risk 1924th Phoenix was the first company which after the war presented a golden balance. 1925th merged with the company, "Atlas - life and annuity insurance AD" and "Vienna life and annuity insurance" with the primary aim of reducing costs of administration. Phoenix has become the economic miracle praised highly the First Republic (Austrian). Business activity "Phoenix" included the addition of Austria and the territory of 22 countries an independent political unit. By the size of the sum insured in the first place is coming to Austria with 32.3% of the total portfolio, and the second place with 19.2%. The total share of Hungary, Poland, Yugoslavia and Romania amounted to 14.6%, while the share of other countries was 14.5%. In the analysis of the fall of the Phoenix, Professor. V. Rozenberg notes that the "Phoenix made conclusions of insurance under the tariffs for which are known professional circles and the policy was imposed from the headquarters (Vienna) all foreign branches of society. This was occur due to expenses related to the vast expansion of the Phoenix internationally and loss of certain reserves in the course of transfer enormous sums at the time of world monetary chaos, and due to the investments that were not applicable to insurance »

The paper discusses the measures taken by the Austrian government to resolve a consequence the collapse of "Phoenix", as well as on measures taken by the Yugoslav government. Unfortunately, when it comes to Yugoslavia, the actual consideration of the implementation of economic-technical-actuarial effects of rehabilitation "Phoenix" by the adopted regulation could not be achieved due to World War II, as well as the reorganization of our security.

Key words:*Insurance; crash; History, Phoenix, measures of Austrian government*

Petr Kolman, Ph.D.

Faculty of Law, Masaryk University,
Brno, Czech Republic

Originalni naučni rad

UDK: 340.143

THE PLACE OF THEORY OF LAW WITHIN THE SYSTEM OF JURISPRUDENCE

The article has been written by a teacher of administrative law and administrative science at Masaryk University, Brno, Czech Republic. It focuses on the position of theory of law within the system of jurisprudence. Theory of law may be seen as the most general legal discipline dealing with what is beyond the scope of partial legal disciplines. A radical opponent could protest against the existence of legal theory, referring to a higher degree of effectiveness and rationality of jurisprudence, and argue that a number of tasks and technical problems could be solved by individual disciplines of law. The author, however, disagrees with such a view.

Key words: *jurisprudence; theory of law; effectiveness; rationality*

Theory of law.

Theory of law may be briefly described as a systematically developed branch of (modern, post-modern, post-industrial¹) jurisprudence. The development of theory of law as a relatively independent discipline can be traced back to the early 19th century.² Until then the general thought of law was part of philosophy. The main force behind the origin of this new independent discipline was

¹ What period we are living in is a subject-matter of lengthy and complicated disputes among philosophers, legal theorists and sociologists (and not only among them, of course). In my view, regarding the old principle of *ubi societa ibi ius* this disputed discourse has direct influence on the choice of the adjective used for designating the current jurisprudence.

² Cf. for example Boghuszak, J. – Čapek, J. – Gerloch, A. : *Teorie práva*. [Theory of law] Praha, ASPI Publishing, 2004, p. 14.

undoubtedly *legal positivism*. Positivism³ does not look for an answer to the question what is the very essence of things but it strives to search for and understand (analyze) empirical facts, i.e. data that are verifiable on the basis of human knowledge (practice, experience). Thus, it is an examination of legal reality facts gained by empirical research. When mentioning the beginnings of **legal theory** it is worth adding for the sake of information completeness that the appearance of legal theory is connected with the so-called General Legal Studies (*Allgemeine Rechtslehre*) which made the legal positivism their methodological basis⁴.

Jurisprudence may be characterized as an aggregate of scholarly disciplines striving to get from phenomenal aspects to the heart of law as a normative system⁵. An erudite reader need not be told that jurisprudence has been engaged in that task very long as roots of this “research” can be found as early as the Antiquity. In the ancient Greece, jurisprudence was part of the so-called universal philosophy and talking largely about the importance of Roman law would only mean “bringing owls to Athens”.

In line with M. Večeřa, among others, we may characterize and categorize jurisprudence as a social science included in humanities in their broader sense. Distinguishing social and natural sciences, which surpasses the ancient conception of a universal science, has certain methodological consequences⁶. Besides that conception of jurisprudence history has known a number of specific conceptual and methodological approaches ranking a legal normative system among natural phenomena and jurisprudence among natural sciences⁷.

³ Something provable and therefore real or, to put it more nobly, true.

⁴ Harvánek, J. et al: *Právní teorie* [Legal theory], Iuridica Brunensia, Brno, 1995, p. 28.

⁵ Cf. for example Madar, Z.: *Slovník českého práva*. 2. rozšířené a doplněné vydání [Dictionary of Czech law. 2nd extended and complemented edition], Linde, Praha, 1999, p. 1050.

⁶ Večeřa, M. in Gerloch, A., Maršálek, P. (eds): *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi* [Problems of interpretation and reasoning in current legal theory and legal practice], Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva, Eurolex Bohemia, Praha 2003, p. 33.

⁷ See for example Boutroux, E.: *Natural Law in Science and Philosophy*, Macmillan Company, New York, 1914.

On the horizontal level, jurisprudence is divided, according to the system of law, into particular scholarly disciplines (e.g. administrative law studies or criminal law studies).

In other words, according to the degree of generality legal studies may be classified into:

- 1) general and
- 2) special ones.

Ad 1) general ones – **Theory of law** may be understood as the most general discipline of jurisprudence which deals with anything that goes beyond the framework of individual partial areas of law.

Ad 2) special ones – They deal with individual areas of law such as the above mentioned disciplines of administrative law studies, criminal law studies, or commercial law studies.

If we were asked – in accord with the title of our paper – what is the position of legal theory in jurisprudence then the answer would certainly be that it is a crucial one, which is of course closely connected with the above mentioned feature of legal theory, namely, its maximum generality when compared to other legal disciplines. To a certain degree it shares this cardinal position with legal philosophy (or philosophy of law). However, this division of labor does not mean, in my opinion, that legal philosophy “is confined” to dealing with a partial segment of the dominant legal theory within jurisprudence but it is rather a relation of mutual complementation and enrichment. The principal task of legal philosophy is to examine the origin, the essence and the meaning of law in society⁸. V. Veverka says that the relationship between legal philosophy and legal theory has always been, save for minor exceptions, *very close*, especially if we take into consideration the fact that the main topic of legal philosophy as an independent legal discipline has always been the sense and the function of *positive law* even within the context of the contemporary ius naturalism justifying a certain convergence with positive law⁹.

Remanent principle – within the context of this article and especially when considering the relationship between legal philosophy

⁸ Since Plato's time it has developed within general philosophy and together with philosophy of state it has become part of ethics.

⁹ See Veverka, V. et al.: *Základy teorie práva a právní filozofie* [Foundations of theory of law and legal philosophy], Codex Praha, 1996, p. 264.

and legal theory the “remanent”¹⁰ (residual) principle should be mentioned. It is based on a hypothesis that theory of law is meant primarily for an *empirical* research of law; hence legal philosophy includes all questions and considerations about law minus theoretical conclusions, argumentation, and sets of data from the empirical research of law¹¹.

The place of theory of law in the system of jurisprudence – the basic theses:

A teleological approach:

First, we will mention (in short) assumptions (or areas of problems) and then we will discuss tasks and goals of legal theory.

A) – **assumptions**:¹²

1) Ubi societas, ibi ius.
2) Law is not an exact but argumentative discipline (Knapp¹³ or B. H. Levy¹⁴).

3) We are not able to discover the reality but only its manifestations (Kant¹⁵).

4) Dealing with law occurs at several levels – making, interpreting, applying and reasoning.

5) Law is subject to research of other scholarly disciplines, such as legal philosophy, administrative law science or civil law science. It is necessary to take them into consideration, too. These disciplines exchange pieces of knowledge with legal theory enriching one another.

Tasks of legal theory:

1) Defining the concept of law and reasons for its binding character (grundnorm - Kelsen¹⁶, social contract - Rousseau¹⁷, God's

¹⁰ The above mentioned jurist V. Veverka uses the term “residual”.

¹¹ Cf. Veverka, op. cit., p. 265.

¹² Here I would like to express my thanks for consultation and inspiration to JUDr. R. Polčák, Ph.D., assistant professor at Law Faculty, Department of Legal Theory, Masaryk University. Since 2010 he has been the head of the Institute for Law and Technologies, Law Faculty, Masaryk University.

¹³ Kanpp, V. Theory of Law, Praha, C. H. Beck, 1995.

¹⁴ Beryl Harold Levy, Anglo-American philosophy of law: an introduction to its development and outcome, Transaction Publishers, 1991, ISBN 0887383440, p. 96.

¹⁵ Kant, I. Kritik der praktischen Vernunft. Erlangen: Harald Fischer, 1986.

¹⁶ Kelsen, H., Všeobecná teorie norem [General theory of norms], Brno, Masarykova univerzita, 2000.

¹⁷ Rousseau, J. J., Cranston, N.V. The Social Contract. Penguin Books, London, 1968.

will – Thomas Aquinas¹⁸, natural character – Seto¹⁹, goal – K. Engliš²⁰, and others).

2) Defining legal concepts and methods – together for all the other legal disciplines. The goal: to enable a systematic research, application and development of law plus a description of methodological and conceptual differences (e.g. between positivist and natural-law methodologies – Weyr²¹, Kelsen²², Rawls²³).

3) The definition of procedures, methods and techniques of law-making and forms in which law is created (NPA, normative contract, precedent, etc.) – Habermas²⁴.

4) The development of methods for using law in difficult situations²⁵.

5) A presumption of the future development of the existence and effectiveness of law and suggested solutions for maintaining its function – postmodernity, Derrida²⁶, Benjamin²⁷, Pascal²⁸.

6) The development of modern and perspective methods of legal education (critical legal theory – Tushnet²⁹, Přibán³⁰).

¹⁸ An Introduction to the Metaphysics of St. Thomas Aquinas, Gateway Editions, 1997.

¹⁹ Seto, T. P.: General Theory of Normativity. Los Angeles: Loyola Law School, 2003.

²⁰ Engliš, K.: Kritika normativní teorie [A Critique of Normative Theory] p. 203 and further, in Brněnská škola právní teorie. Praha, Karolinum, 2003.

²¹ Weyr, F.: Pojem normy [The concept of norm]. p. 55 and further, in Brněnská škola právní teorie. Praha, Karolinum, 2003.

²² Kelsen, H., Všeobecná teorie norem [General theory of norms], Brno, Masarykova univerzita, 2000.

²³ Rawls, J.: Teorie spravedlnosti [A Theory of Justice]. Praha, Victoria Publishing, 1995.

²⁴ Habermas, J.: Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought), The MIT Press, 1998.

²⁵ “When solving difficult practical law issues we nearly always use doctrinal knowledge and scholarly publications thus become an important recourse of parties when arguing before the court,” Polčák, R. in Harvánek, J. et al.: Teorie práva [Theory of law]. 1. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, p. 271.

²⁶ Derrida, J.: Síla zákona [Force of law]. Praha, OIKOYMENH, 2002.

²⁷ Benjamin, W.: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, 1965.

²⁸ Pascal, B.: Myšlenky [Thoughts]. Praha: Mladá fronta, 2000.

²⁹ Tushnet, M. A.: Court divided, W. W. Norton & Company, 2005.

Conclusion:

The plan of the above mentioned tasks evidences an enormous significance of legal theory as such important tasks may be achieved (solved) only by a scholarly discipline of key importance. A radical opponent could protest against the existence of legal theory (or against its essential significance), referring to a higher degree of effectiveness and rationality of jurisprudence and arguing that a number of tasks and technical problems could be solved by individual “partial” disciplines of law that might then exchange their knowledge more intensively among one another. I disagree with that seeing the main *raison d’être* of legal theory nowadays in a general (or the most general) conception of legal theory, apart from the above mentioned tasks and goals, i.e. that legal theory is a certain theoretical wall preventing one scholarly shortcoming that sometimes you cannot see the whole wood (i.e. law in this case) because of individual trees.

A bibliography (primary and secondary):

An Introduction to the Metaphysics of St. Thomas Aquinas, Gateway Editions, 1997

Boguszak, J. – Čapek, J. – Gerloch, A.: *Teorie práva* [Theory of law]. Praha: ASPI Publishing, 2004

Engliš, K.: *Kritika normativní teorie* [A Critique of Normative Theory], p. 203 and further, in *Brněnská škola právní teorie*. Praha: Karolinum, 2003

Gerloch, A., Maršálek, P. (eds): *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*, [Problems of interpretation and argumentation in the current legal theory and practice] *Sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2003

Harvánek, J.a kol.: *Právní teorie* [Legal theory], Iuridica Brunensia, Brno, 1995

Hendrych, D. a kol.: *Správní právo, obecná část* [Administrative law, general part], 6. vydání, C.H.Beck, Praha, 2006

Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy* [Law-making and its current problems], Linde Praha, 1998

³⁰ Přibáň, J.: *Sharing the Paradigms? Critical Legal Studies and the Sociology of Law*, in *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

Madar, Z.: Slovník českého práva [A Dictionary of Czech Law], 2. rozšířené a doplněné vydání, Linde Praha, 1999

Kelsen, H. Všeobecná teorie norem [A General Theory of Norms]. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000

Rousseau, J. J., Cranston, N.V. The Social Contract. Penguin Books, London, 1968

Seto, T. A: General Theory of Normativity. Los Angeles: Loyola Law School, 2003

Průcha, P.: Správní právo, obecná část [Administrative law, general part], 7 vydání, MU Brno a nakl. Doplněk, Brno, 2007

Rawls, J.: Teorie spravedlnosti [Theory of justice]. Praha: Victoria Publishing, 1995

Habermas, J.: Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought), The MIT Press, 1998

Derrida, J.: Síla zákona [Force of law]. Praha: OIKOYMENH, 2002

Šín, Z.: Tvorba práva [Law-making], 1.vydání, Praha: C.H.Beck, 2003

Varvařovský, P.: Základy práva [Foundations of law], Praha: ASPI Publishing, 2004

Veverka, V. a kol.: Základy teorie práva a právní filozofie [Foundations of theory of law and legal theory], Codex Praha, 1996

Dr Petar Kolman,
Univerzitet Masarik, Brno, Češka

MESTO TEORIJE PRAVA U SISTEMU ZAKONODAVSTVA

Ovaj članak se fokusira na poziciju teorije prava u opštem sistemu zakonodavstva. Teorija prava se može sagledavati kao najopštija pravna disciplina. U tom smislu mnogi smatraju da je teorija prava kao naučna disciplina potpuno nepotrebna, tj. Nekorisna u sistemu pozitivnopravnog zakonodavstva. Autor ovog članka se međutim ne slaže sa takvim stanovištima i smatra da teorija prava može biti vrlo korisna i dobrodošla kada je reč o donošenju zakona, o zakonodavnim procesima.

Ključne reči: zakonodavstvo; teorija prava; efektivnost; racionalnost

Prof. dr Andrzej Konrad Piasecki
Uniwersytet Pedagogiczny im. K.E.N.
Kraków, Poljska

Pregledni naučni rad
UDK 342.25(438)

EVROPEIZACIJA POLJSKIH OPŠTINA

U periodu od 20 godina od obnavljanja teritorijalne samouprave u Poljskoj, evropska pitanja daleko su prekoračile zonu simbolike i politike.. Razni oblici saradnje poljskih opština sa partnerima iz zemalja EU omogućile su da se integracija osloni zapravo na lokalne zajednice. Istovremeno pružene su tim opštinama značajne šanse korišćenja iskustava teritorijalnih samouprava zapadnih zemalja. Institucionalne i formalne delatnosti vlasti poljskih opština u tim kontaktima otvorile su šanse za čiru razmenu, koja je obuhvatila niz lokalnih sredina.

Ipak, ključan značaj za evropeizaciju poljskih opština imao je proces dobijanja i raspodele sredstava EU i njihovo korišćenje, naročito nakon 2004. Kao efekat toga, značajan deo lokalnih zajednica obogatio se za nove objekte, poboljšao je infrastrukturu, ostvario niz zamisli, promocija i opšti razvitak. Apsorbicija evropskih fondova označava veliki civilizacijski skok poljske provincije. Predstavlja takođe važan elemenat jačanja lokalne samouprave i efikasnog javnog upravljanja u opštini.
Ključne reči: lokalna zajednica, evropske integracije, globalizacija, lokalizacija,

Suština evropskih integracija se, između ostalog, sastoji i u njenom oslanjanju na lokalne zajednice. Ta činjenica proističe iz principa akcesornosti, kao i iz principa participacije stanovništva osnovnih teritorijalnih jedinica u međunarodnoj saradnji. Efikasnost projekta globalnog karaktera - a tako može da se odredi proces razvoja Evropske unije - sastoji se u njegovoj realizaciji u lokalnim

strukturama. Odatle, već krajem 20. veka, u upotrebu je ušao pojam glokalizacije, koji, zapravo, označava lokalne posledice globalizacije.¹

Istovremeno, suština postojanja opštinske samouprave jeste zadovoljavanje potreba njenih stanovnika. Utoliko je znači, u svetu podvrgnutom procesu globalizacije, ovo zadovoljavanje moguće je implementirati putem modernizacije, materijalnog i civilizacijskog avansa, preko formiranja otvorenog društva, onda, upravo, bi evropski pravac trebalo da postane trajni element javnog političkog upravljanja u svakoj opštini. Na taj način zapravo valja razumeti proces evropeizacije društvene politike i politike osnovnih jedinica teritorijalne samouprave.²

Ovaj članak predstavlja pokušaj da se istaknu najvažnije pojave koje su dovele do „ukorenjenja“ Evrope u poljskim opštinama, kako putem raznovrsnih oblika aktivnosti lokalnih zajednica, tako kao i putem opštih političkih, društvenih i ekonomskih procesa. Namera autora je takođe kratak ogled na apsorpciju sredstava Evropske unije u poljskim opštinama, kao krunskog dokaza za opravdanost gore spomenutih pojava i procesa. Izvornu bazu elaboriranja problema predstavljaju najnoviji podaci Ministarstva za regionalni razvoj, informacije dobijene putem terenskih istaživanja, kao i naučni članci. U metodologiji je primenjena analiza i komparativistika.

Preko opštine ka Evropi

Nakon 1990. godine lokalne zajednice su iskoristile šansu koju je predstavljala sloboda međunarodnih kontakata i generalna reorientacija inostrane politike Poljske u pravcu Zapada. Tokom nekoliko godina, u većini poljskih opština, ustanove teritorijalne

¹ Z. Baumann, *Glokalizacija, czyli komu globalizacja, a komu lokalizacja*, u: „Studia Socjologiczne” 1997, br.3; B. Guziejewska, *Glokalizacja – oksymoron czy wyzwanie dla samorządu terytorijalnego*, u: „Samorząd terytorijalny” 2008, br. 7-8.

² W. Anioł, *Integracja europejska jako czynnik społecznej modernizacji Polski*, u: „Demokracja Polska w globalizującym się świecie”, I Poljski kongres Politikologijje, Varšava, 22- 24 septembra 2009.

samouprave i društvena udruženja našle su partnere za saradnju u zemljama Evropske zajednice. Već 1998. godine oko 570 opština održavalo je aktivne međunarodne odnose u okvirima tzv. Partnerskih gradova (najveći broj iz Nemačke). Blizu pola od njih imala je i po nekoliko takvih partnera. Saradnja je obuhvatala prevashodno problematiku vezanu za kulturu, omladinu i sport.³

1991.godine na teritoriji Poljske nastao je prvi evroregion – Nisa (Nysa), dok je do 2008. godine bilo već njih osamnaest. Njihova aktivnost olakšava vođenje evropske politike prostornog planiranja. U praksi, evroregioni realizuju politiku zajedništva, doprinose izgradnji uzajamnog poverenja i saradnje među lokalnim zajednicama, samoupravnim i ustanovama EU. Predstavljaju bitan elemenat saradnje u neuralgičnim prograničnim područjima. Nivelišu eventualne konflikte, daju lokalnim zajednicama iz raznih država šansu za samorealizaciju u okvirima nadnacionalne kulture.⁴

Osim evroregiona, postoje i druge forme prekogranične saradnje opština, koje su najranije i najviše razvijene na granici Republike Poljske i Savezne Republike Nemačke.⁵ Osim toga, međunarodna aktivost poljskih opština u Evropskoj uniji poprima različite oblike. To su kontakti sa inostranim ekspertima, uzajamne posete predstavnika lokalnih vlasti, njihovo učestvovanje u samoupravnim mrežama saradnje, kao i druge, teške za sistamaciju, delanja sa poltičkom, ekonomskom i kulturnom pozadinom. To su primeri reakcije nosilaca samoupravne vlasti na pojavu u Evropi nadnacionalanih struktura, koju ukazuju na široku potrebu uspostavljanja direktnih kontakata na nivou lokalnih zajednica, sa ciljem rešavanja sopstvenih problema. Novu formu za inicijative te vrste predstavlja Uredba Evropskog parlamenta i Saveta Evrope o stvaranju evropskih grupacija za teriroriajlnu saradnju (EUWT) od

³ A. Brzozowska, *Związki blizniacze. Współpraca międzynarodowa samorządów lokalnych*, Poznanj 1998, str.198.

⁴ T. Łoś-Nowak, *Euroregion jako czynnik kreujący tożsamość europejską*, u: W. Malendowska, M. Szczepaniak (red),: „Euroregiony – mosty do Europy bez granic“, Varšava 2000, str.45.

⁵ C. Osekowski , H. Szczegóła, *Pogranicze polsko niemieckie w okresie transformacji (1989-1999)*, Zjelona Gura 1999.

5. jula 2006. godine. Ona ima za cilj da ohrabruje za terorijalnu saradnju u EU, preko stvaranje grupacija (uz učešće opština i drugih subjekata) nadnacionalnog karaktera, koji imaju pravni subjektivitet.

U XXI veku dodatni impuls za interes za Evropom, sa perspektive opština, jeste proces pridruživanja: pregovori, koji su prethodili formalnom uključenju Poljske u EU, kampanja tokom referenduma, pa i samo glasanje 2003. godine, kao i euroizbori. Nedugo pre referenduma za ulazak u Evropsku uniju, eksperti su ukazivali na činjenicu, da bitan činilac za dobijanje podrške Poljaka za integraciju sa EU biće ubedjenje u opravdanost te činjenice na nivou lokalnih zajednica.⁶

2003. godine mnoge gradske i opštinske skupštine apelovale su na učestvovanje u referendumu. Rekord u podršci integraciji i u protivljenju tom procesu pali su na dva udaljena kraja zemlje: u Gozdnici kod Lubina čak 92% birača bilo je „za“ (frekvencija 57%), dok u Godzišovu, (vojvodstvo Lublin) 88% glasalo je protiv EU (frekvencija 71%). Taj poslednji primer podseća nas da evropeizacija poljskih lokalnih zajednica nije opšta pojava. Deo samoupravnih opštinskih vlasti prilazilo je integraciji na pasivan i imitatorski način.⁷ To se manifestovalo u nedostatku sistematskih i malo programskim kontaktima sa EU i neznatnoj kreativnosti i inovativnosti preduzimanih delovanja.

Pasivnost je bila vidljiva takođe za vreme izbora za evroparlament, iako među poljskim evrodeputovanim njih oko 20 je imalo iskustva stečene u terorijalnoj samoupravi. Značajan doprinos u upravljanju lokalnim zajednicama imaju, između ostalog, Jan Olbriht (Jan Olbrycht, PO), Mječislav Janovski (Mieczysław Janowski, PiS). Valja podvući da poljske samoupravne organizacije imaju svoja predstavništava u brojnim međunarodnim strukturama. Među delegatima iz Poljske za Komitet Regiona EU preovlađuju predstavnici opština. Osim toga, Savez poljskih gradova prisutan je u

⁶ D. Niedzwiecki, *Rola władzy w kształtowaniu postaw wobec integracji*, u: Z. Mach, D. Niedzwiecki (red), „Polska lokalna wobec integracji europejskiej“, Krakov 2001.

⁷ E. Pancer-Cybulska, *Uwarunkowania procesów integracji Polski z UE na poziomie regionalnym i lokalnym*, Wrocław 2005, str.41.

Kongresu za lokalnu u samoupravnu vlast u Europi (CLARE), u stalnoj Konferenciji za saradnju lokalnih vlasti u Mediteranskim zemljama (COPPEM) i u Svetskom savezu gradova i lokalnih vlasti (UCLG).

Tragajući za prisutstvom evropskih ustanova u poljskim opštinama, ne treba ipak da se ograničavamo na lokalne elite i svet politike. Evropeizacija predstavlja civilizacioni proces, koji generiše takođe niz vrednosti, ideja i ustanova. Ne treba da se smetne s uma i činjenica, da se ulazak Poljske u Evropsku uniju vremenski podudario se sa početkom dobre privredne konjunktura. Modernizacija lokalne Poljske je u brzom tempu uticala na društvene i ekonomske realnosti. To je našlo odraza u intenzifikaciji međunarodne saradnje, uzimanju nje u obzir i strategijama razvitka, investicijama, inovativnim programima. Opštinske zajednice su na pozitivan način ostetile efekte direktnih subvencija za poljoprivredna gazdinstva, porast cena nekretnina, mogućnosti zapošljavanja u zemljama EU kao i šanse za razvoj malih i srednjih preduzeća. Predstavnici samoupravne vlasti jesu, u svojoj profesionalnoj i društvenoj aktivnosti, morali da podižu kvalifikacije, da saradjuju i koordiniraju rad sa partnerima iz EU, da jačaju dobre relacije između pojedinačnih teritorijalnih zajednica i vladine administracije, kao i da iskazuju interaktivnost u odnosima sa svojim glasačima, na taj način usavršavajući institucionalne promene.⁸

Fondovi EU

Osnovni činilac koji utiče na porast interesovanja samouprava poljskih opština ya Evropskom unijom jesu intrumenti njene regionalne politike: Fond za regionalni razvoj, naročito, dobro snabdeven sredstvima Fond za integraciju⁹. Pre pristupanja Uniji, opštinske samouprave koristile su sredstva predpristupnih fondova triju programa pomoći: PHARE, ISPA i SAPARD. U okvirima prvog

⁸ J. Bartkowski, *Europeizacja jako modernizacja. Samorządy polskie a idea integracji europejskiej*, u: J. Kurczewska (red), *Oblicza lokalności. Ku nowym formom życia lokalnego*, Varšava 2008.

⁹ T. Kierzkowski (red.), *Fundusze strukturalne oraz Fundusz Spójności*, Varšava 2009, str.28.

od njih, koji je opšteg karaktera, na početku (1989-1991), je dodeljivana, uglavnom, humanitarna pomoć, zatim (1991-1993), ta se pomoć sastojala u savetima i obučavanju, a kasnije (1993-1997) pomoć se sastojala se pre svega u investicijama i projektima, koje su pripremale zemlju za integraciju (1997-1999). Fond ISPA se odnosio na strukturalnu politiku, zaštitu životne sredine i transport. U okvirima SAPARD-a, podršku su dobili seoski predeli i poljoprivreda.

Uporedo sa formalnim pristupanjem Evropskoj uniji, opštinske samouprave su koristile nove inicijative, postajući već prve godine beneficijent integracije.¹⁰ U okvirima programa EQUAL I rešavani su problemi diskriminacije na tržištu rada. Program LEADER+ potpomagao je implementaciju novih strategija razvoja seoskih sredina. U okvirima URBAN II davana je podrška privrednoj i društvenoj revitalizaciji gradova. Neki od elemenata tih inicijativa bili su korišćeni su još pre pristupanja. Ipak, tek sa nastankom nacionalnog plana razvoja 2004-2006 omogućeno je pokretanje strukturnih fondova EU u okvirima podrške preduzećima, razvoja konkurentne privrede i ljudskih resursa.

Sledeći nacionalni razvojni plan, usvojen za godine 2007-2013, uzima u obzir ciljeve Lisabonske strategije: šire iskorišćavanje znanja i inovativnosti, koji služe privrednom porastu i omogućavanje evropske strukturalne saradnje.¹¹ Njihova realizacija odvija se u okvirima 16 regionalnih operacionih programa kao i Operacionih programa: Infrastruktura i sredina, Inovativna privreda, Ljudski kapital, Tehnička pomoć, Razvoj Istočne Poljske, kao i Program evropske teritorijalne saradnje. Već u prvom periodu nakon akcesije (2004 - 2006) oko 77% opština je realizovalo projekte koji su bili

¹⁰ 2005. godine samoupravna administracija realizovala je 48% vrednosti projekata. Na drugom mestu (35%) našle su se budžetske jedinice, državne agencije i vladina administracija. M. Dołowiec, *Kierunki i tendencje w wykorzystaniu środków strukturalnych, Instytucja Zarządzani Podstawami Wsparcia Wspólnoty*, Ministarstwo za regionalni razvoj, Varšava 2006.

¹¹ *Plan działań na rzecz zwiększenia potencjału administracyjnego jednostek zaangażowanych w realizację Programów Operacyjnych w Polsce w latach 2007-2013*, Ministarstwa regionalni razvoj, Varšava 2007, str.3.

sufinansirani iz sredstava EU.¹² U drugoj etapi (2007-2013) došlo je do promena i to 2009. godine, kada su pokrenute sve vrste grantova. Broj ugovora je tada porasao, u poređenju sa 2008. godinom za preko 20 000 (zajedno preko 27,2 hiljada), dok je njihova je vrednost porasla za 65 MLD zł (do 72, 8 mld zł). Do kraja 2009. godine potpisani su ugovori za još 30% od 37,3 mld euro strukturnih fondova EU za period 2007-2013 (godinu dana ranije ta brojka je iznosila samo 3 %). U predračunu na jednog stanovnika vrednost potpisanih ugovora o dotacijama iznela je 1,1 hiljada zł.¹³

Zahvaljujući tim sredstvima, u opštinama nastaju novi putevi, vodovodi, vrše se rekonstrukcije bolnica, poboljšava se edukativna i kulturna ponuda. Sve to polako dovodi do nastanka novih radnih mesta. Za opštinsku samoupravu korišćenje fondova Unije pravlja prioritet, kome je podređena forma budžeta i primenjuju niz aktivnosti iz delokruga svog delovanja standardima EU. Zato, je opravdana tvrdnja da evropska sredstva menjaju ne samo infrastrukturu opštinske zajednice, već i samo funkcionisanje samouprave. Mnogo zavisi takođe od saradnje opština sa regionalnom samoupravom, koja, prema principu akcesornosti podržavava evropeizaciju poljskih lokalnih zajednica.

Istraživanja su ukazale na činjenicu da je nakon 2004. godine, do najvećih promena u oblasti funkcionisanja samouprava, došlo u sledećim vojvodstvima: šlezijansko, lođsko i dolnošlezijansko. U principu, određeni su adekvatni razvojni prioriteti i primenjivani efikasni načini za privlačenje investitora. Privredna struktura se promenila, proizvodnja je postala moderna i raznovrsna, poboljšalo se stanje prirodne sredine, došlo je do povećanja investicija u razvoj ljudskih resursa. Istovremeno, dinamika porasta troškova na administraciju u Šleziji bila je niža nego u ostalim regionima. Druge analize pokazuju da su se najbolje, u raspodeli inostranih sredstava, snalazile lokalne samouprave u vojvodstvu lubuskom i potkarpskom,

¹² *Ocena postępów Polski w konwergencji y krajami UE oraz wpływ funduszy unijnych na gospodarkę w latach 2004-2007*, Ministarstvo za regionalni razvoj, juli 2008, str.48.

¹³ *Gminni mistrzowie dotacji*, u: „Rzeczpospolita“, 2010, br. 56.

a najgore- samoupravna vlast u vojvodstvima mazovjeckom i lođskom.¹⁴

Razlozi pasivnog pristupa fondovima Unije imaju različitu podlogu. Najčešće, to proizilazi iz neznatne energije koja se ulaže u dobijanje takvih fondova, vezane sa malom efikasnošću u toj oblasti. To se odnosi, prevashodno, na najmanje opštine, koje nemaju sredstava za sopstvena ulaganja u budžet, koje nisu dovoljno kreditno spodobne, niti pak imaju kadrove sa odgovarajućim kvalifikacijama. U skupštinama takvih opština nema jasne opozicije, izvršnu vlast karakteriše stagnacija i nedovoljna saradnja sa maršalkovskim uredom i nevladinim organizacijama. Takođe, i pozadina samouprave u takvim opštinama je malo aktivna, ne postoji medijski pluralizam, vrlo su slabe forme saradnje vlasti sa preduzetnicima, i poljoprivrednicima, (uprkos poljoprivrednom karakteru većine takvih opština). Pasivnost proističe takođe iz siromaštva, koja u poljskim uslovima znatno češće se odnosi na seoske zajednice. Najviše takvih opština se nalazi u vojvodstvu mazovjeckom (35% anketiranih) , lođskim 9,26%), varminjsko - mazurskom (20%).¹⁵

Ipak, u istraživanjima iskorišćavanja sredstava Evropske unije od strane poljskih organa samouprave, dominiraju opštine uspeha. Računica lokalnih vlasti je jednostavna: *Moja opština je rešila da se razivja uz maksimalno korišćenja sredstava iz izvora Evropske unije* – odgovara 84% predsednika opština.¹⁶ Kao efekat takvog pristupa, nastaju impozantni poduhvati. Evo primera : Izgradnja luke za jahte u Sopotu, remont fortifikacije na Helu (od muzejskog značaja) , Svetski centar za lečenje delimične gluvoće u Nadažinu, razvoj pograničnog regiona kroz zajedničku promociju i i izgradnju Kuće poljsko-slovačke kulture u u Čirnoj, Pastirski papski put, sa propratnom infrastrukturom, u opštini Vengjerska Gurka,

¹⁴ *Sukces rozwojowy polskich województw*, raport od 14. Jula 2006 godine, www.mrr.gov.pl

¹⁵ W. Dziewianowicz, *Wymiary pasywności lokalnej* , u: W. Dziewianowicz, P. Świaniewicz (red). *Pasywna gmina*, Varšava 2007, str. 86.

¹⁶ K. Kociubiński, *Kondycja polskiego samorządu gminnego w Unii europejskiej. Wybrane aspekty*, w: A. Lutrzykowski (red.) *Samorząd terytorijalny. Tak, ale jaki*. Torunj 2009, sr. 170.

rekonstrukcija seoskog doma kulture u u Jablonju, izgradnja hotela u Elblongu, Ilavi, Ostrudi, Kentšinu, Lidzbarku Varminjskom.¹⁷

Naročiti značaj sredstva unije su dobila prilikom revitalizacije poljskih gradova. O obimu tih poduhvata svedoči delo od 12 tomova (koje nosi upravo taj naslov :RPG) i I Kongres, organizovan u Krakovu, juna 2010 godine. Revitalizacioni programi uz iskorišćavanje unijinih sredstava se, van vojvodskih gradova realizuju , imeđu ostalog, u opštinama: Aleksandruv Ludzki, Barvinuv, Bendin, Bjelsko Bjala, Hšanuv, Čenstohova, Dıaldovo, Elblong, Glivice, Gloguv, Kendeżyn Kozle, Libjonž, Mjelec, Nisa, Olecko, Pinčuv, Plešev, Pšemisl, Radom, Sluspk, Sopot, Stari Sonč, Swjecje, Tarnuv, Tomasuf Lubelski, Tšebinja, Turek, Valbržih, Vloščova, Zakopane, Źyraduv, Źyvjec,¹⁸

¹⁷ Podaci obrađeni na osnovu magistraskih radova koji se odnose na korišćenje sredstava Evropske unije i članka :“Wielkie projekty malzch małych ojczyzn, u :“Eurofundusze“, dodatak :“ Gazeta Wyborcza“ od 23. marta 2010. godine

¹⁸ W. Siemiński, T. Topczwska, *Rewitalizacja miast w Polsce, przy wsparciu funduszy UE w latach 2004-2008*, Varšava 2009.

Prof.dr Andrzej Konrad Piasecki
Uniwersytet Pedagogiczny im. K.E.N.
Kraków, Polska

EUROPEANIZATION OF THE POLISH COMMUNITY

The principle of the accessoriness and participation of the population of the basic territorial units in the international cooperation is one of the stones of the European integrations. The Autor points at the phenomenon of the glocalization which appears at the end of the XX century, which represents local consequences of the globalization. The article presents the attempt of pointing out the most important phenomena that brought to the implementation of the Europe in Polish communities (different forms of the local community activities, overall economic, cultural and social processes). The intention of the Autor consist of the short representation of the usage of the EU monetary funds in Polish communities. Teritorial self-governement in Poland has been reconstructed twenty years ago and the integration of the local self-governement with the partners from European Union greatly facilitaded the way of the Poland Republic towards European Community. The crucial factor for Europeanization of the Polish communities, certainly, was the signiface of distribution of the Union's funds and their use, especially after 2004, when Poland became a member of the EU.

Key words: Local community, European integrations, Globalization, localization,

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

UDK 341:347.736 (73)
Originalni naučni rad

**INSTITUT COMITY U MEĐUNARODNOM
STEČAJU
(sa posebnim osvrtom na pravo SAD)**

Institut comity, koji ima svoj izvor u učenju o comitas gentium, nastalom u holandskoj školi Međunarodnog privatnog prava, ublažava načelo teritorijalnosti i označava međunarodnu učtivost koja se navodi kao jedan od razloga za primenu stranog prava i priznanje stranih odluka. Institut comity ima svoje naročito mesto i u stečajnom zakonodavstvu SAD, odnosno, u oblasti međunarodnog stečaja. Naime, ovaj institut se i navodi kao jedan od uslova za priznanje stranih stečajnih odluka. U izmenama stečajnog zakonodavstva SAD iz 2005.godine, institut comity nalazi svoje mesto i u odredbama koje daju velika ovlašćenja američkim sudovima u pružanju pomoći prilikom priznanja stečajnih postupaka pokrenutih u inostranstvu. Ovaj rad analizira ne samo prisustvo i značaj instituta comity u pravu SAD, već se osvrće i na doprinos tog instituta u međunarodnim izvorima kao što su Model zakon o prekograničnoj insolventosti i Uredba br. 1346/2000 o insolventnim postupcima. Ova dva izvora su izvršila veliki uticaj na mnoga nacionalna stečajna zakonodavstva koja su prihvatila ista ili slična rešenja u ovoj oblasti. Institut comity se primenjuje zajedno sa drugim teorijama koje omogućavaju dejstvo strane stečajne odluke na teritoriji druge zemlje. Taj institut je omogućio da se ostvari princip jedinstva stečajne mase u oblasti međunarodnog stečaja.

Ključne reči: *comity, strani stečajni postupak, strana stečajna odluka, priznanje, glavni stečajni postupak, sekundarni stečajni postupak.*

Strana odluka mora proći postupak priznanja i izvršenja da bi proizvela dejstva na teritoriji zemlje priznanja, odnosno, da bi se mogla primeniti i izvršiti. Ona mora da ispuni sve uslove predviđene zakonodavstvom koje uređuje pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih odluka da bi se mogla izjednačiti sa odlukama donesenim u državi priznanja – domaćim odlukama. Kad govorimo o priznanju stranih odluka, moramo govoriti i o primeni stranog prava, odnosno, o njegovom eksteritorijalnom dejstvu. Jedan od instituta koji omogućava i priznanje stranih odluka i primenu stranog prava jeste comity. Ovaj termin, iako ima svoj koren u evropskom, tačnije, holandskom učenju Međunarodnog privatnog prava, našao je svoje konkretno mesto u pravu SAD, odnosno, u stečajnom zakonodavstvu ove države. Naime, Stečajni zakon SAD kao jedan od uslova za priznanje stranih stečajnih odluka navodi i institut comity, tj. međunarodnu učtivost. Ovaj institut se razvijao, tako da i danas egzistira, kako u pravilima, koja regulišu međunarodni stečaj u pravu SAD, tako i u drugim nacionalnim zakonodavstvima. Naravno, institut comity je prisutan i u najvažnijim međunarodnim izvorima koji regulišu materiju međunarodnog stečaja, a to su Model zakon o prekograničnoj insolventnosti, donesen u okviru UNCITRAL, kao i Uredba EU br. 1346/200 o insolventnim postupcima. Inače, stečajno zakonodavstvo SAD je preuzelo odredbe pomenutog Model-zakona, a to je učinilo i stečajno zakonodavstvo Republike Srbije.

Institut comity ima veliki značaj u oblasti međunarodnog stečaja. No, potrebe za ostvarenjem pojedinih principa od kojih zavisi ostvarenje jedinstva stečajne mase u oblasti međunarodnog stečaja, nametnule su da se ovaj institut koristi zajedno i sa drugim teorijama koje omogućavaju priznanje stranih stečajnih odluka, odnosno, dejstvo pokrenutog stečajnog postupka u drugoj zemlji, kao i mogućnost da se protiv istog stečajnog dužnika vodi više stečajnih postupaka.

D) UOPŠTE O INSTITUTU COMITY

Institut comity ima svoj izvor u načelu o comitas gentium, kojim se ublažava primena pravila o teritorijalnosti, odnosno, koje favorizuje primenu stranog prava, pre svega, zbog međunarodne učtivosti. Ovo učenje vezujemo za holandskog naučnika Hubera, koji,

između ostalog, smatra da je međunarodna učtivost stalna i da je prećutno dogovorena između država¹.

Amerikanac Stori (Story) se poziva na Huberovo učenje o *comitas gentium* i kao sudija i, kasnije, kao profesor prava na Harvardu. U svom delu „Komentari o MPP, stranom i domaćem“ iz 1834.godine, Stori analizira tri aksioma koje je, inače, Huber postavio. Ti aksiomi su sledeći:

1) Međunarodno privatno pravo nalaže primenu stranog prava, obzirom da je to od uzajamnog interesa i države čija se koliziona norma primenjuje i države čije se pravo primenjuje. Osim toga, za primenu stranog prava postoje i moralni razlozi;

2) primena stranog prava se definiše kao pravedna, jer dovodi do toga da se u drugoj državi, čije se pravo primenjuje, zauzvrat, jednako postupa. Ovim se, u stvari, definiše reciprocitet;

3) Stori smatra da Huberova doktrina stoji na ispravnim načelima, ali, takođe, navodi da mnoga pitanja, kod primene instituta *comity*, ostaju otvorena, zbog njegove opštosti;

4) Stori u svom delu navodi i druge postavke od važnosti za primenu stranog prava i poštovanja instituta *comity*. To se, pre svega, odnosi na činjenicu da, zbog isključive suverenosti i zakonodavne nadležnosti država, svaka država na svojoj teritoriji uređuje celo građansko pravo i to pravo se primenjuje na sva lica koja se nalaze na tom području, kao i na sve ugovore koji su zaključeni na toj teritoriji i, uopšte, na sve pravne radnje koje su preduzete na području te države. Međutim, propisi države se ne primenjuju na imovinu lica koja se nalazi van njene teritorije².

Huberovo učenje o *comitas gentium* gubi, kasnije, svoju privlačnost za američku praksu i doktrinu, bez obzira na sopstvene argumente i zaključke do kojih je došao Stori, analizirajući suštinu tog učenja. Krajem XIX veka se kritikuje navedeno učenje, a kao razlog primene stranog prava se navodi princip pravednosti. Kao osnov takvog shvatanja, navodi se engleska odluka u predmetu *Warrender v. Warrender* iz 1835. godine, u kojoj se navodi da se strano pravo primenjuje ne *ex comitate*, već *ex debito iustitiae*. Istovremeno se u

¹ Gutzwiller M., *Le développement historique du droit international privé*, Recueil de cours, vol.29 1929, no. IV, pp. 287-400, str. 342

² Gutzwiller M., *nav.del*, str. 341-342

američkom Međunarodnom privatnom pravu javlja teorija stečenih prava³.

Američko učenje o stečenim pravima razvilo se pod uticajem engleske doktrine. Tim pitanjem je prvi počeo da se bavi Holand (Holland). U svom delu „Elementi filozofije prava“ iz 1880. godine, Holand se kritički osvrće na pitanje o uzaludnosti traženja opšte teorije o Međunarodnom privatnom pravu, pa, uz određena ograničenja, brani teoriju o *comitas gentium*. Holand se zalaže se za upotrebu izraza primena stranog prava, odnosno, eksteritorijalno priznanje, smatrajući da eksteritorijalno priznanje skreće pažnju na činjenicu da ono, što se stvarno događa kad se traži ekstrateritorijalni učinak, jeste to da prava, koja su nastala i određena po stranom pravu dobiju priznanje od domaćih sudova.

Danas, institut *comity* vezujemo za anglosaksonske zemlje. To ne znači da on nije prisutan i u drugim zemljama, ali je njegov razvoj u anglosaksonskim zemljama najupečatljiviji. I u Engleskoj se institut *comity* smatra osnovom, kako primene stranog prava, tako i priznanja i izvršenja stranih odluka. Do sredine XIX veka se *comity* smatrao ne samo kao pravni osnov, već i kao politički. Međutim, nakon slučaja *Russel v. Smith* iz 1842.godine, engleska doktrina smatra institut *comity* samo kao pravni osnov. To je tzv. doktrina obaveze – *doctrine of obligation*. Po toj doktrini, strana odluka stvara jedno pravo u korist lica koje je postiglo to pravo, a na drugoj strani stvara jednu obavezu obaveznog lica koju je ono dužno da ispuni, kako u zemlji gde je doneta odluka, tako i u stranoj državi⁴. Ova doktrina ima svoje mesto i u slučaju *Schibsby v. Westenholtz*, gde engleski sud dolazi do sledećeg zaključka: „Odluka nekog suda koji je nadležan za tuženog nameće mu dužnost ili obavezu da plati iznos na koji glasi izreka, koju su sudovi ove zemlje dužni da izvrše“. Tako engleska doktrina uvodi pojam *foreign created right or of legal obligation*, kao pravni osnov priznanja stranih odluka. Ističu se dve prednosti ove teorije u odnosu na *comity*. Prvo, eliminiše se pitanje reciprociteta. Drugo, lako se mogu propisati prigovori koji bi stajali na raspolaganju tuženom, obzirom da može da istakne svaku činjenicu u vezi sa osporavanjem

³ Alagić D., Uticaj statutarnih teorija na učenja o ekstrateritorijalnom dejstvu presuda, Srpsko Sarajevo 2002., str. 144-145

⁴ Cheshire G.C., *Private International Law*, Third edition, London: Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press., 1947., str. 766

postojanja obaveze⁵. U vezi sa navedenom teorijom, javlja se i teorija da strana odluka sadrži stečeno pravo u korist one stranke koja je dobila parnicu. Naime, pravi osnov priznanja strane odluke je u tome, što ona dokazuje da je kroz sudski proces, po nadležnom stranom pravu, ustanovljeno stečeno pravo onog koji je dobio parnicu, odnosno, onog koji ima koristi od odluke.

Sa druge strane, u SAD je složenija situacija, imajući u vidu da se pojavljuju dve vrste stranih odluka. Izraz „strana odluka“ se odnosi kako na odluke iz drugih država SAD, tako i na odluke iz drugih, stranih, država. Kao osnov priznanja stranih odluka donesenih u drugim državama SAD navodi se ustavna obaveza, a kao osnov priznanja odluka donesenih u stranim državama, navodi se institut comity. No, kasnije se javljaju i druge teorije kao dopuna institutu comity. To se pre svega odnosi na postojanje međunarodne obaveze kao razloga za priznanje stranih odluka. Na osnovu tog razloga se u praksi američkih sudova poziva na teoriju stečenih prava⁶. Ako strana odluka ustanovljava pravo nekog lica, ta odluka treba da bude priznata svuda, ukoliko je nju doneo teritorijalno nadležan sud.

Analizirajući institut comity i njegovu primenu u praksi, pre svega, anglosaksonskih sudova, prvo što ćemo primetiti, jeste da je taj institut bio praćen i drugim teorijama koji su pojašnjavali i opravdavali primenu stranog prava i priznanje i izvršenje stranih odluka. Na osnovu toga se može zaključiti da institut comity i nije toliko važan u odnosu na druge teorije. No, vidimo da se, uvek, pozivalo na međunarodnu učtivost i poštovanje stranog zakonodavstva kao uslova za funkcionisanje Međunarodnog privatnog prava i mogućnosti rešavanja pitanja sa elementom inostranosti. Može se, jedino, izdvojiti teorija stečenih prava koja, kao glavni razlog za primenu stranog prava i priznanje stranih odluka, navodi neko nastalo pravno stanje, odnosno, nastalo pravo i nastalu obavezu, ali, ni ova teorija ne bi mogla da se primenjuje bez prisustva međunarodne učtivosti kao osnova za dejstvo nekog stranog zakonodavstva ili neke strane odluke na teritoriji domaće zemlje.

⁵ Cheshire G.C, nav.del, str. 767

⁶ Alagić D., nav.del, str. 144

II) PRIMENA INSTITUTA COMITY U MEĐUNARODNOM STEČAJU

Primena instituta comity u oblasti međunarodnog stečaja ima naročiti značaj, zbog toga što strana stečajna odluka koja mora da proizvede dejstva na domaćoj teritoriji može imati različite oblike, o čemu će kasnije biti reči. Osim toga, razvoj regulisanja međunarodnog stečaja je, upravo, vezan za navedeni institut. Automatsko ili olakšano priznanje strane stečajne odluke je regulisano u pomenutim međunarodnim izvorima kao što su Model zakon o prekograničnoj insolventnosti, donesen u okviru UNCITRAL - Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (dalje: Model zakon)⁷, kao i Uredba EU br. 1346/2000 o insolventnim postupcima (dalje: Uredba)⁸, ali ona je prethodno bila deo odredaba i Evropske konvencije o međunarodnim aspektima stečaja, koja je donesena u Istanbulu 1991.godine⁹. Odredbe tih izvora su uticale i na nacionalna zakonodavstva koja su predvidela priznanje stranih stečajnih uslova, ako ispune manje teže uslove u odnosu na ostale strane sudske odluke.

U ovim izvorima je institut comity prisutan, pre svega, u mogućnosti pokretanja više stečajnih postupaka u različitim državama protiv istog dužnika. Znači, pokreće se jedan glavni stečajni postupak u zemlji dužnikovog sedišta ili središta poslovanja, kao i pokretanje jednog ili više sekundarnih ili sporednih postupaka u državama u kojima dužnik ima imovinu ili filijalu. Samim tim se omogućava zaštita poverilaca i nemogućnost da dužnik, prenosom svoje imovine na teritoriju druge zemlje, izbegne plaćanje svojih obaveza. No, da bi mogli da definišemo dejstvo stečajnog postupka na teritoriji druge zemlje, moramo definisati i status i dejstvo strane stečajne odluke koja se, na prvom mestu, odnosi na taj stečajni postupak.

⁷ General assembly resolution 52/158 of December 15, 1997 – Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law.

⁸ Doneta 29.05.2000., Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (**Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0001 – 0018**)

⁹ Güneysu G., The New European Bankruptcy Convention, Yearbook of European Law no. 11, Oxford 1992., str.295

1. Status i dejstvo strane stečajne odluke

Strana stečajna odluka je odluka, koju je doneo inostrani sudski organ u stečajnom postupku. Sadržaj strane stečajne odluke može biti različit. Pre svega, to može biti odluka o pokretanju stečajnog postupka. Ukoliko se, na bilo koji način, u tom postupku, pojavljuje element inostranosti, ona može imati dejstva na stranoj teritoriji. Takva odluka će informisati strane sudske organe o pokretanju stečajnog postupka u drugoj zemlji, a to se može ticati ili stečajnog dužnika, čija se imovina nalazi na teritoriji druge zemlje, a ne one, u kojoj je, protiv njega, otvoren stečaj, a, isto tako, može se ticati i poverilaca stečajnih dužnika, koji imaju prebivalište van zemlje, u kojoj je pokrenut stečajni postupak. Strana stečajna odluka se može odnositi i na, već, zaključen stečajni postupak. Tada se radi o naknadnoj deobi, odnosno, o imovini, koja se nalazi u inostranstvu, koja je kasnije otkrivena i koja mora biti uključena u stečajnu masu, radi namirenja poverilaca. Na kraju, strana stečajna odluka može u sebi sadržati informacije, koje se odnose na neku činjenicu, vezanu za drugu zemlju, van one, u kojoj je otvoren stečaj. Najčešće će se strana stečajna odluka odnositi na pokretanje stečajnog postupka. Neophodno je, radi uspešnosti stečajnog postupka i ravnomernog namirenja poverilaca, da ta odluka proizvede dejstva na teritoriji druge zemlje.

Osim toga, treba odgovoriti na pitanje, koja je odluka strana, odnosno, koji će se kriterijumi primenjivati kod tog pitanja. Postoje dva kriterijuma, teritorijalni i personalni. Kad govorimo o teritorijalnom kriterijumu, govorimo o odluci, koja je doneta na teritoriji strane zemlje, znači, na teritoriji van zemlje priznanja. Ovo je geografski kriterijum, koji je, u suštini, prihvatljiv, ali ne u svakom slučaju.¹⁰ Naime, mnogo je prihvatljiviji personalni kriterijum, koji ne polazi od mesta, gde se nalazi organ, koji donosi odluku, već polazi od državne pripadnosti organa, koji donosi odluku. Po personalnom kriterijumu, nije bitno gde je odluka doneta, već je bitna pripadnost organa, koji je doneo odluku. Znači, po ovom kriterijumu, strana odluka je ona, koja je donesena od strane organa, koji ima državnu pripadnost neke druge zemlje, a ne zemlje priznanja.¹¹ Ovde možemo

¹⁰ Vuković Đ., Priznanje i izvršenje stranih sudskih i drugih odluka, koje su sa njima izjednačene, Banja Luka 1986., str. 51

¹¹ Vuković Đ., nav.delo, str.52

postaviti niz pitanja, koja bi se ticala nadležnosti i donošenja odluke od strane organa, koji ima neku drugu državnu pripadnost, ali ne zemlje priznanja. U svakom slučaju, kao što smo rekli, prihvatljiviji je personalni kriterijum.

Strana stečajna odluka može da ima samo ona dejstva, o kojima domaći sud odlučuje, dakle, po pravu zemlje priznanja. To znači da će strana odluka imati dejstva, kao i odluka, koju donese domaći stečajni sud, po pravilu *lex fori*, po pravu mesta suda. Ne smemo, u potpunosti, izjednačavati stranu sa domaćom stečajnom odlukom, obzirom da se strana odluka priznaje u posebnom postupku za priznanje i da, tek, nakon donošenja odluke o priznanju, strana sudska odluka može proizvoditi dejstva na domaćoj teritoriji. Ta dejstva se sastoje u izvršenju (to je poseban postupak) te odluke. Znači, strana stečajna odluka je osnov za donošenje domaće odluke. Priznanje se javlja kao prejudicijelno u odnosu na izvršenje. Neka shvatanja govore da sve više dolazi do izražaja princip upodobljavanja strane odluke sa domaćom odlukom, a ne princip proširenja dejstava strane odluke i da će strana odluka, koja je priznata, imati sva ona dejstva, koja ima i odgovarajuća domaća odluka.¹² Međutim, ne možemo se, uvek, složiti sa ovakvim shvatanjem. Sigurno je da stranu odluku treba tretirati kao domaću, ali treba voditi računa o njenoj sadržini i o dejstvima, koje ta sadržina može da proizvede na domaćoj teritoriji.

Kada je jedna strana stečajna odluka priznata i kada, nakon priznanja, počne da proizvodi dejstva u zemlji priznanja, onda možemo govoriti i o položaju te odluke u zemlji priznanja. Taj položaj ili status je, po našem mišljenju, neophodno analizirati, jer da bi strana stečajna odluka mogla da proizvodi dejstva u zemlji priznanja, ona mora imati određeni status, koji se može posmatrati u odnosu na pretpostavke za priznanje predviđene u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (dalje: Zakon o MPP)¹³, kao i u Zakonu o stečaju Republike Srbije (dalje: ZS)¹⁴, a, osim toga, i u odnosu na domaću odluku, ali ne na domaću odluku, kojom se odlučuje o priznanju te strane sudske odluke. Pre nego što se podnese predlog za priznanje strane sudske odluke i pre nego što počne

¹² Varadi T., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 1990., str. 363

¹³ Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (Sl.list SFRJ br. 43/82, 72/82, Sl.list SRJ br. 46/96)

¹⁴ Zakon o stečaju Republike Srbije (Sl.glasnik R.Srbije br.104/09)

postupak za priznanje, ne može se govoriti o statusu strane stečajne odluke.

Strana stečajna odluka proizvodi sve pravne posledice, kao i domaća odluka. No, da li je baš tako, imajući u vidu da se, ovde, može govoriti o deklarativnom izjednačenju stranih i domaćih sudskih odluka. Status strane stečajne odluke je ograničen u odnosu na domaću odluku, iako su one izjednačene sa domaćim. Razlog tome je neophodnost pokretanja i sprovođenja postupka priznanja, da bi jedna strana sudska odluka stekla određeni status na domaćoj teritoriji. Osim toga, nakon priznanja, izvršenje strane sudske odluke se vrši po *lex fori*. Možemo zaključiti da strana stečajna odluka ima nepovoljniji status u odnosu na domaću odluku.

2. Institut comity i koncepcije u međunarodnom stečaju

Razlikujemo dve glavne koncepcije, koje se tiču stečajnog postupka sa elementom inostranosti, odnosno koncepcija, koje se tiču priznanja i izvršenja stranih stečajnih odluka. Te koncepcije su: 1) Univerzalna, kao liberalna stečajna koncepcija; i 2) Teritorijalna, kao konzervativna stečajna koncepcija. Univerzalna koncepcija je rasprostranjenija u svetu i priznaje sva dejstva stečaja, otvorenog u jednoj zemlji, u svim ostalim zemljama. To znači da strana stečajna odluka ima sva dejstva na teritoriji zemlje priznanja, kao i u zemlji donošenja. Ta koncepcija je liberalna i ona je prihvaćena u mnogim zemljama, ali sa ograničenjima. Osnovno pravilo, koje karakteriše ovu koncepciju jeste *lex fori concursus*, kao pravo stečajnog postupka¹⁵. No, ova koncepcija je ograničena, kao što smo rekli, u mnogim zemljama, obzirom da te zemlje u ovim postupcima (priznanja i izvršenja stranih stečajnih odluka), koriste pravila *lex fori*, odnosno *lex rei sitae*, kao pravo mesta suda, odnosno pravo mesta nalaženja nepokretnosti. Teritorijalna koncepcija je konzervativnija u odnosu na univerzalnu koncepciju. Teritorijalna koncepcija ograničava dejstva strane stečajne odluke samo na zemlju u kojoj je pokrenut stečajni postupak, a što se tiče imovine, koja se nalazi u drugoj zemlji, moguća su dva odgovora. Prvo, može se tražiti izvršenje na toj imovini, na osnovu, već, donesene odluke, a moguće je da se otvori poseban

¹⁵ Dalhuisen J.H., *International Insolvency and Bankruptcy*, New York 1984., vol.I, str. 3-138

stečajni postupak nad tom imovinom na teritoriji druge zemlje¹⁶. Kod teritorijalne koncepcije ograničava se efekat stranih stečajnih odluka, a sa druge strane, predviđa se puno dejstvo domaćih stečajnih odluka u inostranstvu. Izvršenje stranih stečajnih odluka uvek će se sprovesti po *lex fori*, po pravu mesta suda. Pomenućemo i mešovitu koncepciju stečaja. Ova koncepcija je kombinacija univerzalne i teritorijalne koncepcije i ona je izražena u mnogim zemljama¹⁷. Spomenuto pravilo *lex fori concursus*, kao pravilo, koje objašnjava univerzalnu koncepciju se, u smislu priznanja i izvršenja stranih stečajnih odluka, uvek sukobilo sa pravilima *lex fori* i *lex rei sitae*, koja nose u sebi konzervativniji stav. Mešoviti sistem najverodostojnije opisuje sadašnje stanje u ovoj oblasti. Ne postoji ni jedna država, koja se, u nekim elementima ovog instituta ne odnosi restriktivno. Kako će jedna država regulisati uslove za priznanje i izvršenje stranih stečajnih odluka, kao i kako će regulisati učešće stranih subjekata u stečajnom postupku otvorenom na njenoj teritoriji, zavisi od samog stečajnog prava te zemlje, kao i od opšteg stava prema stranim odlukama¹⁸. Upravo je institut *comity* doprineo prihvatanju mešovite koncepcije. Naravno, osnovni cilj međunarodne učtivosti jeste puno prihvatanje stranih stečajnih odluka i stečajnih postupaka, odnosno, primena univerzalne koncepcije.

III) PRIMENA INSTITUTA COMITY U STEČAJNOM ZAKONODAVSTVU SAD

Primena instituta *comity* igra važnu ulogu u regulisanju međunarodnog stečaja u SAD. Regulisanje međunarodnog stečaja u ovoj zemlji je specifično, zbog toga, što je praksa uticala, ne samo na promenu stečajnog zakonodavstva, već i na promenu stava prema tretmanu stranih akata i stranih subjekata u domaćim postupcima u ovoj oblasti. Ranije je stav sudova SAD bio konzervativan prema navedenim odlukama i subjektima, jer je stečajno zakonodavstvo ove zemlje zastupalo restriktivan stav u međunarodnom stečaju (misli se na odnos prema stranim odlukama i subjektima). Restriktivan stav sudova SAD prema stranim stečajnim odlukama je promenjen,

¹⁶ Eisner B., *Medjunarodno privatno pravo*, Zagreb 1956., str.368

¹⁷ Eisner B., *nav.delo*, str. 369

¹⁸ Jauernig O., *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, München 1990., str.200

zahvaljujući jednom slučaju, koji nije mogao biti rešen, jer je postojala pravna praznina, a koji ćemo, kasnije, pomenuti. Treba reći, da stečajno zakonodavstvo SAD nije promenilo stav, samo zbog prihvatanja liberalnog koncepta u ovoj oblasti, već i zbog zaštite poverioca, koji su državljani SAD, a i zbog zaštite investicija ove zemlje u drugim zemljama.

Institut comity se konkretno vezuje za američko stečajno zakonodavstvo koje i pominje isti kao jedan od uslova i razloga za priznanje stranih odluka. Ovaj institut se i razvija, obzirom da je dobio svoje mesto i u novom stečajnom zakonodavstvu SAD. Inače, SAD su bile prva država u svetu koja je dozvolila mogućnost da svoju suverenost u oblasti nadležnosti sudova stavi pod strani pravni poredak zbog potreba stečajnog postupka, otvorenog u drugoj zemlji¹⁹.

1.Odredba 304 u Stečajnom zakoniku SAD iz 1978.godine

Stečajno pravo SAD se, ranije, restriktivno odnosilo prema stranim stečajnim odlukama, iako je Bankruptcy Act od 1898.godine, predvideo ekstrateritorijalni efekat stranih odluka.²⁰ Naime, Savezni Stečajni zakon (Federal Bankruptcy Act) iz 1898.godine, sadrži odredbe, koje se odnose na međunarodne aspekte stečaja.²¹ Odredbe Zakona SAD, koje su regulisale ovu oblast u Međunarodnom privatnom pravu, doživele su niz izmena i revizija, počev od 1952.godine, pa nadalje, sve do izmene odredbe 304 u Stečajnom zakoniku 1978.godine. Međutim, što se tiče stranih stečajnih odluka i njihovih dejstava, Stečajni zakonik SAD ne predviđa nikakvo rešenje. Stečajni zakonik SAD (US Bankruptcy Code), koji se primenjuje na slučajeve, nastale posle 1.oktobra 1979.godine, posvećuje više pažnje ovoj materiji. Savezni sudovi su, tada, dobili veća ovlašćenja u priznanju i izvršenju stranih stečajnih odluka. Primenom stečajnih pravila u priznanju efekata stranih stečajnih postupaka, daju se veća ovlašćenja i stranom stečajnom upravniku (trustee). Danas, u SAD, sudovi daju puno priznanje stranim stečajnim odlukama, a što se, pre

¹⁹ Salafia L., Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multinational Corporate Groups, Connecticut Journal of International Law, vol.21, 2006., str.1

²⁰ USTA, Die Amerikanische Konkursrechtsreform, Köln 1980., str. 31

²¹ Nadelmann K.H., Insolvent Decedents' Estates, 49 Michigan Law Review, 1951., str.1129

svega, odnosi na evropske stečajne odluke. Što se tiče sadržine tih stranih stečajnih odluka, ona se odnosi na stečajne upravnike i na sam stečajni postupak. Moramo reći, da stečajno pravo SAD ne poznaje privilegovani tretman domaćih, odnosno, lokalnih poverilaca.²²

Inače, stečajno pravo SAD je, naročito promenilo stav, u ovoj oblasti, nakon slučaja Herštat (Herstatt) iz 1974.godine. Slučaj Herštat je izazvan zatvaranjem Herštat banke u Kelnu od strane nemačkih državnih organa.²³ Banka Herštat je držala uloge Chase Manhattan banke, a to su bili ulogi klijenata banke iz celog sveta, kasnijih poverilaca banke. Nakon otvaranja stečaja nad bankom Herštat, Chase banka je dobila zahtev od nemačkog suda, da će se uključiti i imovina Chase banke u postupak. U međuvremenu, Chase banka je pokrenula postupak pred sudom u Njujorku. Da bi slučaj dobio na složenosti, Citibank je, kao poverilac, predložila pokretanje stečajnog postupka protiv banke Herštat pred sudom u SAD. Tako su bili uključeni i država Njujork i savezni oblasni i savezni stečajni sud. Samim tim, nastao je sukob između stečajnog upravnika u SAD, određenog od strane suda u SAD, poverilaca iz Njujorka i likvidatora imovine iz Kelna. Problem je bio složen za obe države. Slučaj je rešen tako, što su se sve strane dogovorile oko zaključenja vansudskog poravnjenja, obzirom da je bilo jasno da zakonske odredbe ne sadrže adekvatna rešenja za pitanja međunarodnog stečaja.

Navedeni slučaj je doprineo izmeni odredbe 304 Stečajnog zakonika SAD, 1978.godine (The Reform Act). Ono što je bitno za ovu odredbu, jeste da će stečajno pravo biti regulisano saveznim zakonom i da će mnogi aspekti međunarodnog stečaja biti "pokriveni" Stečajnim zakonikom SAD, tj. rešavanje ovog pitanja neće više zavisiti od 50 različitih prava. Odredba 304 Stečajnog zakonika SAD je prihvaćena u svim njenim državama i tako je usklađen domaći stečajni postupak sa stranim i u pogledu izvršenja strane stečajne odluke na imovini dužnika, koja se nalazi na teritoriji SAD. Znači, strani stečajni upravnik može da zahteva da se imovina dužnika, koja se nalazi u SAD, prebaci u stečajnu masu, koja se nalazi u zemlji pokretanja stečajnog postupka. Pre nego što je donesena navedena odredba, poverilac je, u ovakvim slučajevima, bio u veoma

²² Jakšić A., Obezbedjenje izvršenja obaveza u MPP, doktorski rad, Beograd 1989., str 328

²³ Lebow M.T., Tait R.T., International effects of bankruptcy in american law, New York, 1989., str.257.

nepravednom položaju u pogledu njegovih prava na namirenje, što je bilo izazvano tzv. “dvostrukim” postupkom.²⁴ Kada govorimo o “dvostrukom” postupku, mi ne govorimo o glavnom i sekundarnom stečajnom postupku, u smislu Uredbe ili Model zakona, već u smislu pokretanja dva različita stečajna postupka protiv istog stečajnog dužnika, koji nisu u međuzavisnom odnosu. Poverilac je bio u veoma teškoj situaciji, jer tzv. “dvostruki” postupak nije garantovao pravično i ravnomerno namirenje poverilaca.

2. Tretman strane stečajne odluke u stečajnom zakonodavstvu SAD

Stečajno zakonodavstvo SAD određuje status stranoj stečajnoj odluci, kroz uslove, koji se moraju ispuniti, da bi ona imala dejstva na domaćoj, odnosno, teritoriji SAD. Naime, odredba 304 Stečajnog zakonika SAD sadrži 6 kriterijuma, koji opredeljuju stav prema stranoj stečajnoj odluci. Jedan od tih kriterijuma predviđa i primenu instituta comity. Ti kriterijumi su sledeći:

- 1) jednak tretman svih stranaka u postupku. Strani subjekti su izjednačeni sa domaćim, što je neophodno za univerzalnost međunarodnog stečaja. Vođenje sekundarnog stečajnog postupka bilo bi nemoguće bez ispunjenja ovog kriterijuma, pre svega, zbog postupanja stranog stečajnog upravnika u tom postupku;
- 2) zaštita američkih poverilaca u postupku u pogledu nedozvoljenih radnji u postupku. Ovim kriterijumom se štite američki poverioci, što može predstavljati opasnost za jednako postupanje prema svim učesnicima u stečajnom postupku;
- 3) izbegavanje privilegovanih ili nedozvoljenih transfera imovine. Time se izbegava stavljanje poverilaca u nejednak položaj. Ovaj uslov je u koliziji sa, napred navedenim, drugim uslovom, koji govori o zaštiti domaćih, američkih, poverilaca;
- 4) transfer imovine u skladu sa stečajnim postupkom u SAD. Znači, postupa se po lex fori;
- 5) mogućnost za automatsko priznanje stranih odluka uz ispunjenje uslova, odnosno, primena instituta comity. Inače, moramo pomenuti da se institut comity prvi put, u praktičnom smislu te reči, primenjuje

²⁴ Nadelmann K.H., The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws: Trial and Error, Harvard International Law Journal, vol. 29, no.I, Winter 1988., str. 36

u slučaju Hilton i Guyot 1895.godine. Radilo se o predlogu za izvršenje jedne francuske stečajne odluke u SAD. Praktično, radilo se o pretpostavci reciprociteta u stranoj državi.²⁵ Ovde ćemo, još, reći da institut comity ne stvara pravilo, koje mora da se obavezno primenjuje. Sud ima diskreciono pravo u primeni ovog instituta. Ono, o čemu sud mora da vodi računa, jeste da li je strana odluka u suprotnosti sa javnim poretком ili ne;²⁶ i

6) "novi početak" za dužnika. To važi samo za stranog dužnika i to za individualnog dužnika. Ovaj kriterijum mogli bismo da shvatimo kao korišćenje uslova koje pruža šema stečajnog postupka SAD.²⁷

Inače, sudovi u SAD dugo nisu primenjivali odredbu 304 Stečajnog zakonika. Bilo je dosta slučajeva u stečajnoj praksi SAD, koji su ukazivali da se mora promeniti odnos prema stranim stečajnim odlukama. Automatsko priznanje stranih stečajnih odluka, ipak, pretpostavlja određene uslove, ali ti uslovi su opšti i institut comity je, samo, polazna tačka ka unifikaciji pravila međunarodnog stečaja.

3. Razvoj instituta comity u stečajnom pravu SAD i poglavlje 15 Stečajnog zakonika iz 2005.godine

Institut comity se razvijao u američkom međunarodnom stečaju. On dobija svoje mesto i u novom stečajnom zakonodavstvu SAD. Navode se i konkretni primeri, koji govore o neophodnosti primene ovog instituta sa drugim teorijama, koje objašnjavaju dejstvo stranog stečajnog postupka. Jedan od američkih autora navodi sledeći primer: „Protiv jedne kompanije je pokrenut stečajni postupak u Moskvi. Ova kompanija ima imovinu koja se nalazi u SAD. Pokrenuti stečajni postupak u Moskvi može sprečiti poverioce da podnesu tužbe protiv kompanije u Rusiji, odnosno, on primorava te poverioce da se naplate u stečajnom postupku koji je pokrenut u Rusiji. Međutim postavlja se pitanje, šta će se desiti, ako poverioci pokušaju da izbegnu stečaj pokrenut u Rusiji i podnesu tužbe u SAD u nastojanju da postignu prvenstvo u namirenju koje se odnosi na imovinu koja se nalazi u SAD. Ako u tome poverioci budu uspešni, oni će dobiti prednost, u odnosu na one koji su prijavili svoja potraživanja u stečajnom

²⁵ Nadelmann K.H., nav.delo, str. 38

²⁶ Lebow M.T., Tait R.T., nav.delo, str. 258

²⁷ Ibidem

postupku pokrenutom u Moskvi. No, možemo i obrnuti situaciju, odnosno, da pretpostavimo da su okolnosti slične napred navedenim, osim činjenice da se u SAD nalazi filijala kompanije, protiv koje je pokrenut stečajni postupak. Stečajni upravitelj iz Rusije će biti zainteresovan da skupi celokupnu imovinu dužnika, odnosno, za „probijanje pravne ličnosti“, a, sa druge strane, poverioci će u SAD podnositi tužbe protiv filijala širom te države. Osnovno pitanje koje se ovde postavlja, odnosi se na način zaustavljanja gubitka imovine koja se nalazi u filijalama kompanije protiv koje je otvoren stečaj postupak.“²⁸

Naizgled jednostavne stvari mogu biti komplikovane u međunarodnom stečaju. Može se, na primer, desiti da stečajni upravitelj ne može da dobije informaciju o imovini dužnika koja se nalazi u nekoj banci u drugoj zemlji, jer banka ne može da daje nikakva obaveštenja i računima svojih klijenata bez sudskog poziva lokalnog suda. Ovi problemi se javljaju i kod tzv. „malih“ i kod „velikih“ stečajeva. Isto tako, oni mogu nastati i u slučaju stečaja fizičkih lica²⁹. Ti problemi mogu biti tako veliki, da stečajni upravitelj može odustati od prikupljanja celokupne imovine dužnika.

Obzirom na navedeno, kao i na razvoj svetske privrede i na potrebu da se izmene pravila stečajnog postupka sa elementom inostranosti u smislu univerzalnosti tog postupka, Kongres SAD je 2005. godine usvojio poglavlje 15 Stečajnog zakonika SAD pod naslovom „Zavisni (pomoćni) i drugi prekogranični slučajevi“. Usvajanjem poglavlja 15, ukinut je član 304 američkog Stečajnog zakonika iz 1978.godine. Poglavlje 15 je omogućilo veći broj mogućnosti kod priznanja dejstava stranog stečajnog postupka. Jedan od glavnih ciljeva definisanja poglavlja 15 je stvaranje veće pravne sigurnosti za trgovinu SAD i ulaganje u privredu te zemlje. Po odredbama poglavlja 15 (koje je, inače, usvojeno u aprilu 2005., a na snazi je od oktobra iste godine)³⁰, američkim sudovima su data veća ovlašćenja kada je u pitanju pružanje pomoći u vezi sa stečajnim postupcima u kojima je prisutan element inostranosti. Poglavlje 15 razlikuje main (glavni) i nonmain (sporedni) postupak. Ta pomoć, između ostalog, obuhvata i slanje poziva za svedočenje, slanje naloga

²⁸ Saltzman J.N., Cross Border Insolvencies and the United States Bankruptcy Code, <http://lawfirminternational.com/hagueart.aspx>

²⁹ Saltzman J.N., nav.delo

³⁰ Salafia L., nav.delo, str.2

za predaju imovine dužnika, kao i drugih dokumenata i vršenje drugih radnji u vezi sa stranim stečajnim postupkom. Poglavlje 15 uključuje i primenu Model zakona o prekograničnoj insolventnosti³¹, koji predviđa rešenja za mnoge probleme koji se pojavljuju u međunarodnom stečaju, uključujući i one o kojima je bilo, napred, reči.

Osnovni cilj poglavlja 15 jeste da definiše sprovođenje pravičnog i efikasnog stečajnog postupka sa elementom inostranosti, kao i da zaštiti interese svih poverilaca, kao i dužnika³². Poglavlje 15, takođe, definiše i saradnju između američkih i stranih sudova, kao i stečajnih upravnika, čime se obezbeđuje razmena informacija o postupcima, a, samim tim, i koordinacija postupaka koji se vode u inostranstvu i postupka koji se vodi u SAD, a koji se tiču istog dužnika. Osim toga, sudovi u SAD su zadržali diskreciono pravo da li da pruže tzv. „dodatnu pomoć“ u vezi sa stečajnim postupkom sa elementom inostranosti. I raniji član 304, kao i poglavlje 15 definišu glavne razloge koje sud mora da uzme u obzir da bi odlučio o pružanju takve pomoći. Jedan od tih razloga je i primena instituta comity. U principu, comity, odnosno, priznanje usled učtivosti, će se odobriti stranim pravima koja ne povređuju javni poredak SAD. Isto tako, sudovi u SAD imaju pravo da ispituju da li strani zakon, koji se primenjuje u stečajnom postupku, za koji se traži pomoć, tretira poverioce jednako, zatim, da li sprečavaju lažne prenose imovine dužnika na druga lica, kao i da li su poverioci, koji imaju državljanstvo SAD, zaštićeni u postupku obrade zahteva za priznavanje potraživanja. Tamo gde postoji sumnja po ovim pitanjima, sud može tražiti da se sprovedu dokazne radnje, a može zahtevati i veštačenje³³.

³¹ Salafia L., nav.delo, str.20

³² Douglas G.M., Kamphaus C.N., Cross-Border Bankruptcy Battleground: The Importance of Comity (Part II) May/June 2010., <http://www.jonesday.com/cross-border-bankruptcy-battleground-the-importance-of-comity-part-ii-05-31-2010/>

³³ Douglas G.M., Kamphaus C.N., nav.delo

IV) PRIMENA INSTITUTA COMITY U MEĐUNARODNIM IZVORIMA

Dva najznačajnija međunarodna izvora u kojima je primenjen institut comity, kao i drugi principi koji su doveli do lakšeg ili automatskog priznanja stranih stečajnih odluka su, već pomenuti, Model zakon i Uredba. Ova dva akta na različit način regulišu međunarodni stečaj. Pomenućemo samo one odredbe koje se odnose na primenu instituta comity, a što se, pre svega, odnosi na mogućnost vođenja više stečajnih postupaka protiv istog stečajnog dužnika. Nećemo posvećivati pažnju drugim odredbama u kojima je, takođe, prisutan ovaj institut, kao što su odredbe koje se odnose učešće stranih subjekata u stečajnom postupku na domaćoj teritoriji, zatim na priznanje stranih stečajnih odluka i sl.

Kad je u pitanju Model zakon, on određuje da se, nakon priznanja strane stečajne odluke, može pokrenuti stečajni postupak u domaćoj zemlji-zemlji priznanja, samo, ako stečajni dužnik poseduje imovinu na teritoriji te države. Odluka, koja bude donesena u tom postupku, odnosiće se samo na navedenu imovinu.³⁴ Model-zakon na drugačiji način određuje pokretanje sporednog (sekundarnog, posebnog, zavisnog) stečajnog postupka u odnosu na ostale izvore, koji regulišu međunarodni stečaj. Naime, jedini uslov za pokretanje takvog postupka, jeste da dužnik ima imovinu na teritoriji domaće zemlje. Model-zakon reguliše i koordinaciju dva stečajna postupka, glavnog i sporednog. To se čini u dve situacije. Prvo, kada se, u vreme podnošenja zahteva za priznanje strane stečajne odluke, već vodi stečajni postupak u domaćoj zemlji. Tada se koordinacija oba postupka vrši u skladu sa odredbama, koje se odnose na pružanje pomoći posle priznanja strane stečajne odluke. Druga situacija je, kada je stečajni postupak u domaćoj zemlji pokrenut posle podnošenja zahteva za priznanje strane stečajne odluke. Naravno, i tada će se primenjivati odredbe, kojima se reguliše pružanje pomoći posle priznanja strane stečajne odluke, ali ograničeno. Naime, domaći sud će uskratiti ovakvu vrstu pomoći, ako ona nije u skladu sa zakonom domaće zemlje.³⁵ Sa druge strane, ako se protiv istog stečajnog

³⁴ Član 28. Model zakona

³⁵ Član 29. Model zakona

dužnika vodi više stranih stečajnih postupaka, tada će se, takođe, pružiti pomoć (već navedena), koja mora biti u skladu sa pravilima, koja regulišu glavni strani stečajni postupak.³⁶ Inače, Model zakon je, naročito, interesantan u domaćem zakonodavstvu, obzirom da su njegove odredbe preuzete u ZS, kao i u stečajnom zakonodavstvu Crne Gore.

Sa druge strane, Uredba je, takođe, predvidela mogućnost vođenja sekundarnog stečajnog postupka protiv dužnika (jednog ili više). Sekundarni stečajni postupak zavisi od glavnog stečajnog postupka. Vođenje sekundarnog stečajnog postupka ne treba poistovećivati sa istovremenim vođenjem dva ili više stečajna postupka protiv istog lica, kada se postavlja pitanje, koji će postupak imati prednost. Kod sekundarnog stečajnog postupka se radi o vođenju postupka, koji ima čvrstu vezu sa glavnim stečajnim postupkom i koji je u odnosu zavisnosti sa tim postupkom. Sekundarni stečajni postupak se otvara u skladu sa članom 3(2) Uredbe i on se priznaje u državi, u kojoj je otvoren glavni stečajni postupak. Sekundarni stečajni postupak se pokreće bez ispitivanja insolventnosti dužnika u drugoj državi ugovornici i obuhvata samo imovinu, koja se nalazi na teritoriji države pokretanja tog postupka³⁷. Naravno, sekundarni stečajni postupak zavisi od glavnog. To se vidi, ne samo kroz dejstva, već i kroz namirenje potraživanja poverilaca. Predlog za pokretanje sekundarnog stečajnog postupka mogu podneti stečajni upravnik iz glavnog stečajnog postupka, kao i svako lice, koje je ovlašćeno da zahteva pokretanje stečajnog postupka. Krug tih lica se određuje po pravu države, u kojoj se zahteva pokretanje sekundarnog postupka³⁸. Takođe, predviđeno je i da svaki poverilac može da prijavi svoje potraživanje i u glavnom i u sekundarnom stečajnom postupku³⁹. Stečajni upravnik iz glavnog stečajnog postupka, može predložiti i zaključenje sekundarnog stečajnog postupka, ukoliko to pravo države, u kojoj se vodi taj postupak, dozvoljava. Za zaključenje sekundarnog stečajnog postupka, potrebna je saglasnost stečajnog upravnika iz glavnog stečajnog postupka. Ako ta saglasnost nije data, do zaključenja sekundarnog stečajnog postupka će, ipak, doći, ako ono ne

³⁶ Član 30. Model zakona

³⁷ Član 27. Uredbe

³⁸ Član 31.(1) Uredbe

³⁹ Član 32.(1) Uredbe

ugrožava interese poverilaca iz glavnog stečajnog postupka⁴⁰. Ukoliko imovina iz sekundarnog stečajnog postupka bude dovoljna za namirenje svih potraživanja u ovom postupku, ostatak, odnosno preostala sredstva će biti prenesena stečajnom upravniku glavnog stečajnog postupka, tj. u stečajnu masu tog postupka⁴¹. Osim toga, ako sud, koji je nadležan za pokretanje glavnog stečajnog postupka, utvrdi da je potrebno da se preduzmu mere obezbeđenja u pogledu imovine dužnika, on će imenovati privremenog stečajnog upravnika, koji će imati ovlašćenje da preduzima sve mere u cilju očuvanja celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno, svakog njenog dela, bez obzira, gde se taj deo nalazi, da li u zemlji pokretanja glavnog ili u zemlji pokretanja sekundarnog stečajnog postupka, odnosno u bilo kojoj drugoj državi ugovornici⁴².

Ako uporedimo način primene instituta comity u ova dva, najvažnija, međunarodna izvora u oblasti stečaja, vidimo da je kod Model zakona prisutniji institut comity, kao i drugi principi, definisani tom doktrinom, u odnosu na Uredbu, gde je primena navedenih principa ograničena. Sekundarni stečajni postupak je, po odredbama Uredbe, ograničen, obzirom da njegova sudbina veoma zavisi od glavnog stečajnog postupka, bez obzira na činjenicu zaštite domaćih poverilaca, odnosno, poverilaca u državi u kojoj je pokrenut sekundarni postupak. U svakom slučaju i u ovom aktu je prisutan institut comity. Moramo reći da su i neki zakonski akti zemalja u regionu na sličan način uredili ovu materiju⁴³.

V) ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Osnovni cilj rešenja, koje pruža primena instituta comity u oblasti međunarodnog stečaja, jeste prihvatanje srednjeg rešenja u odnosu na teritorijalni i univerzalni koncept stečajnog postupka⁴⁴, odnosno, prihvatanje mešovitog koncepta, što omogućava vođenje više stečajnih postupaka protiv istog dužnika. Osnovna ideja tog mešovitog koncepta u međunarodnom stečaju, jeste jedinstvo

⁴⁰ Član 34.(1) Uredbe

⁴¹ Član 35. Uredbe

⁴² Član 38 Uredbe

⁴³ To se odnosi na stečajna zakonodavstva BiH, Hrvatske i Makedonije

⁴⁴ Eisner B., nav.delo, str. 369

stečajnog postupka, tako da, u različitim zemljama, različiti poverioci, mogu da namire svoja potraživanja.⁴⁵ Stečajno zakonodavstvo SAD sadržavalo je rešenje, koje je predstavljalo osnov za dalji razvoj međunarodnog stečaja. Sa druge strane, primenu ovog koncepta vezujemo i za druga zakonodavstva. Činjenica je da su i pravo SAD, kao i pomenuti međunarodni izvori, morali početi od osnovnih principa i ciljeva stečajnog postupka, prilikom donošenja novih pravila u ovoj oblasti i prihvatanja drugačijih shvatanja, koja se vezuju, na prvom mestu, za univerzalni koncept međunarodnog stečaja.

Ako bi morali da navedemo razlog koji omogućava priznanje stranih stečajnih odluka, učešće stranih subjekata u stečajnom postupku na domaćoj teritoriji i vođenje glavnog i sekundarnih stečajnih postupaka protiv istog dužnika, naveli bismo da je to institut comity, odnosno, međunarodna učtivost. Čini nam se da je taj razlog mnogo prihvatljiviji od navođenja pravednosti, tj. da celokupan sistem priznanja stranih odluka počiva na tom institutu. No, prihvatajući ovaj institut, kao osnov priznanja i izvršenja stranih stečajnih odluka, moramo imati na umu da se kod međunarodnog stečaja radi i o dejstvu stranih stečajnih postupaka na teritoriji druge zemlje. Ublaženje tog dejstva ogleda se u primeni pravila koja se odnose na namirenje potraživanja poverilaca u zemlji pokretanja sekundarnog, odnosno, posebnog ili sporednog stečajnog postupka. Takođe, postavlja se pitanje da li se radi o primeni instituta comity i kod transfera sredstava iz sekundarnog u glavni stečajni postupak ili je samo u pitanju dejstvo priznate strane stečajne odluke. Smatramo da je ovo drugo u pitanju. To su samo neke od činjenica koje se mogu navesti kod priznanja stranih stečajnih odluka.

Stečajno zakonodavstvo Srbije je preuzelo odredbe Model-zakona. Znači, primenjuju se rešenja o kojima smo govorili i koja egzistiraju u američkom međunarodnom stečaju. No, odredbe Model-zakona su preuzete nekritički, imajući u vidu ranije regulisanje stečajnog zakonodavstva i međunarodnog stečaja u našoj zemlji. Smatramo da je odredbe Model-zakona trebalo iskoristiti u pozitivnom smislu, tako što bi se vodilo računa o potrebama stečajnog zakonodavstva u Srbiji, kao i o prirodi našeg prava, uopšte. To znači da je trebalo prilagoditi odredbe Model-zakona i jasnije ih odrediti, o

⁴⁵ Jakšić A., nav.delo, str 327

čemu nećemo govoriti. Time se ne umanjuje značaj instituta comity, koji ne postoji, jedino, u američkom stečajnom zakonodavstvu i Model-zakonu, nego i u drugim zakonodavstvima koja su prihvatila drugačija rešenja.

Ako bi morali da damo jedan opšti zaključak o prisustvu instituta comity u međunarodnom stečaju, on će se odnositi na to da eksteritorijalnost stečajnih odluka i stečajnih postupaka ima svoj osnov u međunarodnoj učtivosti koju ne možemo da izjednačimo sa načelom pravičnosti, ali koja, zajedno sa tim načelom, dovodi do funkcionisanja međunarodnog stečaja, bez obzira na koji je način regulisan.

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

**INSTITUTE “COMITY” IN INTERNATIONAL
BANKRUPTCY
(with special reference to the law of the USA)**

Institute of comity, which has its source in principle of comitas gentium, developed in the Dutch school of Private international law, mitigates the principle of territoriality, and means the international courtesy, which is one of reasons for the application of the foreign law and recognition of the foreign decisions. Institute of comity has its own particular place in the U.S. bankruptcy legislation, ie., in the field of international bankruptcy. Namely, this institute, also, cited as one of the conditions for the recognition of the foreign bankruptcy decisions. In the changes of U.S. bankruptcy legislation in 2005., the institute of comity has its place in the rules that give great powers of U.S. courts in the assisting in the recognition of bankruptcy proceedings, initiated in other countries. This paper analyzes not only the presence and importance of the institute of comity in U.S. law, but, also, pays attention to the contribution of this institute to the international sources such as the Model Law on Cross-Border Insolvency and the Council regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings. These two sources have had a major impact on the many national bankruptcy legislations, which accepted the same or similar solutions in this area. The institute of comity applied together with other theories that allow the effect of the bankruptcy decision in the other country. This institute has made it possible to realize the principle of the unity of the bankruptcy estate in the field of international bankruptcy.

Key words: *comity, foreign bankruptcy proceeding, foreign bankruptcy decision, recognition, main bankruptcy proceeding, secondary bankruptcy proceeding.*

Mr. Blaže Krčinski

UDK: 342.4(497.7)
Pregledni naučni rad

NORMATIVNA KONTROLA USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI PRAVNIH AKATA U REPUBLICI MAKEDONIJI

Normativna kontrola prava sastoji se u kontroli ustavnosti zakona i kontroli ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata. Normativna kontrola je osnovna kontrola koja postoji u svakom sistemu u kome postoje ustavni sudovi, dok su sve ostale nadležnosti izvedene i ne čine suštinu ustavnog sudstva¹ jer zavise od konkretnog ustavnog sistema. Pri tom treba imati u vidu da se Ustav kao temelj ustavnog poretka, poštuje time što su svi njemu suprotni pravni akti eliminisani iz pozitivnog pravnog poretka jer svaka norma koja je suprotna ustavu grubo vređa načelo ustavnosti. Takođe, ovaj rad se bavi i oblicima povrede ustava, te formama u kojima se one javljaju, sa primerima iz prakse Ustavnog suda Republike Makedonije. Autor se detaljnije osvrće na aktuelna rešenja ovog pitanja u Ustavu Republike Makedonije, uočene nedostatke i načine kojima se Ustavni sud "bori" sa tim kršenjima. Neodređenost i nepreciznost datih normi koje se nalaze u Ustavu mogu stvoriti prazninu i prostor za različita pravna mišljenja različitih sastava Ustavnog suda. Zato je neophodno da se neke ustavne norme revidiraju, da se pristupi njihovoj izmeni, čime bi se doprinelo koherentnijem pravnom poretku i uniformnijim stavovima suda, jer bi se izmenama suzio prostor za sudsko tumačenje toga šta je a šta nije opšti pravni akt i koji zakon može ili ne može biti predmet ocene ustavnosti i zakonitosti.

Ključne reči: *Kontrola ustavnosti i zakonitosti, oblici povreda ustava, predmet normativne kontrole, kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora, odluke Ustavnog suda.*

¹ Ratko Marković, Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata, Beograd 1973. g, str. 15.

Da bi odgovorili na pitanje šta je kontrola ustavnosti i zakonitosti moramo pre svega da vidimo od čega se ona sastoji. Za kontrolu ustavnosti i zakonitosti bitna su dva elementa - osnov i predmet kontrole ustavnosti. Dakle, da bi se mogli upustiti u ocenjivanje ustavnosti i zakonitosti pre svega treba da postoji pravni akt najveće pravne snage koji je osnov ustavnog poretka. To je Ustav. I kao što glasi sam naziv, osnov kontrole ustavnosti je sam Ustav. Kao predmet kontrole ustavnosti mogu se javiti zakoni ili drugi normativni akti koji imaju snagu zakona. Teorija ustavnog prava razvrstava zakone na sledeći način: zakoni koje donosi zakonodavni organ, zakoni doneti referendumom, savezni zakoni i zakoni država članica (ukoliko se radi o federalnoj državi), autentično tumačenje zakona, međunarodni ugovori koji ratifikacijom stiču snagu zakona, dekreti, uredbe i drugi akti koji imaju zakonsku snagu. Zato se pri donošenja zakona mora paziti da se ne povredi Ustav kako u formalnom tako i u materijalnom smislu, jer bi u suprotnom taj zakon ili opšti pravni akt bio neustavan. U nastavku ovog rada ćemo videti kakve sve povrede ustava možemo imati i koje su njihove posledice.

1. Protivustavnost i oblici u kojima se javlja

Poštovanje ustava i zakona je jedna od temeljnih vrednosti ustavnog poretka ali ujedno i ideal koji je skoro nemoguće ostvariti. Svaka država nastoji da princip vladavine prava i poštovanja ustava kao najvišeg pravnog akta ostvari u praksi. Najefikasniji način kontrole ustavnosti je sudska kontrola koju sprovodi Ustavni sud. On se stara o tome da negativne tendencije i deformacije koje mogu nastati u društvu i koje prete ustavnom poretku budu eliminisane, a njihove posledice otklonjene. Ovaj proces u prvom redu zavisi od oblika i težine povreda ustava i zakona. Pojava protivustavnosti može se javiti u najrazličitijim oblicima:

1. **Formalna povreda ustava.** Ta povreda ustava dešava se najčešće od strane zakonodavne vlasti. Ustav predstavlja osnov za njeno delovanje i u njemu su predviđeni propisi i procedure po kojima se zakoni donose. Zakonodavna vlast mora da pazi da kroz svoju normativnu aktivnost ne krši odredbe ustava. Ukoliko se zakonodavne aktivnosti vrše mimo pravila predviđenih u ustavu dolazi do njegove povrede. Ovaj vid povrede ustava se u teoriji smatra izuzetno teškim, jer je izvršena baš od strane zakonodavne vlasti. U Ustavu Makedonije je detaljno propisana procedura oko donošenja zakona, kao i granice nadležnosti zakonodavne vlasti. U tom pogledu Ustav je

dao precizan okvir u kome mogu da se kreću aktivnosti zakonodavne vlasti. Sve što bi izašlo van tog okvira bilo bi povreda Ustava. U delu koji se odnosi na propisanu proceduru, važno je pomenuti da kada zakonodavno telo donese zakon u postupku koji nije u skladu sa propisanim procedurama, ono je donelo formalno protivustavan zakon. Međutim, neki pravni teoretičari, a posebno Kelzen kao jedan od utemeljivača teorije sudske kontrole ustavnosti, tvrde da, ukoliko se radi o manjoj povredi postupka, zakon ne treba oglasiti protivustavanim², dok ukoliko se radi o bitnim i teškim povredama u proceduri donošenja zakona³, on je protivustavan. Kelzen takođe stoji na stanovištu da o svakoj formalnoj povredi ustava Ustavni sud mora da odlučuje pojedinačno, jer se ustavom ne mogu unapred propisati bitni nedostaci u proceduri⁴.

2. **Nenadležnost organa za donošenja akta.** Ova povreda ustava najčešće se javlja kada zakonodavni ili drugi nadležan organ donose zakone ili druge opšte pravne akte, koje prema ustavu nisu nadležni da donose, te time normativno regulišu materiju koja je

² Hans Kelzen, Opšta teorija države i prava, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951. g. str. 158.

³ Na isto stanovištu je i Gašo Mijanović koji u svom radu „Kontrola ustavnosti zakona“, na strani 217 kaže: evolucija ustavne prakse dovela je do znatne tolerancije sitnih grešaka u načinu donošenja zakona, tako da se danas zakoni oglašuju protivustavnim samo za krupnije i grubije greške u proceduri njihovog donošenja“.

⁴ Kada govorimo o formalnoj povredi Ustava, u Republici Makedoniji se u 2008. godini desio jedan izuzetno zanimljiv slučaj. Naime, u toj godini opozicija nije prisustvovala par meseci radu Parlamenta zbog nesaglasnosti oko donošenja novog poslovnika o radu Parlamenta. Vladajuća koalicija koju je predvodila najveća politička stranka, VMRO-DPMNE, donela je u hitnom postupku za mesec dana 168 zakona (mahom novih ili izmena i dopuna postojećih). Prema Poslovniku, Glava 9 član 167, 168, 169, u hitnom postupku se mogu donositi samo zakoni kada je ugrožena bezbednost Republike, u slučaju prirodnih nepogoda i epidemija, proglašenog vanrednog stanja u Republici kao i radi sprečavanja većih ekonomskih poremećaja u privredi. Naravno, nijedan od ovih razloga nije bio opravdan i zakoni su morali biti doneti u odgovarajućem postupku propisanom Poslovnikom Parlamenta. Tada je ovaj set zakona bio je osporen pred Ustavnim sudom, međutim, do razrešenja nije došlo jer je podnosilac predstavke u međuvremena preminuo. Predsednik Parlamenta se kasnije izvinuo celokupnoj Makedonskoj javnosti i priznao krivicu da su zakoni doneti mimo odgovarajuće procedure. Većina tih zakona su i danas na snazi, i kao posledica neadekvatnog postupka njihovog donošenja mnogi od ovih zakona kasnije nisu prošli filter materijalne kontrole ustavnosti.

van njihove nadležnosti. Samim tim oni prekoračuju svoja ustavom predviđena ovlašćenja⁵.

3. **Materijalna povreda ustava.** Ova je povreda ustava po svom obliku najteža jer se kod nje sadržina teksta zakona ne poklapa sa sadržinom teksta ustava. Zakonodavni organ, iako nadležan da donosi zakone, pri njihovom donošenju nije prepušten sopstvenoj volji, već je ograničen ustavom. Iako su zakoni i ostali pravni akti koje donosi parlament osnov pravnog poretka, on je potčinjen jednom višem poretku, a to je ustavni poredak. Zato se zakonom, koji svojim odredbama protivreči ustavu, najgrublje krši načelo ustavnosti⁶. Takođe, osim parlamenta ova povreda može biti učinjena i od strane drugih državnih organa koji, donoseći različite opšte pravne akte ili drugom svojom delatnošću, mogu da prekrše Ustav. Zato je Ustavni sud dužan da, kad god se Ustav prekrši, energično interveniše i te povrede eliminiše kako bi se eliminisala protivustavnost u svim oblicima u kojima se javlja. Ova povreda

⁵ U Republici Makedoniji aktualan primer nenadležnosti ustavno predviđenog organa u delu kršenje Ustava time što je doneo pravilnik i regulisao materiju koja nije bila u njegovog domena je **Sudski Savet**. Naime, Sudski savet je 2007. i 2009. godine doneo Pravilnik o disciplinskoj odgovornosti sudija i Pravilnik o postupku za utvrđivanje nestručno i nesavesnog obavljanja sudske funkcije. U njima je detaljno regulisan postupak u kome se sudije razrešavaju dužnosti i način na koji se dokazi skupljaju. Ove su pravilnici dati na ispitivanje njihove ustavnosti i zakonitosti Ustavnom sud jer je podnosilac smatrao da je Sudski savet, donoseći ih i propisujući odredbe koje se nalaze u njima, grubo povredio Ustav jer se upustio u uređivanje materije koja se ne sme urediti pravilnikom već zakonom, I pri tom sam propisao većinu potrebnu za donošenje punovažne odluke. Ustavni sud se izjasnio da su osporene odredbe u pravilnicima protivustavne jer, kako Sud kaže: „[u]ređivanje postupka za razrešivanje sudija može jedino biti uređeno zakonom, ali ne i pravilnicima koje donosi Sudski savet, jer tim on izlazi van svojih ustavnih nadležnosti [...]. [O]vim pravilnicima Sudski savet omogućava da sudije budu razrešeni dužnosti na osnovu pravila i principa koji nisu utvrđeni zakonom, već pravilnicima koje donosi samostalni i nezavisni organ sudstva, iako je **njegova osnovna funkcija obezbeđivanje i garantovanje sudske samostalnosti i nezavisnosti, a ne donošenje propisa** kojima se van ustava i zakona nameće prestanak sudske funkcije [...]" (odluka Ustavnog Suda Republike Makedonije U.br.56/2010-0-1).

⁶ Ivo Borković, „Ustavnosudska kontrola općenormativnih akata uprave", Dok. diss, Split, Zagreb, 1965. str. 20.

ustava je danas najrasprostranjenija i, među predmetima koji su pred ustavnim sudom, veći deo se odnosi na materijalne povrede ustava⁷.

2. Kontrola ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata u Republici Makedoniji

Republika Makedonija donela je svoj poslednji Ustav 1991. godine i do danas na njemu amandmansi intervenisala čak 31 put. Taj Ustav je donet posle raspada bivše Jugoslavije. Makedonski parlament ga je usvojio 17. novembra 1991. godine. Moramo pomenuti da Makedonija kao nekadašnja članica Federacije Jugoslavije, a kasnije i kao samostalna država, ima ustavno-sudski kontinuitet već 47 godina. Njegov početak je bio davne 1963. godine, kada je u tadašnjem ustavu SFRJ prvi put jedna socijalistička zemlja uvela ustavno sudstvo, pa danas, po bogatoj sudskoj praksi koju je doneo u ovoj oblasti, Ustavni sud Makedonije stoji rame uz rame sa ostalim zapadnoevropskim ustavnim sudovima. U Ustavu od 1991. godine jedna od temeljnih vrednosti je i podela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku⁸. U toj trodeobi, Ustav ne svrstava Ustavni sud ni u jednu od tri državne vlasti, već mu daje posebno mesto u Glavi 4 (član 108 - 113) Ustava. Razmatrajući ovo ustavno rešenje treba imati u vidu da je Ustavni sud specifičan organ vlasti koji je strukturno i funkcionalno odvojen od tri grane vlasti. No, ono što ga naročito odvaja od ostalih grana vlasti je to što Ustavni sud vrši kontrolu nad tim drugim granama vlasti, tj. ustavni sud kontroliše rad sve tri grane vlasti kontrolišući akte koje oni donose. Ustavni sud je zasebno telo visoke pravne stručnosti i autoriteta čija je osnovna nadležnost ocena ustavnosti i zakonitosti. Prema tome, može se reći da je Ustavni sud četvrta vlast ili međuvlast koja kontroliše sve ostale grane vlasti putem ocene ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata koje one donose⁹. Ovako postavljen, Ustavni sud Republike Makedonije ima određene nadležnosti koje su propisane u samom Ustavu, a kao jedna od ključnih je kontrola ustavnosti zakona i ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata, preko koje Ustavni sud štiti i kontroliše ustavnost

⁷ Ukoliko pogledamo godišnje izveštaje Ustavnog suda Makedonije za perioda od 2005-2008 godine, videćemo da se preko 300 predmeta od ukupno 713 odnosilo samo na materijalnu povredu ustavnosti.

⁸ Član 8 stav 1 alineja 4.

⁹ Jadranko Crnčić, „Ustavna Tužba“, Dok. dis., str.

pravnog poretka, dakle, štiti svojstvo Ustava kao najvišeg pravnog akta u pravnom poretku Makedonije. Primjenjujući metod pozitivne enumeracije i metod taksativnog nabiranja, u članu 110 Ustava određene su njegove nadležnosti i to:

- ocenjuje saglasnost zakona sa Ustavom,
- ocenjuje saglasnost drugih propisa i kolektivnih ugovora sa Ustavom i zakonom,
- štiti slobode i prava čoveka i građanina,
- rešava sukob nadležnosti između nosioca zakonodavne, izvršne i sudske vlasti,
- rešava sukob nadležnosti između organa centralne vlasti i jedinica lokalne samouprave,
- odlučuje o odgovornosti Predsednika Republike,
- odlučuje o ustavnosti programa i statuta političkih stranaka i udruženja građana i,
- odlučuje o drugim pitanjima utvrđenim u Ustavu.

S obzirom na gorenavedene nadležnosti Ustavnog suda možemo zaključiti da ustavotvorac kroz datu odredbu daje jedan sveobuhvatan prikaz njegovih nadležnosti, ali i da tom seobuhvatnošću ustavotvorac preširoko normativno uređuje njegove nadležnosti. Na primer, u alineji 1 i 2 ove odredbe, ustavotvorac propisuje da Ustavni sud ocenjuje ustavnost zakona i usklađenost drugih propisa sa Ustavom. Ustavotvorac istovremeno propušta da precizno odredi da li i zakoni koji su doneti na referendumu, potom Ustavni zakon za sprovođenje ustava, autentično tumačenje zakona, ustavni amandmani, kao i međunarodni ugovori koji su ratifikovani u formi zakona, podležu oceni ustavnosti i zakonitosti. Isto tako nije precizirao šta se podrazumeva pod opštim pravnim aktima. Da li među njih spadaju uredbe, ukazi, odluke, pravilnici, naredbe, uputstva, poslovnici i zaključci. Ovaj problem nedefinisanosti opštih pravnih akata koji mogu biti predmet kontrole ustavnosti i zakonitosti je izrazit po tome što Ustavni sud zbog neodređenosti ustavne odredbe može sam da odlučuje koji akti mogu biti predmet ustavnosudske kontrole¹⁰. Ustavni sud Makedonije je mnogo puta zloupotrebio tu svoju poziciju. Prema članu 68, stav 2 Ustava Republike Makedonije, Parlament

¹⁰ Ustavni sud je ograničen jedino Ustavom jer nema zakona o Ustavnom sudu. Poslovníkom o radu Ustavnog suda uređuju se samo pitanja organizacije postupka, i način rada same institucije.

Republike za obavljanje stvari iz svog delokruga donosi: odluke, deklaracije, rezolucije, preporuke i zaključke. 1996. godine sakupljeno je 150 000 potpisa građana za referendum o pitanju koje je bilo formulirano na sledeći način: „Da li ste za prevremene izbore za poslanike u Parlamentu Republike Makedonije, koji bi bili održani krajem 1996. godine?“. Podnosioci inicijative uspeali su da u zakonskom roku sakupe predviđenih 150 000 potpisa, međutim, kada je predlog došao u Parlament, većina poslanika se izjasnila protiv održavanja referenduma. Tada je Parlament u svom Zaključku rekao da ne postoji ustavna osnova za raspisivanje referenduma za prevremene izbore. Građani koji su sakupljali potpise za održavanje referenduma su Ustavnom sudu podneli inicijativu za ocenu ustavnosti i zakonitosti ovog Zaključka. Ustavni sud je posle razmatranja inicijative doneo odluku u kojoj kaže da nije nadležan da pokrene postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti jer se ne radi o **opštem pravnom aktu**. Ustavni sud u svom obrazloženju navodi da priroda ovog pravnog akta nije precizno određena, pa shodno tome, osvrćući se na Poslovnik o radu Parlamenta, zaključio da se Zaključci ne tretiraju kao opšti pravni akti već kao akti koji se donose kako bi se uredila konkretna pitanja¹¹ i da on ne poseduje karakteristike jednog opšteg pravnog propisa¹², pa se zato Ustavni sud o njemu ne može ni izjasniti¹³. Na osnovu gorenavedenog možemo zaključiti da je potrebno detaljnije pravno regulisanje opštih pravnih akata koji podležu oceni ustavnosti i zakonitosti. **U tom smislu ide i stav Ustavnog suda u gorenavedenom rešenju da priroda opštih pravnih akta u Ustavu nije precizno određena.**

¹¹ Ustavni sud osvrće se na zaključke koji su navedeni u Poslovniku o rada Parlamenta, i nalazi da u toj odredbi nema ništa sporno, no, pitanje je da li možemo poistovetiti zaključke koji se donose prema Poslovniku Parlamenta i one koji su navedeni u čl. 68 stav 2 Ustava. Naravno da ne, jer ovi drugi spadaju u opšte pravne akte koji se odnose na deo stanovništva i donosi ih Parlament na plenarnoj sednici, a imajući u vidu suštinu rada zakonodavnog organa, ne donose se na plenarnoj sednici zaključci koji se odnose samo na konkretan spor ili konkretnu ličnost.

¹² Međutim, Ustavni sud u svom obrazloženju ne objašnjava šta podrazumeva pod opštim pravnim aktom. Suprotno tome možemo se poslužiti mišljenjem Ustavnog suda Hrvatske koji ga definiše u odluci U-II-976/1994: „osporeni propis nema pravnu narav propisa: ne uređuje odnose na općeniti (apstraktan) način, ne primenjuje se na širi krug adresanata i nema općeobavezni karakter. Nema dakle pravne karakteristike propisa.“

¹³ Detaljnije o rešenju Ustavnog Suda U.br.150-1996-1-0, pogledajte na sajtu Ustavnog suda <http://www.ustavensud.mk/domino/WEBSUD.nsf>

Takođe, ako pogledamo član 110 videćemo da iz pomenutih odredbi proizilazi samo ustavnosudska kontrola *a posteriori*, a nigde nije predviđena ustavnosudska kontrola *a priori*. Ustavni sud, u skladu sa Ustavom, u svojoj dugogodišnjoj istoriji nikad nije postupao *a priori*. U članu 67, stav 3 Zakona o referendumu i drugim oblicima neposrednog izražavanja građana (Sl. Vesnik br. 81, 2005.) predviđeno je da Predsednik Parlamenta po dobijanju predloga za pokretanje građanske inicijative, može da zatraži od Ustavnog suda u rok od 15 dana da se izjasni da li je građanska inicijativa u skladu sa Ustavom i zakonom. Ovo je klasičan primer zakonodavnog uređivanja i davanja novih nadležnosti Ustavnom sudu. Iako Ustavni sud nema ustavnu mogućnost da sudi *a priori*, i može da ocenjuje samo opšte pravne akte, u ovom slučaju nije jasno šta se podrazumeva pod opštim pravnim aktom, odnosno da li je to sama inicijativa ili je to predlog za pokretanje inicijative koja se dostavlja Parlamentu. Takođe, ovo pitanje se ne može svrstati ni pod alineju 8 člana 110 Ustava u kojoj stoji da Ustavni sud odlučuje o drugim pitanjima utvrđenim u Ustavu, jer ono nije Ustavom regulisano. Drugi interesantan podatak je da se ovim zakonom uređuje i vreme trajanje celog postupka, pa se shodno stavu 3 člana 67 ovim zakonom nalaže Ustavnom sudu da razmotri dato pitanje u roku od 15 dana. Ovo je jedan od primera flagrantnog kršenja Ustava, jer da je to bilo neophodno, ustavotvorac bi predvideo ovu nadležnost *a priori*, kao i način za njeno sprovođenje i u kojim slučajevima je primenjiva.

Druga specifičnost Ustavnog suda Republike Makedonije je i to što je u Ustavu predviđen samo apstraktni spor, a ne i konkretni, jer se pred Ustavnim sudom osporava norma kao takva a ne njena primena u konkretnom slučaju. Međutim, Zakonom o sudovima¹⁴ se kao izuzetak predviđa i konkretni spor. Shodno ovom Zakonu, kada sudija smatra da zakon koji treba primeniti u konkretnom sporu nije u saglasnosti sa Ustavom, spor može rešiti direktnom primenom odredaba Ustava, a ukoliko i to nije moguće on prekida postupak, i zakon ili odredbu zakona šalje na ocenivanje pred Ustavnim sudom, a postupak se prekida do donošenja mišljenja Ustavnog suda. Protiv odluke redovnog suda nezadovoljna stranka ima pravo žalbe. Postupanje u ovom postupku je hitno. Takođe, ovaj zakon omogućava redovnim sudijama da u postupku rešavanja o konkretnim sporovima oglašavaju

¹⁴ Služben Vesnik br.58/06.

zakone neustavnim, primenjujući direktno Ustav¹⁵. Ovo zakonsko rešenje je sporno i, po mom mišljenju, protivno Ustavu jer se u njemu kaže da sudija može da ne primeni zakon ako smatra da je u suprotnosti sa Ustavom ili međunarodnim ugovorom i da se ta ustavna odredba ili međunarodni ugovor u datom slučaju mogu direktno primeniti. Ovo, tvrdim, ne bi predstavljalo nikakav problem ako imamo u vidu da, saglasno članu 118 Ustava, međunarodni ugovori imaju veću snagu od zakona i ne mogu se menjati zakonom, no ono šta je sporno je to što, da se pozovem na Hansa Kelzena, u sistemima u kojim je već uspostavljen centralizovani sistem kontrole ustavnosti, nije dopustivo da sudije same odlučuju da li je jedan zakon ili pravni akt u saglasnosti sa Ustavom, već je za to pitanje nadležan jedino Ustavni sud. Ovakav način odlučivanja karakterističan je za decentralizovane sisteme kontrole ustavnosti. Takođe, Kelzen smatra da ukoliko se svim sudijama redovnih sudova dopusti da ocenjuju ili neprimenjuju zakone onda bi nastao pravni haos i pravna nesigurnost¹⁶. Drugo sporno pitanje je da li zakonodavac može zakonom o sudovima da uređuje pitanje u kojim slučajevima sudije mogu da se obrate Ustavnom sudu. To bi moralo biti uređeno Zakonom o Ustavnom sudu jer se jedino u njemu može i sme uređivati pitanje ko ima pravo da pokrene ustavnosudski postupak. Urediti ovo pitanje Zakonom o sudovima koji je *lex generalis* za sudsku vlast, a pri tom imati u vidu da Ustavni sud nije najviši redovni sud već državni organ *erga omnes*, je sasvim pogrešno rešenje. U ovom slučaju nije sporno da li je dozvoljena konkretna kontrola ustavnosti zakona jer, prema rečima D. Feldman, najveća je zablude da se dva oblika kontrole mogu teoretski razgraničiti¹⁷. Posmatrajući komparativna iskustva, primetićemo da se ova pitanja uređuju u zakonima o ustavnim sudovima. Primera radi, u Republici Sloveniji ona su regulisana Zakonom o Ustavnom sudu (član 23, stav 1), u Hrvatskoj, je to takođe uređeno u Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu (član 36, stav 1), pa bi bilo logično da su ove odredbe u Republici Makedoniji uređene zakonom ovakve sadržine. No, Makedonija nema Zakon o ustavnom sudu, već samo Poslovnik, a na njemu

¹⁵ Svetomir Skarić, „Ustavno Pravo“, Matica, 2004. str. 696.

¹⁶ Hans Kelzen, „Opšta teorija države i prava“.

¹⁷ Više u Olivera Vučić, Vladan Petrov, Darko Simović, „Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika“, Beograd, 2010. str. 124.

zakonodavna vlast ne može da interveniše, te se iznedrilo rešenje koje je potpuno neispravno. No, ono što još više zabrinjava od neustavnosti datih zakonskih odredbi je pasivnost Ustavnog suda. Shodno članu 5 Poslovnika Ustavnog suda Republike Makedonije, svako može da pokrene pred Ustavnim sudom inicijativu za ocenu ustavnosti i zakonitosti, pa i sam Ustavni sud. Još alarmantnije je to što se ovo zakonsko rešenje provlači od 1995. godine pa do danas, kada svoje mesto nalazi i u novom Zakonu o sudovima iz 2006. godine, u čijem članu 18 je ovo rešenje praktično preslikano. S obzirom na ovo postavlja se pitanje da li ustavne sudije dobijaju konkurenciju u redovnim sudijama, i da li sudije Ustavnog suda to prećutno odobravaju ?

Šta se tiče međunarodnih ugovora, ako detaljnije analiziramo ponašanje Ustavnog suda po ovom pitanju, uočićemo mnogo nedoslednosti i kontradiktornosti, naići na različita tumačenja Ustava, kao i na podatak da se različita tumačenja Ustava često mogu pripisati istom sastavu veća Ustavnog suda. Ako analiziramo član 110 Ustava, primetićemo da u njoj postoji odredba u kojoj izričito piše da je Ustavni sud nadležan za ocenjivanje međunarodnih ugovora ratifikovanih saglasno Ustavu Republike Makedonije. No, ono što možemo zaključiti na osnovu teksta Ustava je to da Ustavni Sud ocenjuje ustavnost zakona, a imajući u vidu da se međunarodni ugovori ratifikuju u formi zakona, onda je logična posledica da je sud nadležan i za ocenjivanje međunarodnih ugovora. Prema članu 51, stav 1 Ustava, svi zakoni moraju biti u skladu sa Ustavom, a ostali pravni akti sa Ustavom i zakonom. Prema članu 108, Ustavni sud je državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost, pa iz toga proizilazi da je on nadležan da ocenjuje ustavnost međunarodnih ugovora koji su ratifikovani u skladu sa Ustavom. Pa ipak, postavlja se pitanje šta će se desiti ako se ratifikuje neki međunarodni ugovor koji je protivan Ustavu, odnosno da li on može kao takav da opstane u pravnom poretku. Pre nego što krenemo sa razmatranjem ovog pitanja reći ćemo nešto i o tome kakav položaj imaju međunarodni ugovori u drugim evropskim državama. Većina evropskih država se drži načela suprematije Ustava u odnosu na međunarodne ugovore koji su deo unutrašnjeg pravnog poretka, premda svaka zemlja Ustavom određuje položaj međunarodnih ugovora u domaćem pravnom sistemu. Ovde se uglavnom nailazi na tri rešenja. **Prema prvom** rešenju međunarodni ugovori nalaze se na vrhu hijerarhije pravnih akata i imaju najveću

pravnu snagu¹⁸. **Prema drugom** rešenju međunarodni ugovori imaju manju pravnu snagu od ustava, ali se nalaze iznad zakona koje donosi parlament¹⁹. **Prema trećem** rešenju međunarodni ugovori imaju istu pravnu snagu kao zakoni. Takođe, treba obratiti pažnju i na *a priori* i *a posteriori* ocenjivanje ustavnosti. Prvi model poznaju Ustavi Francuske i Slovenije, i u njemu se pre momenta ratifikacije ugovori mogu uputiti na ocenjivanje ustavnom sudu koji ispituje da li je neka odredba u suprotnosti sa ustavom. Ukoliko se utvrdi postojanje neusaglašenosti, prvo se pristupa promeni ustava koji je u nesaglasnosti sa međunarodnim ugovorom, pa se zatim taj ugovor ratifikuje. U slučaju ocene ustavnosti koja se obavlja *a posteriori*, prvo sledi čin ratifikacije a zatim dati ugovor može biti upućen ustavnom sudu na ocenjivanje ustavnosti²⁰.

Prema Ustavu Republike Makedonije, međunarodni ugovori ratifikuju se u formi zakona²¹. Shodno njegovim odredbama, dat je primat međunarodnom pravu, naročito u njegovom članu 118 u kom se kaže da su „međunarodni ugovori koji su ratifikovani u saglasnosti sa Ustavom [...] deo unutrašnjeg pravnog poretka i ne mogu se menjati zakonom“. Takođe, u članu 8 je kao temeljna vrednost ustavnopravnog poretka Makedonije predviđeno i poštovanje opšteprihvaćenih normi međunarodnog pravnog poretka. No, ako imamo u vidu da se ovi ugovori ratifikuju u formi zakona, a zakon mora da bude u saglasnost sa Ustavom²², onda se postavlja logično pitanje kako sprovesti ovaj proces. Naime, trebalo bi da se pre usvajanja nekog međunarodnog ugovora detaljnije ispita da li on je u skladu sa Ustavom, te ako nije, da se Ustav u tom delu promeni, pa da se nakon toga taj međunarodni ugovor ratifikuje. No, ukoliko to nije slučaj, svaki međunarodni ugovor koji je ratifikovan saglasno Ustavu treba podvrći kontroli ustavnosti. Međutim, ni ovo pitanje nije precizno regulisano u članu 110 Ustava i iz ovog člana ne proizilazi izričita nadležnost Ustavnog suda da ocenjuje saglasnost ratifikovanog

¹⁸ U poređenju sa članom 91 Ustava Holandije shodno kome kada parlament sa 2/3 većinom ratifikuje međunarodni ugovor koji je u suprotnosti sa Ustavom on praktično postaje norma ustavnog ranga.

¹⁹ Takvo rešenje primenjuje se u Ustavima Francuske od 1958, Španije od 1987, Rusije od 1993. i Slovenije.

²⁰ Ovaj način ocenjivanja ustavnosti je primenjen u Ustavima Nemačke, Poljske, Gruzije, Češke, Mađarske i dr.

²¹ Čl. 68 Ustava Republike Makedonije.

²² Čl. 51 Ustava Republike Makedonije.

međunarodnog ugovora sa Ustavom. Ovakva neodređenost norme dala je Ustavnom sudu pravo da shodno svojoj volji tumači da li je nadležan da ocenjuje usklađenost međunarodnih ugovora sa Ustavom. Tako je Ustavni sud 1996. godine u rešenju U.br.230-1996 rekao da, „Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona sa Ustavom, ali ne i o saglasnosti međunarodnih ugovora sa Ustavom“. Sud je dalje rekao da „proveru usaglašenosti međunarodnih ugovora sa Ustavom vrši Parlament Republike Makedonije u postupku ratifikacije međunarodnog ugovora, nakon koga on postaje deo unutrašnjeg pravnog poretka i samim tim direktno izvršiv“. Ovaj pravni stav Ustavni sud je potvrdio 2000. godine u rešenju U.br. 178/2000. Međutim, dve godine kasnije, 2002. godine Ustavni sud donosi odluku (U.br. 140/2001) u kojoj kaže da je nadležan da ocenjuje formalnu i materijalnu stranu Zakona o ratifikaciji međunarodnih ugovora, da bi se 2005. godine, razmatrajući ovo pitanje u istom sastavu, vratio na prvobitni stav da nije nadležan da ocenjuje ustavnost međunarodnih ugovora ratifikovanih saglasno sa Ustavom²³. Shodno stavovima Ustavnog suda, međunarodni ugovori ne podležu ocenivanju ustavnosti od strane Ustavnog suda, pa iako su protivni slovu Ustava oni mogu ostati u pravnom poretku i u određenim situacijama čak biti i primenjeni. Ovim se grubo vređa načelo ustavnosti i to od strane samog Ustavnog suda. Za razliku od Ustavnog suda Makedonije koji se boji da preuzme što više nadležnosti i bude jedan od utemeljitelja pravnog poretka, kako to čine ustavni sudovi zemalja jugoistočne Evrope, on i u već utvrđenim nadležnostima koje ima postupa sa rezervom i u grču. Zato on nije uspeo da zauzme mesto koje mu po Ustavu pripada.

Da bi se neujednačenost stavova Ustavnog suda otklonila, potrebno je da dođe do izmena sadašnjeg Ustava, i da se Ustavnom sudu da nova nadležnost, a to je da ima pravo da ocenjuje ustavnost međunarodnih ugovora. Jer, postojeće ustavno rešenje je neprecizno i ostavlja mogućnost različitih pravnih interpretacija u zavisnosti od sastava Ustavnog suda, a ponekad i u istom sastavu.

²³ Za ovo sudija Ustavnog suda, Igor Spirovski, kaže sledeće: „Teško je reći da se jurisprudencija suda karakteriše konzistentnim stavovima, iako se kvantitativno može steći takav utisak. Može se primetiti da u određenim trenucima Sud ide preko granice koji je sam postavio, da bi se zatim ponovo vratio na nju, što jasno ukazuje da Sud još traži svoju pravu ulogu“. – Sudska Revija, br. 1/2002. godina 8, str. 121-122.

Umesto zaključka

Kontrola ustavnosti i zakonitosti je jedna od osnovnih nadležnosti Ustavnog suda. Najveći broj predmeta koje sud dobije tokom godine odnose se na ovaj vid sudske aktivnosti. Neophodno je ovu materiju precizno urediti jer je od krucijalnog značaja za ceo ustavni poredak. Možemo primetiti da je u Republici Makedoniji predviđena ovakva nadležnost njenog Ustavnog suda ali nije precizirano šta sve može biti predmet ustavnosudske kontrole ustavnosti i zakonitosti. Kroz analizu prakse Ustavnog suda videli smo da ovaj sud u veoma sličnim situacijama postupa različito, pa se postavlja pitanje da li je ovakvo rešenje dobro rešenje. Treba jasno naglasiti da je Ustavni sud jedini koji može da ocenjuje ustavnost zakona i opštih pravnih akata, da u slučaju konkretnog spora sudije redovnih sudova treba da se obrate Ustavnom sudu a ne da same vrše oglašavanje zakona neustavnim i da je neophodno izričito predvideti nadležnost Ustavnog suda da ocenjuje ustavnost međunarodnih ugovora. Zato je potrebno pristupiti promeni Ustava i preciznije normiranje njegove nadležnosti no, takođe, treba doneti i zakon o ustavnom sudu kojim bi se opšte pravne norme detaljnije uredile. Treba podsetiti da je Republika Makedonija jedna od retkih država koja ima centralizovani sistem ustavnog sudstva a nema zakon o Ustavnom sudu već je ova materija uređena Poslovníkom. Tako ga to čini, bar u normativnom pogledu, jednim od najačih ustavnih sudova u Evropi, no to je tako samo na papiru. Treba se krajnje ozbiljno posvetiti ovom problemu, i u najskorije vreme rešiti data pitanja. Time bi se doprinelo pravilnijem funkcionisanju ustavnog poretka i unapređenju ustavne demokratije u Makedoniji.

Literatura :

1. Jadranko Crnčić, „Ustavna Tužba“, Dok. Diss., Z agreb, 1999. g.
2. Jadranko Crnčić, „Komentar ustavnog zakona o ustavnom sudu“, Zagreb, 2002. g.
3. Ratko Marković, „Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata“, Beograd, 1973. g.
4. Olivera Vučić i dr., „Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika“, Beograd, 2010. g.
5. Renata Treneska Deskoska, „Konstitucionalizamot i čovekovite prava“, Skopje, 2006. g.

6. Igor Spirovski, „Sudska kontrola na aktite na nadvorednata politika: ulogata na ustavnite sudovi“, Sudska Revija br. 1, 2002. g.
7. Denis Prešova, „Reforma na ustavniot sud ili reforma na svesta?“ u: Reforma na instituciite i nejzinoto značenje za razvojot na Republika Makedonija, MANU kniga, 5, 2009. g.
8. Ivo Borković, „Ustavnosudska kontrola općenormativnih akata“, Dok. Diss., Split, Zagreb, 1965. g.
9. Bosa Nenadić, „Kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora“, Informator br. 11, 2009. g.
10. Svetomir Škarić, „Ustavno Pravo“, Matica, Skopje, 2004. g.
11. Gašo Mijanović, „Kontrola ustavnosti zakona“, Dok. Diss., Sarajevo, 1963. g.
12. Hans Kelzen, „Opšta teorija države i prava“, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1951. g.
13. Ustav Republike Makedonije, Služben Vesnik br. 52, 1991. g.
14. Delovnik na Ustavniot sud na Republika Makedonija, Služben Vesnik br. 394, 1992. g.
15. Zakon za sudovi, Služben Vesnik br. 58, 2006. g.
16. www.ssrn.mk
17. www.ustavensud.mk

NORMATIVE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY AND LEGALITY OF THE LEGAL ACTS IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Judicial review of legal acts is one of the main competences of the constitutional courts. By protecting the constitution, the constitutional courts are protecting the constitutional order. In theory, there are three possible violations of the constitution: formal, material and violation through an act adopted by an organ outside of its competences. The first one occurs when a law is passed in Parliament in a way that violates the prescribed procedure. The material violation happens when essence of the law is inconsistent with the constitution. The last one is when law or statute is brought by an organ which does not have the authority to do it. In the Republic of Macedonia, under Article 110 of the Constitution, the Constitutional Court is appointed to conduct judicial review of the acts and statutes. This provision also deals with the issues related to the concrete and abstract review of the laws, a posteriori and a priori rulings and with the reviewing of the international agreements which are ratified by the Parliament. Also, the author in this text refers to the jurisprudence of the Constitutional Court of Macedonia, its arbitrariness as a result of nonexistence of the constitutional limitations. The mandate of the Constitutional Court is regulated only by the constitutional provisions since there is no law that regulates the position and mandate of the Constitutional Court. This makes the Macedonian Constitutional Court one of the most powerful institutions of this kind in the world, but that is only on paper.

Key words: Constitutional courts, legality, legal acts, control, Macedonia

Luka Breneselović
Institut za uporedno pravo
Beograd

Originalni naučni rad
UDK 343.241

MATERIJALNA KLASIFIKACIJA KRIVIČNIH SANKCIJA

kao osnov pravnog poređenja u krivičnom pravu

Svaka krivična sankcija je, bez obzira kako je naziva zakonodavac, po svojoj prirodi ili pertenciona (alokuciona) ili bezbednosno-terapijska mera. Najtipičnija pertenciona mera je kazna, ali u pertencione mere spadaju i paragrafi kao i razni oblici umira. Svim pertencionim merama je zajedničko da se obraćaju krivcu kao osobi i da utiču na njega tako da više ne vrši krivična dela zato što neće, iako možda želi. U bezbednosno-terapijske mere spadaju različite sankcije kod kojih je manje ili više prisutan bezbednosan ili terapijski momenat. Takva klasifikacija reafirmiše ideju dvostrukog koloseka. O trećem koloseku se diskutuje, ali za njega u dobroj klasifikaciji mesta nema.

Ključne reči: *krivične sankcije (klasifikacija) – svrha kazne – mere bezbednosti – dvostruki kolosek (krivično pravo) – treći kolosek (krivično pravo) – pravno poređenje.*

U našem Krivičnom zakoniku krivične sankcije nisu jednostavno pobrojane već je izvršena njihova klasifikacija. Zakonodavac razlikuje »kazne«, »mere upozorenja« i »mere bezbednosti«. Klasifikacija te vrste može biti koliko i krivičnih zakona. No, nevezano za klasifikaciju zakonodavca krivične sankcije je moguće svrstati u određene grupe *prema njihovoj prirodi*. Zakonodavac se pri klasifikaciji često vodi željom da olakša primenu propisa. U tom nastojanju on – ponekad opravdano – siluje prirodu stvari, stvara veštačke podele i razgraničenja. Šta ne zna gde da smesti, jednostavno smesti *negde*. Nevezano od nomotehničke akribije zakonodavca, stvarna priroda sankcija koju oblikuje njihov

mehanizam dejstva i izvršenja uvek nastavlja netaknuta da postoji mimo svih zakonskih deklaracija.

Bilo kakvo pravno poređenje, bilo da je vođeno pravnom znatiželjom ili željom da se iz tuđeg pravnog poretka pridobije korist za sopstveni, moguće je samo ako se prevaziđe stanje u kome svako naziva pojmove onako kako ih je nazvao njegov zakonodavac. To važi i za sravnjivanje krivičnih sankcija iz različitih pravnih sistema.

Materijalno se sve krivične sankcije, bez obzira na mesto i naziv koji im se daje u zakonima, mogu podeliti na pertencione (»alokucione«) mere sa jedne i bezbednosno-terapijske mere sa druge strane. Takva klasifikacija je konkretizacija kriminalnopolitičke koncepcije (ideje) dva (»dvostrukog«) koloseka. Koloseci su opšti imenitelji za dva pomenuta tipa krivičnih sankcija.

I. Pertencione mere

1. Kazne kao tipične pertencione mere

Kazna je i istorijski, i tipološki i uporedno *tipična* krivična sankcija. Upravo zbog toga se u nekim zemljama (Hrvatska, Nemačka) krivično pravo i naziva *kaznenim pravom*. Da su »kazneno pravo« i »krivično pravo« ipak različiti izrazi često se previđa. Tako na primer potpuno je na mestu govoriti o *kaznenom pravu* u subjektivnom smislu jer je to konkretno pravo da se *kazni*, ali je besmisleno govoriti o krivičnom pravu u subjektivnom smislu. Isto tako, sasvim je logično razmišljati o mogućnostima da se kazne pravna lica (tržišnim prikraćivanjima i novčano pre svega), ali je moguće manje opravdano kriviti ih za nešto, jer je prema mnogim koncepcijama krivica samo ljudska. Zato je sigurno ispravno da se tamo gde se koristi izrazi »kazneno pravo« i »kaznena odgovornost« govori i o kaznenoj odgovornosti pravnih lica, dok je krivična odgovornost pravnih lica upitna pojmovna konstrukcija. Kazna je brend među krivičnopravnim pojmovima. Zato ne čudi da se prvi kolosek krivičnopravne reakcije obično poistovećuje sa kaznama. Različite krivične sankcije se prema svojoj svrsi mogu presvrstati u mere koje realizuju ideju (svrhu) prvog koloseka i mere koje realizuju ideju drugog koloseka. Kazna deli svoju svrhu sa još nekim merama (sankcijama), pa ne može biti reči o tome da se čitav prvi kolosek bazira na kaznama. Kako je svrha svih mera određena prema koloseku i ista za sve mere sa jednog koloseka, odredićemo svrhu svih pertencionih mera – a time i pojam pertencionih mera – određujući

svrhu kazne. Zatim ćemo reći šta je karakteristično za kaznu, a šta za druge mere koje su takođe pertencione ali nisu kazne.

Krivični zakonik, unatoč rasprostranjenom mišljenju, *ništa ne govori* o svrsi kazne, a određuje samo *svrhu kažnjavanja*. Kod nas se pominje kako postoje stavovi da svrha kazne može biti generalnopreventivna, specijalnopreventivna i retributivna, a zatim upućuje na pozitivnopravnu regulaciju (čl. 42 KZ) i nastavlja bez daljnjeg govoriti o generalnopreventivnoj i specijalnopreventivnoj svrsi *kažnjavanja* kao da je to jedno te isto. Svrha kazne nije isto što i svrha kažnjavanja. Svrha kažnjavanja je širi pojam od svrhe kazne. Nezgodno je što nemačko »Strafzweck« može da stoji kao i »svrha kazne« i kao »svrha kažnjavanja«, jer morfološki figurira i kao izvedenica od *Strafe* (»kazna«) i kao izvedenica od *strafen* (»kažnjavati«), pa se otud čak ni u Nemačkoj na razliku između ta dva pojma mnogo ne pazi.¹ Kazna je određena mera koja se preduzima prema krivcu i od te mere se očekuje da deluje na određen način – da ispuni svoju svrhu koja je determinirana figurom krivca. Ta svrha može biti, kada se tako izolovano posmatra ta mera, samo jedna – da krivac više ne vrši krivična dela. Međutim, sama činjenica preduzimanja određene mere (sama činjenica *kažnjavanja* krivca) po pravilu ima i efekte koji prevazilaze individualni efekat pojedinačne mere na krivca. Tuđa sudbina opominje svakog. Sa spolja kažnjavanje deluje kao nanošenje kakvog »zla« slobodnom biću čoveka i kako to niko ne voli, kažnjavanje utiče na sve članove društva (na sve sapravnike) da ne vrše krivična dela. To je *generalnopreventivno* dejstvo kažnjavanja. Ono nije efekat same kazne već činjenice da se kažnjava, te kao takvo može samo biti (usputna) svrha kažnjavanja, ne i svrha same kazne. Kazna se kriomice može izvršiti i tako da za nju niko nikad ne sazna – u tom slučaju je generalnopreventivno dejstvo jednako nuli. Ono što čini generalnu prevenciju nije dakle sama kazna, već (kakav-takav) dodir javnosti sa kažnjavanjem. Generalnopreventivno može često delovati već sama osuda (osuđujuća presuda), a taj čin takođe spada u *kažnjavanje*, iako izrečena kazna posle nikad ne mora da bude izvršena.

Svrha kazne i svih pertencionih mera je samo jedna – specijalna prevencija, a to znači uticanje (pertencija) na krivca *kao osobu* da više ne vrši krivična dela. Nisu pertencione mere fizički zahvati, niti hemijski izazvane promene ponašanja, još manje puko vezivanje u

¹ Diferencirano npr. *Schmidhäuser*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, ²1975, § 3, 8dd.

prostorije daleko od mogućih žrtvi. *Pertencione mere* su one krivične sankcije koje utiču na učinioaca da u budućnosti ne vrši krivična dela ne zato što neće moći, već zato što neće hteti (čak i da želi). To su mere kojim se razmišljanje krivca približava rezonu krivičnog zakona i njegovog donosioca.

Što se tiče eventualnog prigovora da tako postavljena koncepcija svrhe kazni (i pertencionih mera uopšte) čini nemogućim uvažavanje generalnopreventivnih aspekata prilikom odmeravanja kazne, tu se moraju primetiti dve stvari. Svako povišenje kazne pozivanjem na generalnu prevenciju čini od krivca – koji i ako je kriv, uvek ostaje čovek – *sredstvo*. Šta je *Kant* o tome pisao opšte je poznato.² Krivac postaje sredstvo za uticanje na druge ljude. Sa današnjim ustavnopravnim porecima liberalno-demokratskih država to je nespojivo, baš kao što je nespojivo sa prirodom čoveka i njegovim društvenim životom. No to ne znači da oni zahtevi koji se postavljaju pozivanjem na generalnu prevenciju ne mogu biti realizovani. Problem nije u zahtevima za višom kaznom, već u tome što se ti zahtevi pogrešno obrazlažu. Ako naime stvari stoje tako da se čini da bi veća kazna efektivnije preventivno delovala na čitavu društvenu zajednicu, onda to najčešće ne znači ništa drugo nego da je vršenje takvih zločina vredno naročitog – većeg prekora, odnosno neispravnije nego što bi inače bilo. Ko primerice siluje slučajnog prolaznika ili primi mito u sredini u kojoj se uopšte ne izgrađuje svest o štetnosti takvog ponašanja i saosećanje sa žrtvama (jer se i ne veruje da se takve stvari dešava ili se smatra nebitnim pomena) te sledstveno i nema neki upečatljivi povod da razmišlja o adekvatnoj sankciji i da svoja razmišljanja ukrsti sa tuđim (objektivnijim), kriv je, jer je postupio neispravno. No ko u okolnostima rasula službeničkog morala primi mito, kada se na sva zvona ukazuje na štetne posledice takvog ponašanja čini veću neispravnost i samim tim potrebna je i veća kazna. Isto tako, ko unatoč svim policijskim izveštajima, svepristunim merama opreza i snažnoj uzrujanosti u stanovništvu izvrši silovanje nad slučajnom žrtvom u javnom parku pokazao je značajno veći stepen neispravnosti u odnosu na prvopomenutog silovatelja. Slično važi i kada postoji povećan broj odnosno povišena javna svest o negativnim posledicama i neispravnosti razbojništava i iznuda na benzinskim stanicama, prevarnih korišćenja kreditnih kartica ili na primer nekog oblika zagađivanja životne sredine.

² *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, 331 (*Metafizika morala*, 1993, 133).

Ono što se oseća i formuliše kao generalnopreventivni razlog da se kazna povisi zapravo je uviđanje da je u datim okolnostima određeno krivično delo teže u opštedruštvenom kontekstu nego što bi se smatralo u nekom razdoblju u kojem se ne oseća takva potreba za pojačanim generalnopreventivnim dejstvom, odnosno da je učinilac očigledno neispravnija osoba, nego što bi se moglo uzeti za istog učinioca u drugačijim okolnostima. Kako je dakle u takvoj situaciji delo teže, odnosno postupanje krivca neispravnije, to je *ceteris paribus* i teža/viša kazna opravdana i *potrebna*. Tako je na primer potpuno ispravan stav da u današnjim prilikama sudijama koje primaju mito po pravilu treba izricati maksimalne kazne. Da se na kraju ipak sve vrti oko intenziteta neodgovornosti učinioca prema trenutnom društvenom momentu, vidi se i iz sledećih razmišljanja: da li iko može da tvrdi da je po pravici izreći učiniocu pet godina nakon učinjenog krivičnog dela veću kaznu nego što bi mu bila izrečena da je postupak okončan pre pet godina, samo zato što su u međuvremenu »generalnopreventivni zahtevi« postali viši? Da li iko može da tvrdi da je prihvatljivo da stranac koji dođe u zemlju čije krivično zakonodavstvo poznaje neki egzotičan delikt koji mu je doduše poznat (nema pravne zablude) ali čijeg društvenog konteksta (očekivano) nije svestan, treba da bude kažnjen najvišom zaprećenom kaznom samo zato što trenutno u toj zemlji postoji izrazita potreba da se generalnopreventivni momenat ukalkuliše u visinu kazne kako bi se uticalo na lokalno stanovništvo? To bi bilo flagrantno kršenje principa da *nema kazne bez krivice*, jer nema sumnje da neko može biti manje i više kriv – da se iskaže kao lice spremno na manje ili veće neispravnosti –, a iz relacije u prethodnom načelu ako ne nužno a onda sigurno »pravno« proizilazi da je kazna funkcija krivice.³

Neko će se možda pitati kako opravdati kažnjavanje lica koje u budućnosti sigurno neće biti u prilici da učini isto ili istorodno krivično delo, ako je već jedina svrha kazne specijalna prevencija. Besmisleno je kazniti majku koja je ubila svoje dete pri porođaju, a usled porođaja ostala jalova, kako ne bi u budućnosti činila isto. Isto važi i za kažnjavanje lica koje zbog neke svoje fiks-ideje bespoštedno ubija pripadnike određene zaštićene životinjske vrste, zamislimo (sada-već-izumrle) dodoe, nakon što mu je pošlo za rukom da ubije poslednju jedinku. No takva vizura je preuska. Kažnjavanje je u tim slučajevima itekako smisleno. Ne kažnjava se čedomorica da ne bi

³ Napomena: krivica je ovde uvek shvaćena u normativnom smislu.

više ubijala svoju novorođenčad, niti opsesivni istrebitelj dodao kako bi ostavio dodao na miru, niti se lopov kažnjava da ne bi više krao, već se svaki krivac kažnjava da ne bi više činio bilo šta – u smislu KZ-a – neispravno. Svako krivično delo je samo indicija personalne neispravnosti na koju valja reagovati i na koju se reaguje adekvatnom merom – krivičnom sankcijom.

Od »savremenih« rešenja koje ne poznaje naš Krivični zakonik pre svega moraju biti spomenute tzv. postidne kazne (»shame sanctions« isl.), koje postoje u nekim državama-članicama SAD.⁴ Tipična takva kazna je objavljivanje spiskova i slika ljudi koji su koristili usluge prostitutki, ili obaveza nošenje plakata na leđima na kojima je pregnantno ispisano šta je krivac učinio. Takve kazne nisu spojive sa dostojanstvom čoveka i samim tim ni sa jednim poretom koji ga štiti, dakle ni našim (čl. 23 I UstRS).

2. Kazne i pertencione mere koje nisu kazne

Za kazne je pojmovno karakteristično nanošenje esencijalizovane neprijatnosti – »zla«. Isto što se postiže kaznama – kao pertencionim merama za koje je karakteristično nanošenje »zla« – može se postići i nagradom. Nagrada, razume se, ne sme biti apsolutna – ne sme se lopovu dati bicikl koji je pokušao da ukrade, ili krivcu popraviti auto koji je slupao u teškoj saobraćajnoj nesreći, ili mu se prosto dati izvesna novčana suma u nadi da zahvalan i zadovoljen više neće činiti krivična dela –, već takva da krivac misli da je »dobro prošao«, te da iz zahvalnosti koja će ga prizvati pameti više ne vrši krivična dela. Takva paranagrada je na primer sudska opomena, ili je barem zamislivo da se sudska opomena reguliše tako da bude takva mera. No isti efekat se može postići kad se učinilac osudi na manju kaznu no što bi neka merila elementarne adekvatnosti po kriterijumu kaznenog dejstva nalagala. Isto se može postići i izricanjem novčane umesto kazne zatvora. Prema tome, *u jednom širem smislu*, nijedna pertencionna mera nije sama po sebi (čista) kazna, ili »nagrada« – njihova priroda proističe tek iz pretpostavljenog dejstva na konkretnog krivca i percepcije koju on ima.

⁴ *Whitman*, What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?, *The Yale Law Journal* 107, 1055; protiv *Kahan*, What's Really Wrong with Shaming Sanctions, *Yale Law School – Public Law Working Papers* 125; iz evropske perspektive *Kubiciel*, Shame sanctions, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2006, 44.

Još jedan – treći i poslednji – vid pertencionih mera je *umir*. V. dole pod III.

3. Priroda uslovne osude i sudske opomene

Naš krivični zakonik u »kazne« svrstava zatvor (čl. 45), novčanu kaznu (čl. 49, 50), rad u javnom interesu (čl. 52) i oduzimanje vozačke dozvole (čl. 53). Međutim u kazne spada i uslovna osuda, kada se tako koncipira, a u pertencione mere uopšte i sudska opomena. Te dve mere u KZ-u su svrstane u naročitu grupu takozvanih »mera upozorenja« (čl. 64dd.). Isto je postupljeno u KZ-u Hrvatske, dok raniji jugoslovenski Krivični zakon iz 1976. godine (glava IV) nije imao poseban zajednički naziv.

Uslovnom osudom nazivaju se razne stvari, a naš zakonodavac to i nije imao baš uvek u vidu. Zato je trenutno priroda naše uslovne osude *neodrediva*.⁵ Baš kao i kod zatvora i ostalih kazni, cilj uslovne osude kao *po vrsti posebne krivične sankcije* je da se pričinjavanjem konkretnog i odmerenog »zla« (uskraćivanjem kakvog dobra ili pak – nekada – pukim nanošenjem bola) na krivca utiče tako da krivična dela više ne vrši. Uostalom, valjda nema sumnje da »oslobođenje od kazne« (čl. 58 KZ) znači i »oslobođenje« od uslovne osude kao *posebne* i *samoizricive* mere (mada i inače svih zamislivih pertencionih mera). Kod kazne zatvora u prvom planu je neposredno oduzimanje slobode, kod novčane kazne smanjivanje užitka koji se može novcem kupiti, a kod uslovne osude to je pritisak pretnje kaznom koji osuđenom, prateći ga kroz život, uskraćuje slobodu i prirodno delovanje na kakvo je čovek inače navikao. Njemu ne pretili samo, kao svima nama, kazna predviđena u zakonu za (buduće) krivično delo, već i u izgled stavljena kazna koja mu je prvobitno, prilikom izricanja uslovne osude, utvrđena.

Istorijski naša uslovna osuda međutim nije bila posebna krivična sankcija, već institut sa korenima u pravu izvršenja krivičnih sankcija (tzv. nemački model). Iako je želja zakonodavca bila da je koncipira kao posebnu krivičnu sankciju⁶, on nije uspeo da se uzdigne iznad njenog istorijskog supstrata ni 70-ih godina, prilikom donošenja

⁵ Drugačije *Bejatović*, Pravna priroda uslovne osude u jugoslovenskom krivičnom pravu, Pravo 6/1986, 53 (57dd.); aktuelno-pozitivno *Đokić*, Uslovna osuda, u: Ignjatović (prir.), Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja I, 2007, 187.

⁶ *Bejatović*, Pravna priroda uslovne osude u jugoslovenskom krivičnom pravu, Pravo 6/1986, 53 (58).

Krivičnog zakona Jugoslavije, ni u skorije vreme, prilikom koncipiranja Krivičnog zakonika Srbije iz 2005. godine. I sam naziv »uslovna osuda« sinhronijski je pogrešan. Reč »osuda« je ranije, a naročito u vreme sačinjavanja Nasnove zakona o uslovnoj osudi iz 1906. godine bila parasinonimni korelat za izricanje (kazne), a danas se odnosi na činjenicu postojanja krivičnog dela. Danas bi autori »Nasnove« rekli »*uslovna kazna*«, a ne »uslovna osuda«.

Kod nas, ako bi se prihvatilo da se izricanje uslovne osude vrši tako što se prvo utvrdi visina kazne zatvora kao da će ta kazna – a ne uslovna osuda – biti izrečena, onda bi takva uslovna osuda imala i značajne naznake nagrade, jer bi se krivcu prvo utvrđivala kazna a onda bi se on nje ipak »pošteđivao«. Takva uslovna osuda je polivalentan (punitivno-premijski) pertencioni institut. Međutim, sudije kod nas prilikom izricanja uslovne osude uglavnom – čak i kada to ne čine formalno – utvrđuju »visinu kazne« kao da se radi o posebnom momentu instituta uslovne osude, baš kao što to čine prilikom određivanja vremena proveravanja. To je – eto apsurdna pravnog života – jedva, zapravo nespojivo sa dikcijom KZ-a, ali je bliže *proklamovanoj* koncepciji »samostalne sankcije«. Tako izrečena uslovna osuda ima naglašeniji kazneni karakter.

Kao vrsta javnog (razglašenog) ukora **sudska opomena**⁷ ima kazneni smisao – to je kazna koja se sastoji iz prepuštanja osudama zajednice u kojoj se ukoreni krivac kreće. Naša koncepcija sudske opomene je međutim potpuno suprotna. Ukor nije javan, već strogo »sudnički«; opomena se ne izriče u formi presude već rešenja, a to je zapravo fingiranje delimičnog negiranja krivičnog postupka. Celovitiji smisao institut sudske opomene kod nas imao je u svom prvom obliku, onakav kakav je unet u naš pravni život 1959., odnosno 1960. godine velikom novelom Krivičnog zakonika FNRJ⁸. Tamo je izričito bilo predviđeno da »sudska opomena ne povlači nikakve pravne posledice« (čl. 50a II).

Kod nas dakle sudska opomena nije uređena kao kazna. Institut »sudska opomena« iz čl. 77 KZ je institut sui generis kojim se u određenoj meri fingira negiranje krivičnog postupka. On spada u ustanove koje su svesno prošarane procesnopravnim momentima jer im je i priroda (ideja) heterogena. Takvi pogranični instituti međutim još uvek nisu adekvatno dogmatizirani i obično ne dopuštaju neku

⁷ Bulatović, Sudska opomena, 1981.

⁸ Sl. list FNRJ 30/59.

analizu koja bi se sastojala iz uopštavanja već samo analizu konkretne regulacije. Sudska opomena deluje na krivca (»opomenutog«) ne kao kazne nanošenjem zla, već nagrađivanjem i stvaranjem »plodne« zahvalnosti za njega. Naša sudska opomena nije dakle kazna, ali jeste pertenciona mera.

Ekskluzivnost kod sudske opomene je intencija zakonodavca da joj negira elementarni karakter krivične sankcije. Metod je delimično negiranje (fingiranje negiranja) krivičnog postupka kao takvog izricanjem opomene u formi *rešenja*, ne presude (čl. 459 I ZKP). To nije jedina cirkuska tačka te vrste u našem pravu. U državnim sporovima sud odlučuje u formi rešenja, iako nema nikakve sumnje da je i tu sud presudio upravo ono što je sporno bilo – čija je bila poslednja mirna državina. Isto tako i prilikom donošenja rešenja u kome se izriče sudska opomena, sud odlučuje o postojanju krivičnog dela baš kao i u svakoj presudi. Malo je detinjasto od strane zakonodavca kada sa jedne strane traži da se u rešenju kojim se izriče sudska opomena *bez da se okrivljeni oglasi krivim* navede »da se okrivljenom izriče sudska opomena za delo koje je predmet optužbe i zakonski naziv krivičnog dela« (čl. 460 II ZKP). Svakome je valjda jasno da ni u presudi »oglašavanje krivim« nije nikakav magijski čin, već jednostavno sud da je optuženi učinio krivično delo za koje se tereti. Prema tome, i svaka naznaka »da se okrivljenom izriče sudska opomena za delo koje je predmet optužbe« je oglašavanje krivim. Treba dakle ili »učiniti ono što odgovara stvarnosti – proglasiti okrivljenog krivim«⁹, odnosno predvideti procesnu regulaciju koja će to nalogati, ili još više se udaljiti u pravcu negiranja postupka zarad doživljaja okrivljenog da je ovog puta prošao »bez« posledica i predvideti izricanje »apstraktne opomene«, koja bi tek u obrazloženju sadržala naznaku zbog čega se okrivljeni opominje.

Razlika između sudske opomene i instituta oslobođenja od kazne iz čl. 58 KZ leži u tome što je kod oslobođenja od kazne svrha kazne (specijalna prevencija) već ispunjena pre izricanja (i izvršenja) neke konkretne kazne, te za (još jednom) kaznom, odnosno bilo kakvim pertencionim delovanjem nema potrebe a ni mesta, dok sudska opomena po sebi jeste pertenciona mera – kod nje se svrha krivičnih sankcija postiže, mada ne kao kod kazne nanošenjem »zla-

⁹ Radulović, Neka pitanja međusobnog odnosa i zakonskog razgraničenja instituta oslobođenja od kazne sa uslovnom osudom, sudska opomena i neznatnom društvenom opasnošću, Anali PF Bgd 5/1988, 542 (548).

za-razmišljanje», već upravo svesnim izostavljanjem kazne. Kod sudske opomene doduše ostaje već sama činjenica vođenja postupka u neku ruku kao kazna (bez obzira što zakonodavac nastoji da negira postupak), dok je kod oslobođenja od kazne kazna samo krivično delo sa svim svojim krivičnopravno relevantnim i nerelevantnim posledicama.¹⁰

II. Bezbednosno-terapijske mere

1. O BT-merama uopšte

U KZ-u se najraznovrsnije mere nazivaju prosto »mere bezbednosti«. To jeste naš tradicionalan naziv, ali on je nedovoljan da obuhvati sve te mere (u celini), što je već mnogo decenija unazad notorno. Većina tih mera ima dva »aspekta«.

Neke od tih mera su takve da blokiraju svaku mogućnost licu kome su izrečene da učini (istorodno) krivično delo ili njegov beskrivni pandan. Time takve mere čine lice prema kome se primenjuju *bezbednim* za društvo, te se zato i nazivaju merama bezbednosti odnosno bezbednosnim merama. Tipičan primer je mera zabrane upravljanja motornim vozilom iz čl. 86 KZ. Ko ne upravlja motornim vozilom, teško da ima način da vozeći kola 80 km na sat pregazi pešaka na pešačkom prelazu.

Sa druge strane, neke od tih mera nemaju ni u naznaci takav »blok-efekat«, već im je svrha da naročitom terapijom lice kome su izrečene dovedu u stanje u kome će (bilo nadovezano bilo za ubuduće) *moći* valjano da rezonuje i u krajnjoj liniji biti »podložno« dejstvu pertencionih mera. Te mere su dakle *terapijske* prirode. Takva mera je na primer obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi iz čl. 82 KZ.

Većina mera koje KZ naziva »merama bezbednosti« ima izražen i bezbednosni i terapijski momenat (takvo je na primer po pravilu stacionarno lečenje – »obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi«¹¹). Sama ideja ovih mera nastala je

¹⁰ Neki drugi, delimično i vanstrogokrivičnopravni momenti relevantni su za oslobođenje od kazne prema čl. 59 KZ. Za čl. 59 I, up. ovde pod III; kod čl. 59 II ključno je da u krajnjoj liniji krivac ipak nije »krivac« – ispravnim ponašanjem je potreo prvobitnu neispravnost, te se i nema na šta nadovezati pertencionu meru. Na sve to, u čl. 59 II je – slično kao i u čl. 59 I – svesno ugrađena ideja (dodatnog) zlatnog mostića (poslednje ćuprije).

¹¹ Up. OkS Šabac, presuda od 1.3.2002. – K 9/2002 (ParagrafNet): mera obaveznog lečenja i čuvanja u psihijatrijskoj ustanovi može se izreći i kada se – zbog nemogućnosti izlečenja (oligofrenija) – iscrpljuje u čuvanju.

kao protivteža kaznama.¹² Kazne kao intendirano »zlo« sa jedne strane, i bezbednosne i terapijske mere sa druge, su u tom istorijskom zgledu dijalektički pojmovi. Sa jedne strane kazne (zapravo sve pertencione mere), sa druge »sve« ostalo. Zato treba uvek govoriti o bezbednosnim i terapijskim merama kao celovitom tipu, što ne znači da se pojedina mera ne može prosuditi kao izraženo onakva ili ovakva. Još je lepše prostog govoriti o bezbednosno-terapijskim, odnosno BT-merama.

U sistemu BT-mera u KZ-u postoji velika praznina. Nedostaje »najlistovskija« od svih BT-mera – mera trajnog zatvaranja. Takva mera je bezbednosna iako se u toku njenog izvršenja mogu primenjivati određene »terapije«, što je uostalom tako i kod ostalih, čak i kod pertencionih mera kao što je kazna zatvora na primer. Meru trajnog zatvaranja predviđa npr. § 66 KZ Nemačke. Na primeru ove mere dosledno se može uvideti razlika između prvog i drugog koloseka, odnosno pertencionih i BT-mera. I kazna zatvora i BT-mera trajnog zatvaranja sastoje se iz lišenja slobode i smeštaja u određenu prostoriju. Međutim, sve ostalo je drugačije. Zatvorenik ne bi trebalo da ima komot već najnužnije u prostoriji u kojoj je zatvoren. Apsurd je da se zatvorenicima omogućava unošenje sopsstvenih tv-aparata u ćeliju. Sve što nije nužno nije ni prikladno za zatvoreničku ćeliju – zatvoreniku boravak u zatvorskoj ustanovi treba teško da padne – to je poenta kazne. Nasuprot tome, BT-mera trajnog zatvaranja izriče se sa ciljem da lice prema kome je takva mera izrečena – na primer višestruki povratnik-silovatelj ili serijski ubica – bude sklonjen iz javnosti. Zatvoren prostor treba da ga ograničava u (kriminalnoj) slobodi, ali ne da utiče na njega na neki naročit način. Takvom licu može biti omogućeno i praćenje tv-programa u »ćeliji« i uživanje u obilnim i ukusnim obrocima, uopšte konfor svake vrste jer se to ne kosi sa svrhom BT-mera.

Jedna mala napomena u vezi »istorijskih« kazni. Sa stanovišta savremene dogmatike veliki broj kazni koje su bile poznate u istoriji i koje se kao takve predstavljaju i u savremenim pregledima zapravo nisu kazne, ili barem *po ideji* (»euhemeristički«) nisu kazne, već bezbednosno-terapijske (pre svega bezbednosne) mere. Bičevanje jeste kazna, ali odsecanje lopovu ruke nije. Cilj takvog odsecanja je

¹² V. npr. *Frisch*, Maßregel der Besserung und Sicherung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1990, 343 (345dd.); *Drakić*, Opravdanost mera bezbednosti kao krivičnih sankcija, PŽ 9/2006, 889 (890).

fizička blokada mogućnosti da takvo lice ponovo nešto ukrade (dakle to je mera bezbednosti), a ne uticanje na lopova kao osobu da više ne krade, odnosno ne čini krivična dela.

2. Priroda javnog objavljivanja presude (čl. 89 KZ)

Javno objavljivanje presude iz čl. 89 KZ nije BT-mera, iako je taj institut smešten u VI glavu KZ-a, dakle među »mere bezbednosti«. BT-mera bi bilo javno objavljivanje presude (ili spiska osuđenih) na primer kod nekih seksualnih krivičnih delikata jer bi se osuđenika onda ljudi klonili i time bi oni bili izuzeti iz situacija u kojima bi mogli da takva dela čine. Ista je stvar kada se poslodavcima ili službi za zapošljavanje dostavljaju spiskovi ljudi koji su izvršili krivična dela na radu. Svrha javnog objavljivanja presude iz čl. 89 je drugačija. To je institut »objavljivanja istine«. Polazi se od toga da u krivičnom postupku može biti utvrđena istina čiji značaj prevazilazi utvrđivanje postojanja uslova za donošenje osuđujuće presude (za sankcionisanje učinioaca) i da je takvu istinu potrebno *objaviti*. To se vrši javnim objavljivanjem presude. Takvo objavljivanje ima smisla kod krivičnih dela protiv javnog informisanja, što KZ izričito predviđa (čl. 89 I). U kojim slučajevima je to smisleno kod krivičnog dela »koje je prouzrokovalo opasnost za život ili zdravlje ljudi a objavljivanje presude bi doprinelo da se otkloni ili umanja ta opasnost« (čl. 89 I) nije jasno.¹³

Pravo mesto ovoj meri je među takozvanim »posebnim merama«.¹⁴ Te mere jesu krivičnopravne ali nisu krivične. Svrha tih krivičnopravnih sankcija je u otklanjanju posledica već učinjenog krivičnog dela (i brisanju njegove supstance), a ne u bilo kakvom uticanju/sprečavanju učinioaca da u buduće izvrši krivično delo.

III. Treći kolosek?

Uobičajno je da se govori o dvostrukom koloseku, odnosno dva koloseka krivičnog sankcionisanja. Diskusija o trećem koloseku, trećoj vrsti krivičnih sankcija počinje sa idejom da se uobičajnoj građanskopravnoj reparaciji koju učinilac duguje žrtvi prida jedan nadgrađanskopravni značaj – da se kroz novi koncept reparacije pokuša ujedno ostvariti i svrha krivičnog sankcionisanja. U mudrijim

¹³ Up. Stojanović, Komentar KZ, ²2007, 279.

¹⁴ V. glavu VIII KZ Hrvatske (Novoselec, Opći dio kaznenog prava, ²2007, 486dd.).

konceptijama »trećeg koloseka«, reparacija se više ni ne shvata kao puka »naknada«, već kao socijalni čin, koji nema (samo) tu puku ekonomsku svrhu već gotovo na epski način miri krivca i žrtvu. Tako shvaćen treći kolosek je koncipiran kao ideja *umira* (izraz našeg običajnog prava).¹⁵ Kada se međutim ne govori o umiru već o pukoj, vulgarnoj reparaciji/naknadi kao o trećem koloseku¹⁶, onda je napuštena krivičnopravna vizura, jer se čin shvata kao – rekli smo – puka naknada (u prvom redu novcem »nadoknativih«) gubitaka žrtvi.

Kod koncepcija koje se približavaju umiru i koje su jedine vredne krivičnopravnog dogmatiziranja, polazi se od toga da krivac u kontaktu sa žrtvom na jedan naročit način može da uvidi neispravnost svog delanja i da će se nagnut tim uvidom u budućnosti kloniti neispravnih postupaka. Taj uvid ne nastoji se, kao putem kazne, postići nanošenjem »zla« krivcu – danas najčešće oduzimanjem slobode, novca –, niti nagrađivanjem, kao kod nekih drugih pertencionih mera, već stavljanjem krivca u situaciju u kojoj će nanetu štetu žrtvi početi da proživljava. U biti je to jedna psihološka taktika, koja je među starim narodima praktikovan ako ne oduvek, a onda od pamtiveka. Potreban je bio vek-dva da se psihologija razvije, pa da se shvati da umiru nije – kao potpuno sadržajno ispraznom ritualu – mesto u etnografskim zapisima, već u zakonicima. Imajući u vidu da umir prevashodno – u onom domenu koji interesuje krivičare – ima za cilj da utiče na učinioca kao osobu, da ga opameti i urazumi njegov um, i on je samo još jedan (treći i poslednji zamisliv) od javnih oblika pertencionih mera. Nije ni kazna, ni nagrada, već – umir.

Kod nas je svojevrsan pokušaj institucionalizacije umira sproveden u čl. 59 I KZ, gde je predviđeno da se učinilac *može* osloboditi od kazne ako ispuni sve obaveze iz »sporazuma« sa oštećenim. Drugi naš institut koji bi se uopšte mogao pomenuti u ovom kontekstu je »posredovanje radi postizanja poravnanja« iz čl. 475dd. ZKP-a iz 2006. godine. Naizgled isti, između ova dva instituta postoje značajne razlike i neizdrživo je da paralelno postoje. Ko se naime »sporazume« prema čl. 59 I KZ ipak *uvek* biva osuđen, a samo oslobođen od kazne. Ko se međutim »poravna« po režimu ZKP po pravilu ne biva uopšte dalje krivično gonjen. Premisa vodilja instituta iz ZKP-a je da krivično delo koje je obuhvaćeno ovim institutom (čl. 475 I, II) »nije zločin protiv države, već protiv drugog pojedinca, te da

¹⁵ Lit.: v. *Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, ⁴2006, s. 100–103.

¹⁶ V. *Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, ⁴2006, § 3, 72dd.

je najbolji i najpravičniji odgovor na zločin naknada štete i »negiranje posledica« onome koji ju je pretrpeo.¹⁷ Ta premisa je sama po sebi tačna, ali u kontekstu našeg preventivnog krivičnog prava nije na mestu, jer u njemu važi Senekino »Niko pametan ne kažnjava zato što se zgorelo, već da se ubuduće ne bi grešilo«.¹⁸

Institut iz ZKP-a predstavlja odustanak od krivično-kaznene reakcije zarad povećanja verovatnoće da će žrtva biti »deviktimizovana«. Ako se i misli da je parnica neadekvatan postupak za »resocijalizaciju žrtve«¹⁹, to još nadaleko ne znači da se »subjektivno kazneno pravo« tek tako sme cedirati trećem licu (žrtvi). Kazne (pertencione mere) moraju ostati netaknute²⁰, a zakonodavac neka smisli bolje načine da deviktimizuje žrtve. Kao što nalaže sudiji da racionalno kažnjava, tako mu može naložiti i da određuje naloge krivcu koji su podobni da »oporave« svaku *razumnu* žrtvu. Ovo poslednje važi i za institut iz čl. 59 I KZ. Pravo koje se bavi konkretnom žrtvom i ima za cilj da je »deviktimizuje« ne može biti krivično pravo, već samo jedna nova grana prava.

IV. Zaključak

Od kazne je pojmovno neraskidiv jedan pojam za koji kod nas ne postoji potpuno adekvatan izraz, te se kaže »zlo«. Pod tim se misli na uskraćivanje krivcu inače uživanog ili na nanošenje bola, što je ranije bila česta kazna. U kontekstu kažnjavanja zlo je, dakle, esencijalizovana neprijatnost. Time se krivac *pritiska* da uoči neispravnost svog delanja u svim dimenzijama, što će reći tako da više ne dela neispravno, odnosno ne vrši više krivična dela. Međutim, kazne su sa tom svojom odlikom samo tipičan predstavnik jedne grupe mera kojima je zajedničko da utiču na učinioca kao osobu, da sa njim na određen način komuniciraju povodom učinjene neispravnosti (krivičnog dela) i očekuju-stvaraju boljitak *u* njemu, a ne *na* njemu. Osim kazni, takve su i mere koje imaju svojevrsni karakter nagrade (kakav je kod nas prisutan pre svega kod sudske opomene i dosta rudimentarnije kod uslovne osude), i mere koje se sastoje iz

¹⁷ Bajović, Medijacija u krivičnom postupku, PŽ 10/2007, 121.

¹⁸ Seneca, De ira (Rasprava o gnevu), I: XIX–7.

¹⁹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2006, 37 na kraju.

²⁰ Tako i Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2006, 37.

usmerenog »suočavanja«, takoreći zajedničke resocijalizacije krivca i žrtve (uslovno rečeno *umira*).

Sve te tri pobrojane vrste mera čine *prvi* kolosek krivičnopravne reakcije, a ne samo kazne, koje su istorijski i strukturalno (a i statistički ako se uslovna osuda razume kao kazna ili puko odlaganje izvršenja kazne) najtipičnije od njih. Nema dakle opravdanja za treći kolosek (gde se nastoji smestiti umir), ali nije opravdano ni prvi kolosek sistema krivičnih sankcija svoditi (stvarno i imenom) na kazne. Ne treba posebno ni da bude naglašeno da su u okviru tog koloseka, kada se sagledavaju *konkretne izrečene* mere, ideja kazne, ideja nagrade, pa i ideja umira ako ne po pravilu, a onda sigurno vrlo često izmešane. Zapravo nema te mere koja je po sebi nužno kazna, nagrada ili poentirana (katarzična) interakcija. Jedna mera je zaista kazna tek ako ima kažnjavajuće dejstvo na konkretnog krivca. Dobar sudija će pre izreći manju »kaznu« ili drugu kaznu (novčanu umesto kazne zatvora na primer) ako oceni da će specijalnopreventivno učinkovitije delovati na krivca njegov osećaj da je »ovog (poslednjeg) puta dobro prošao«, nego neka bogznakolika razrezana novčana globa ili slično. Prvi, a i drugi kolosek, kao opšte imenitelje kriminalne politike, ne čine prema tome u prvom redu određene *mere*, već *ideje*. Sve krivične sankcije okupljene su na prvom ili drugom koloseku prema *svrsi koloseka* koja determinira i *svrhu mere* koja se na njemu zatekne. Načini na koji određena mera ispunjava (kriminalnopolitičku) svrhu koloseka mogu biti razni.

Za tako shvaćen prvi kolosek ne postoji uobičajen naziv. Kako je merama (sankcijama) sa tog koloseka svojstveno da krivca ne obrađuju, odnosno ne izuzimaju iz »konflikta« (kao BT-mere), već mu se obraćaju i utiču na njega kao na osobu, to jedan od prihvatljivih naziva »pertencioni kolosek«, odnosno »pertencione mere«. Još bolji naziv je možda »alokucioni kolosek« (»alokucione mere«), koji smo već jednom na početku pomenuli.

One krivične sankcije koje se ne mogu klasifikovati kao pertencione mere, čine drugi kolosek sistema krivičnih sankcija. To su heterogene mere za koje nije opravdano koristiti naziv »mere bezbednosti«, jer odgovara samo nekim od njih. Svima njima su u većoj ili manjoj meri zajednička dva momenta (a u svakom slučaju barem jedan od njih): izuzimanje učinioca iz situacije u kojoj bi mogao učiniti krivično delo kome je sklon (zatvaranjem, zabranom upravljanja motornim vozilom, zabranom vršenja zanimanja) ili pak pomoć učiniocu da se dovede u stanje u kome će naporima razuma

moći da se odupre ideji zločina ili u kom pak takve ideje neće ni imati priliku da se zapate (lečenje zavisnika, lečenje psihijatrijskih bolesnika). Imajući ta dva momenta u vidu, na mestu je govoriti o bezbednosno-terapijskim, odnosno BT-merama.

Sve krivične sankcije se mogu dakle sa materijalnog stanovišta klasifikovati ili kao pertencione ili kao bezbednosno-terapijske mere. Pertencione (»alokucione«) mere, u koje spadaju kazne, paranagrade i razni oblici umira, deluju na učinioaca tako da više ne vrši krivična dela i to *zato što neće* (iako možda želi), a BT-mere *zato što ne može* (bezbednosni momenat) odnosno *zato što može da neće* (terapijski momenat). Pertencione mere su realizacija ideje prvog – pertencionog, a BT-mere drugog – bezbednosno-terapijskog koloseka krivičnopravne reakcije. Trećeg koloseka nema.²¹

²¹ Ovaj rad završen je na proleće 2008. godine.

Luka Breneselović,

Institute of Comparative law, Belgrade,

NATURAL CLASSIFICATION OF CRIMINAL SANCTIONS

Every criminal sanction is in its nature either a personal influence measure (“pertention measure”) or a measure of reform and prevention. Typical personal influence measures are punishments, but those measures include pseudo premises and different types of reconciliation as well. As a common feature, all pertention measures are directed to the offender as a person and aim to influence him in a manner that he would not repeat his criminal act because he would not want to, although he might wish to. The measures of prevention and reform include different sanctions more or less inherently characterized by the prevention or the reform aspect. When these measures are applied a person would not commit a crime because he is unable to. With purely reform measures, a person feels progress and does not commit a crime because he is capable of not wanting to. When most of the prevention and reform measures are concerned, none of the two aspects is dominant enough in order to define them as purely preventive or purely reform measures.

Such classification reaffirms the idea of a double track (“Zweispurigkeit”). It is important to be noticed that the first track does not consist of punishments only, but also of certain related but other measures – pseudo premises, and above all of reconciliation for which recently – a third track has been unduly requested.

Key words: sanctions; pertention measures; measures of prevention; comparisons

prof. dr Dragan Jovašević
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Originalni naučni rad
UDK: 343.232 (497.11)

POKUŠAJ U EVROPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvari posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu. No, česte su u životu situacije kada usled preduzete radnje nekog lica posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela (nedovršeno delo). No, moguće je da se za preduzimanje radnje izvršenaj zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava krivično delo. Realna opansost ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca. U ovom radu će stoga biti reč i o pojmu i karakteristikama, sadržaju i prirodi pokušaja u krivičnom zakonodavstvu pojedinih evropskih država i njihovom upoređivanju sa rešenjima u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije.

Ključne reči: *krivično delo, radnja, umišljaj, izostanak posledice, zakon, nedovršeno delo*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvaruje posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu na objektu napada. No, česte su u životu situacije da usled preduzete delatnosti nekog lica, posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno (nepotpuno)

delo¹. No, moguće je takođe da se za preduzimanje radnje izvršenja zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog dela. Realna opasnost povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje na strani učinioca za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja, čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca².

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu izvršenjem krivičnog dela, pa do preduzimanja radnje izvršenja može da postoji nekoliko stadijuma (ili faza)³. Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema ni krivičnog dela (doduše umišljajnog dela), jeste donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela (iter criminis)⁴. Pošto je doneta kriminalna odluka, učinilac obično odmah pristupa i izvršenju krivičnog dela, tj. preduzimanju delatnosti, jedne ili više njih, koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu nastupi (pa postoji svršeno krivično delo) ili ona pak izostaje usled različitih okolnosti i razloga (kada postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo)⁵.

Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke, već je za to potrebno preduzeti određene pripremnje radnje u smislu delatnosti kojima se to krivično delo omogućava ili olakšava. Naime, ovim se radnjama stvaraju uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Prema nekim autorima⁶ svršeno i pokušano krivično delo se javljaju samo kao oblici ili forme pojave krivičnog dela u spoljašnjem svetu. Razmatranje pojedinih stadijuma u izvršenju krivičnog dela od značaja je naročito u situacijama kada učinilac i pored preduzete jedne ili više delatnosti (u okviru bića krivičnog dela ili van njega) ne uspe da ostvari krivično delo (odnosno da realizuje posledicu krivičnog dela na objektu napada u smislu promene ili stanja). U takvim slučajevima krivično delo je samo delimično

¹ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo, Beograd, 2010. godine, str. 72.

² N.Mrvić Petrović, Krivično pravo, Beograd, 2005. godine, str. 109.

³ M.Babić, I.Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008. godine, str. 219.

⁴ Lj. Jovanović, D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002. godine, str. 178

⁵ D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2010. godine, str. 151

⁶ F. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig, 1922. godine, str.98

(parcijalno) ostvareno, Ali i takve situacije nalažu potrebu za odgovarajućim krivičnopravnim rešenjima⁷.

Iz napred navedenog proizilazi da su u procesu izvršenja krivičnog dela moguća četiri stadijuma ili faze. Ovi stadijumi su mogući samo kod umišljajno preduzetih krivičnih dela. To je i logično jer kod nehatnih krivičnih dela nema uopšte odluke učinioca da pristupi izvršenju takvog dela. Na taj način su po prirodi stvari isključene i pripremne radnje kao i pokušaj kod ove vrste krivičnih dela. Iz toga proizilazi da se nehatno izvršena krivična dela javljaju samo kao dovršena (svršena) dela⁸. U procesu izvršenja krivičnih dela, dakle, mogući su sledeći stadijumi ili faze. To su⁹: 1) odluka za izvršenje krivičnog dela, 2) pripremne radnje, 3) pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo i 4) svršeno (dovršeno, potpuno, kompletno) krivično delo¹⁰. U savremenom krivičnom pravu, pa tako i u novodonetom zakonodavstvu država koje su nastale raspadom bivše SFR Jugoslavije¹¹ pripremne radnje nisu više predviđene kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, već samo kao posebno, samostalno krivično delo u posebnom delu zakonika.

Pokušaj krivičnog dela, bilo kao opšti institut krivičnog prava, bilo kao samostalno, posebno krivično delo spada u stari institut krivičnog prava, poznat još od najstarijih vremena. Radi se, dakle, o institutu koji je prisutan u velikom broju pisanih pravnih spomenika. No, reč je i o institutu koji je i danas široko prisutan sa različitim modalitetima u zakonodavstvu velikog broja savremenih zemalja. U osnovi ovih zakonskih rešenja se nalaze pravnoteorijska shvatanja, pravna tradicija, potreba sudske prakse, obim, dinamika i struktura kriminaliteta, sistem inkriminacija, ali i stavovi kriminalne politike (politike suzbijanja kriminaliteta).

U cilju potpunijeg svestranijeg sagledavanja prolematike pokušaja krivičnog dela u teoriji, praksi i zakonodavstvu nije dovoljno

⁷ M.Đorđević, Đ.Đorđević, Krivično pravo, op.cit. str. 72.

⁸ V.Grozdanić, M.Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2009. godine, str. 139.

⁹ D. Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002. godine, str. 68-76.

¹⁰ B.Petrović, D.Jovašević, Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 173.

¹¹ D. Jovašević, Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007. godine, str. 20-24; Lj. Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006. godine, str.14-17.

samo da se posvetimo teorijskoj i praktičnoj analizi pojma, elemenata, karakteristika, vrste, pravne prirode i dejstva pokušaja krivičnog dela shodno odredbama domaćeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva, već je potrebno da određenu pažnju posvetimo i uporednopravnoj analizi ovog instituta u savremenim krivičnopravnim sistemima. Stoga ćemo posmatrati i analizirati pojam, karakteristike, elemente, vrste, pravnu prirodu i dejstvo pokušaja krivičnog dela shodno zakonskim rešenjima iz pojedinih nama dostupnih krivičnopravnih sistema.

2. ALBANIJA

Krivični zakonik Republike Albanije¹² u odredbama čl. 22-24. propisuje krivičnu odgovornost i kažnjivost za : 1) pokušaj krivičnog dela i 2) dobrovoljni odustanak od krivičnog dela.

Tako se prema članu 22. Krivičnog zakonika Albanije kao pokušaj smatra preduzimanje jasne akcije učinioca da izvrši krivično delo čije se izvršenje prekida ili se delo ne izvršava u potpunosti nezavisno od volje samog učinioca. U ovom slučaju sud je ovlašćen da učiniocu takvog dela ublaži u zakonu propisanu kaznu imajući u vidu sledeće okolnosti (član 24. Krivičnog zakonika Albanije) : 1) stadijum u izvršenju krivičnog dela, 2) ostvarene rezultate preduzete radnje i 3) uzroke zbog kojih je krivično delo ostalo nedovršeno. I konačno, u članu 24. albanski Krivični zakonik propisuje da nije krivično odgovoran učinilac koji svojom voljom odbije da izvrši započeto krivično delo usprkos mogućnostima koje su mu stajale na raspolaganju da ga učini do kraja. To je oblik dobrovoljnog odustanka učinioca od krivičnog dela pod uslovom da je takav odustanak : 1) dobrovoljan i 2) konačan.

3. AUSTRIJA

Krivični zakonik Austrije¹³ u članu 15. određuje kažnjivost pokušaja krivičnog dela (nedovršeno delo) na isti način kao i za svršeno delo. Prema članu 15. stav 2. ovog zakonika pokušaj krivičnog dela postoji čim učinilac svoju odluku da izvrši delo ili da drugo lice na takvo delo navede aktivira radnjom koja neposredno

¹² Criminal code of the Republic of Albania, Official text, Tirana, 2000. godine, str.8.

¹³ E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch StGB, 9. Auflage, Wien, 1989. godine, str. 22-23.

prethodi izvršenju dela¹⁴. Pri tome je izričito predviđeno da pokušaj krivičnog dela nije kažnjiv u slučaju da dovršenje samoga dela nije bilo uopšte moguće ni u kakvim okolnostima usled nedostatka ličnih osobina ili prilika koje zakon pretpostavlja kod učinioca dela ili prema vrsti radnje ili predmeta na kome se delo namerava izvršiti. To je, dakle, nepodoban pokušaj.

Takođe Krivični zakonik Austrije u članu 16. određuje pojam i elemente odustanka od pokušaja krivičnog dela. U tom slučaju se učinilac neće kazniti. Dobrovoljni odustanak od pokušaja postoji u slučaju pokušaja ili učešća u krivičnom delu ako učinilac dobrovoljno odustane od njegovog izvršenja ili ako spreči, odnosno ako dobrovoljno otkloni posledicu dela.

4. BUGARSKA

Krivični zakonik Republike Bugarske¹⁵ u članu 17. određuje pojam i karakteristike pripremih radnji ("prigotovljenje")¹⁶, a u članu 18. pojam, elemente i sadržinu pokušaja krivičnog dela ("opit"). Prema ovom zakonskom rešenju, pokušaj krivičnog dela postoji u slučaju umišljajnog započinjanja radnje izvršenja krivičnog dela ("prestupljenija"), pri čemu delo nije dovršeno, ili je delo dovršeno, ali posledica dela nije nastupila. Sam zakon, dakle razlikuje tri elementa pojma pokušaja. To su : 1) umišljaj na strani učinioca dela, 2) započinjanje radnje izvršenja i 3) izostanak posledice dela. Takođe, prema ovom zakonskom rešenju, razlikuju se dve vrste pokušaja. To su : 1) nesvršeni pokušaj koji postoji kada započeta radnja izvršenja nije dovršena i 2) svršeni pokušaj koji postoji kada je radnja izvršenja preduzeta u potpunosti, ali posledica dela nije nastupila.

U slučaju da je učinilac iz sopstvenih pobuda otkazao (prekinuo dovršenje krivičnog dela ili je sprečio nastupanje posledice (član 18. stav 3. Bugarskog Krivičnog zakonika), on se u potpunosti oslobađa od kazne ("takav se učinilac ne kažnjava").

¹⁴ E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, ibid, str. 22.

¹⁵ Sbornik Nakazatelni zakoni, Sofi-r, 1995. godine, str.11-12.

¹⁶ I. Nenov, Nakazateljno pravo na Republika Blgaria, Obša čast, Knjiga vtora, Sofija, 1992. godine, str.112

5. FINSKA

Krivični zakonik Republike Finske¹⁷ u poglavlju četiri, u prvom odeljku određuje kažnjivost za pokušaj krivičnog dela bez bližeg određenja u čemu se sastoji njegova sadržina. Tako se učinilac pokušanog krivičnog dela može kazniti u zakonu propisanom kaznom kao i za svršeno krivično delo, ali se on može i blaže kazniti. No, ako učinilac svojom slobodnom voljom bez spoljne prinude odustane od dovršenja započetog krivičnog dela, odnosno spreči nastupanje posledice takvog dela (dobrovoljni odustanak), takav pokušaj krivičnog dela se ne kažnjava pod uslovom da on ne obuhvata obeležja bića nekog drugog u zakonu propisanog krivičnog dela.

6. FRANCUSKA

Prema Krivičnom zakoniku Francuske iz 1992. godine pokušaj zločina je određen u članu 2. Pokušaj krivičnog dela se tako izražava početkom njegovog izvršenja pod uslovom ako ovaj nije obustavljen ili je promašio uspeh usled okolnosti nezavisnih od volje učinioca¹⁸. Dakle, ovo zakonsko rešenje razlikuje dve vrste pokušaja krivičnog dela. To su : 1) nesvršeni pokušaj – ako je preduzeta radnja izvršenja pa obustavljeno njeno dovršenje i 2) svršeni pokušaj – ako je radnja izvršenja preduzeta u potpunosti, ali je psoeldiac dela izostala nezavisno od volje učinioca takvog dela.

7. GRČKA

Krivični zakonik Grčke¹⁹ u trećoj glavi određuje pojam i vrste pokušaja krivičnog dela, nepodobnog pokušaja krivičnog dela i dobrovoljnog odustanka od pokušaja krivičnog dela. U članu 42. određen je pojam pokušaja krivičnog dela. Pokušaj krivičnog dela postoji kada učinilac odluči da izvrši zločin ili prestup i preduzme delo konstituišući najmanje početak krivičnog dela, pod uslovom da preduzeti zločin ili prestup nisu okončani (dakle da u konkretnom slučaju nije nastupila posledica takvog dela). U takvom slučaju učiniocu se za nedovršeno krivično delo može ublažiti propisana kazna. No, u slučaju da se radi o pokušaju krivičnog dela za koji je

¹⁷ B.Krivokapić, Uvod u pravo Finske, Beograd, 2005. godine, str.220.

¹⁸ Code penal, Dalloz, Paris, 2000. godine, str. 14

¹⁹ N.Lolin,G.Mangakis, The Greek Penal code, London, 1973. godine, str.51-52.

propisana kazna zatvora do tri godine, takav se učinilac ne kažnjava (dakle tada se u potpunosti oslobađa od propisane kazne u zakonu).

Nepodoban (nemoguć) pokušaj krivičnog dela je određen u članu 43. Krivičnog zakonika Grčke. Prema ovom zakonskom rešenju nemoguć pokušaj postoji ako učinilac započne zločin ili prestup mislima ili protiv objekta takve prirode da izvršenje krivičnog dela nije uopšte moguće. Dakle, nemoguć pokušaj postoji u dva slučaja. To su : 1) ako učinilac započne krivično delo mislima i 2) ako učinilac započne krivično delo protiv objekta takve prirode da izvršenje krivičnog dela nije uopšte moguće. U takvom slučaju se učinilac pokušaja blaže kažnjava i to do polovine od u zakonu propisane kazne. No, zakon propisuje i mogućnost potpunog oslobođenja od kazne učinioaca nemogućeg pokušaja u slučaju da je izvršenje takvog dela nemoguće jer proizilazi kao rezultat ekstremnog neznanja učinioaca.

8. HRVATSKA

Krivični (Kazneni) zakon Republike Hrvatske²⁰ određuje pojam, elemente, vrste i osnov kažnjivosti za pokušaj krivičnog dela (član 33.) i dobrovoljni ("dragovoljni") odustanak (član 34.). Tako je pokušaj krivičnog dela definisan u članu 33. Krivičnog zakona Republike Hrvatske, kao i njegovo pravno dejstvo u krivičnom pravu. Prema ovom zakonskom rešenju pokušaj postoji kada učinilac sa (namerom) umišljajem započne izvršenje krivičnog dela, ali ga ne dovrši. Takvo se lice kažnjava samo u slučaju da se radi o pokušaju krivičnog dela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, odnosno kada se radi o pokušaju drugog krivičnog dela za koje sam zakon izričito propisuje kažnjivost. Pokušaj krivičnog dela predstavlja fakultativnu ublažavajuću okolnost za učinioaca dela prilikom odmeravanja kazne u konkretnom slučaju²¹.

Pojam nepodobnog pokušaja krivičnog dela je dat u odredbi člana 33. stav 3. Krivičnog zakona Hrvatske. Ovaj opšti institut krivičnog prava postoji kada učinilac pokuša da izvrši krivično delo nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom objektu (predmetu). U

²⁰ Narodne novine Republike Hrvatske broj 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 71/2006 i 110/2007.

²¹ B.Pavišić, V.Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007. godine, str.142-145.

tom slučaju se on može u potpunosti osloboditi od u zakonu propisane kazne za ovo krivično delo, ali se može blaže kazniti.

9. IZRAEL

Krivični zakonik Republike Izrael u čl. 32 i 33. određuju krivičnu odgovornost i kažnjivost za pokušaj krivičnog dela²². Prema ovom zakonskom rešenju (član 33. Krivičnog zakonika Izraela) pokušaj postoji kada je učinilac sa umišljajem započeo radnju izvršenja krivičnog dela u nameri da ostvari zabranjenu posledicu (rezultat- efekat), ali tu nameru ne ostvari u konkretnom slučaju. Za pokušaj krivičnog dela (član 32. Krivičnog zakonika Izraela) učinilac se blaže kažnjava, ali u granicama koje zakon sam odredi (do polovine propisane kazne za konkretno krivično delo koje ostane u pokušaju). Pri tome je za postojanje pokušaja bez značaja : 1) da li je učinilac preduzeo sve neophodno potrebne radnje i uslove za ostvarenje posledice krivičnog dela, 2) da li je kompletiranje krivičnog dela od strane učinioca ostalo nepotpuno ili je sprečeno okolnostima koje su nastupile nezavisno od njegove volje i 3) da li je učinilac svojevolejno odustao od daljeg toka izvršenja krivičnog dela, odnosno realizacije svoje namere.

10. NEMAČKA

Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke u čl. 22-24. određuje odgovorenost i kažnjivost za pokušaj krivičnog dela.

Tako je prema članu 22. ovog Krivičnog zakonika pokušaj krivičnog dela definisan kao činjenje lica koje je na osnovu predstave o svom delu neposredno započelo da ostvaruje biće krivičnog dela. To znači da pokušaj predstavlja situaciju kada učinilac svoju odluku o izvršenju zločina ili prestupa ispoljava radnjama koje sačinjavaju početak izvršenja tog zločina ili prestupa ako je nameravani zločin ili prestup ostao nedovršen²³. Pri tome zakonik razlikuje odgovornost za pokušaj zločina – koji se uvek kažnjava u zakonu propisanom kaznom, od pokušaja prestupa – koji se kažnjava samo u slučaju kada to zakon izričito propiše (član 23. Krivičnog zakonika Nemačke) pri

²² Law of the State of the Israel, Penal law, Official text, Jerusalem, 1977. godine, str.34

²³ H.H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1978. godine, str. 419

čemu se pokušaj smatra fakultativnom ublažavajućom okolnošću od značaja prilikom odmeravanja kazne učiniocu u konkretnom slučaju.

U članu 23. stav 3. nemačkog Krivičnog zakonika je propisana mogućnost oslobođenja od kazne učinioca pokušanog krivičnog dela u slučaju kada je učinilac krivičnog dela zbog grube nerazumnosti pogrešno shvatio da je preduzeto sredstvo ili predmet prema kome je delo usmereno bilo takvo da se krivično delo uopšte nije moglo izvršiti. To je, dakle, nepodoban pokušaj, iako ga tako zakonik ne naziva.

11. RUSKA FEDERACIJA

Krivični zakonik Ruske federacije²⁴ u čl. 29- 31. određuje kažnjive stadijume u izvršenju krivičnog dela : 1) pripremanje krivičnog dela, 2) pokušaj krivičnog dela i 3) dobrovoljni odustanak od krivičnog dela. Pri tome sam zakonik u članu 29. razlikuje dovršeno i nedovršeno krivično delo. Prema ovom zakonskom rešenju dovršeno krivično delo postoji ako ono sadrži sve elemente bića krivičnog dela koja su predviđena zakonom. Nasuprot tome, nedovršeno krivično delo postoji u dva slučaja : 1) kod pripremanja krivičnog dela i 2) u slučaju pokušaja krivičnog dela.

U članu 30. stav 3. Krivičnog zakonika Ruske federacije dat je pojam pokušaja krivičnog dela. Tako se pokušaj krivičnog dela određuje kao umišljajna delatnost (činjenja ili nečinjenja) koja je neposredno (direktno) usmerena na izvršenje krivičnog dela ako pri tome krivično delo nije dovedeno do kraja zbog okolnosti koje nisu zavisile od tog lica²⁵. Za pokušaj krivičnog dela se kažnjava kao i za dovršeno krivično delo.

12. SLOVENIJA

Novi Kazenski zakonik Republike Slovenije²⁶ u članu 34. određuje krivičnu odgovornost i kažnjivost za pokušaj krivičnog dela, odnosno u članu 35. za nepodoban pokušaj, odnosno za dobrovoljni odustanak u članu 36.

²⁴ Rossijskaja gazeta broj 25/1996.

²⁵ J.I. Skuratov, V.M. Lebedov, Kommentari k Ugolovnomu kodeksu v Rossijskoj federaciji, Norma, Moskva, 1996. godine, str.43

²⁶ Uradni list Republike Slovenije broj 55/2008.

Pokušaj krivičnog dela²⁷ postoji kada je krivično delo započeto, ali nije dovršeno. Iako zakon ne pavi terminološku razliku između svršenog i nesvršenog pokušaja, sudska praksa i pravna teorija poznaju ovu deobu. Prema ovom zakonskom rešenju pokušaj krivičnog dela je kažnjiv uvek kada se radi o krivičnom delu za čijeg je izvršioca propisana kazna zatvora od tri godine ili teža kazna, odnosno kada to zakon izričito propiše u drugim slučajevima. Takođe je određeno da pokušaj predstavlja fakultativnu ublažavajuću okolnost što znači da se učinilac pokušanog krivičnog dela može blaže kazniti u odnosu na propisanu kaznu u zakonu.

Nepodoban pokušaj ("neprimeren poskus") iz člana 35. Krivičnog zakonika Slovenije postoji kada je krivično delo preduzeto sa nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom predmetu. I na kraju (član 36. Krivičnog zakonika Slovenije) učinilac koji je pokušao izvršenje krivičnog dela, pa od njega dobrovoljno odustane (tako da nema posledice dela, bez obzira da li je ona uopšte i mogla da nastupi ili se radi o "promašenom" krivičnom delu) se može u potpunosti osloboditi od kazne u zakonu propisane za ovo krivično delo.

13. SRBIJA

Krivični zakonik Republike Srbije²⁸ određuje pojam, elemente, vrste i osnov kažnjivosti za pokušaj krivičnog dela (član 30.), nepodoban pokušaj (član 31.) i dobrovoljni odustanak (član 32.).

Tako je pokušaj krivičnog dela definisan u članu 30. Krivičnog zakonika Republike Srbije. Prema ovom zakonskom rešenju pokušaj postoji kada učinilac sa umišljajem započne izvršenje krivičnog dela, ali ga ne dovrši. Takvo se lice kažnjava samo u slučaju da se radi o pokušaju krivičnog dela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, odnosno kada se radi o pokušaju drugog krivičnog dela za koje sam zakon izričito propisuje kažnjivost. Pokušaj krivičnog dela predstavlja fakultativnu ublažavajuću okolnost za učinioca dela prilikom odmeravanja kazne u konkretnom slučaju²⁹.

²⁷ Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili B.Penka in K. Stroliga, Uradni list, Ljubljana, 1999. godine, str.81

²⁸ Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005, 88/2005, 115/2005, 72/2009 i 111/2009.

²⁹ D.Jovašević, Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007. godine, str. 201-21.

Pojam nepodobnog pokušaja krivičnog dela je dat u odredbi člana 31. Krivičnog zakonika Republike Srbije. Ovaj opšti institut krivičnog prava postoji kada učinilac pokuša da izvrši krivično delo nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom predmetu. U tom slučaju se on može u potpunosti osloboditi od u zakonu propisane kazne za ovo krivično delo, ili se može blaže kazniti³⁰.

14. ŠPANIJA

Pokušaj krivičnog dela je uređen i Španskim krivičnim zakonikom, i to u odredbama čl. 15. i 16³¹. U odredbi člana 15. ovog zakonika je izričito određeno da su kažnjivi kako svršeno, tako i pokušano krivično delo (zločin). U stavu 2. ovog člana je određeno da se prestupi kažnjavaju samo onda kada su izvršeni (svršeno delo), osim u slučaju pokušaja prestupa, pod uslovom da se prestup odnosi na ličnost ili imovinu.

Prema odredbi člana 16. Krivičnog zakonika Kraljevine Španije pokušaj zločina predstavljaju različite aktivnosti učinioca koje su neposredno usmerene na izvršenje zločina i koje su objektivno mogle da dovedu do određenog rezultata, iako dati rezultat (posledica krivičnog dela u vidu promene ili stanja na objektu napada) nije postignut u konkretnom slučaju zbog uzroka koji ne zavise od volje tog lica. U stavu 2. istog člana određen je pojam dobrovoljnog odustanka. Prema ovom zakonskom rešenju dobrovoljni odustanak predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti. Tako nema krivične odgovornosti (pa time ni kažnjivosti) učinioca koji dobrovoljno sprečava izvršenje zločina odustajući od njegovog izvršenja ili ometajući nastupanje posledice sa izuzetkom slučajeva kada aktivnosti koje su oni faktički izvršili čine obeležja bića drugog zločina ili prestupa³².

15. ŠVAJCARSKA

Švajcarski Krivični zakonik u poznaje tri vrste pokušaja koje uređuje u posebnim zakonskim odredbama. To su : 1) nedovršeni pokušaj (odustajanje od zločina) u članu 21., 2) dovršeni pokušaj (

³⁰ D.Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2010. godine, str. 215-217.

³¹ N.F. Kuznjecova, F.M. Rešetnikov, Ugolovnij kodeks Ispanii, Zercalo, Norma, Moskva, 1998. godine, str.14.

³² N.F. Kuznjecova, F.M. Rešetnikov, Ugolovnij kodeks Ispanii, op.cit. str.14-15.

energično kajanje) u članu 22. i 3) neprikladan pokušaj u članu 23.³³. Nedovršeni (nesvršeni) pokušaj krivičnog dela (član 21. Krivičnog zakonika Švajcarske konfederacije) kao fakultativna ublažavajuća okolnost postoji kada učinilac posle započinjanja izvršenja zločina ili prestupa ne dovodi svoju prestupnu (kažnjivu) delatnost do kraja (pa ne nastupi posledica krivičnog dela). Ovde se radi o prekidanju daljeg toka preduzete radnje izvršenja. No, ako do takvog prekida započete delatnosti dolazi na sopstvenu inicijativu učinioca dela (stav 2.), pa se prestupna delatnost ne preduzme do kraja, tada je sud ovlašćen da takvog učinioca u potpunosti oslobodi od kazne. U tom slučaju postoji dobrovoljni odustanak od pokušaja krivičnog dela.

Dovršeni (svršeni) pokušaj krivičnog dela (član 22. Krivičnog zakonika Švajcarske) postoji u slučaju kada je prestupna delatnost dovedena do kraja, ali posledica (rezultat koji karakteriše završetak zločina) nije nastupila. No, ako do takvog rezultata kažnjive delatnosti ne dolazi na sopstvenu inicijativu učinioca dela ili je on sopstvenom delatnošću sprečava (stav 2.), pa se prestupna delatnost ne preduzme do kraja, tada je sud ovlašćen da takvog učinioca u potpunosti oslobodi od kazne. U tom slučaju postoji dobrovoljni odustanak od pokušaja krivičnog dela.

I na kraju, neprikladan pokušaj krivičnog dela (član 23. Krivičnog zakonika Švajcarske) postoji ako je sredstvo pomoću koga je pokušano izvršenje zločina ili prestupa ili predmet protiv koga je prestup, odnosno zločin upravljen poseduje takva svojstva da njihovim korišćenjem ili u odnosu na njih posledica krivičnog dela uopšte ne može da nastupi. No, ako je učinilac preduzetim sredstvom ili predmetom delovao iz neznanja, tada ga sudija može u postupku odmeravanja kazne u potpunosti osloboditi od propisane kazne u zakonu³⁴.

16. ŠVEDSKA

Krivični zakonik Kraljevine Švedske u dvadeset trećem poglavlju pod naslovom : "Pokušaj, priprema, zavera i saučesništvo" određuje odgovornost i kažnjivost za pokušaj (ili nedovršeno delo) krivičnog dela³⁵. U odeljku jedan je određen pojam pokušaja

³³ N.F. Kuznjecova, A.V. Serebrenikova, Ugolovnij kodeks Švecarii, Zercalo, Norma, Moskva, 2000.godine, str.42

³⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937., Stand Am 1. April 1996., Bern, 1997. godine, str.5.

³⁵ N.Bishop, Swedish Criminal code, Stockholm, 1999. godine, str.15-16.

krivičnog dela. Prema ovom zakonskom rešenju lice koje je započelo izvršenje krivičnog dela, ali ga nije izvelo do kraja kažnjava se pod uslovom da postoji opasnost da bi takvo delo vodilo (moglo da prouzrokuje) izvršenju zločina ili je takva opasnost isključena samo sticajem okolnosti.

Za pokušano krivično delo je propisana ona vrsta i mera kazne koja je inače propisana za svršeno krivično delo pri čemu postoji ograničenje prema kome se u takvom slučaju propisana kazna može ublažiti samo do određene granice – najmanje do dve godine zatvora. No, u trećem odeljku je propisano da nema odgovornosti za pokušaj krivičnog dela ukoliko je učinilac dobrovoljno prekidom izvršenja ili na drugi način sprečio da se izvrši zločin ili ako je dobrovoljno srećo upotrebu kakvog opasnog sredstva. Ovde se, dakle, radi o odgovornosti za dobrovoljni odustanak od krivičnog dela.

17. ZAKLJUČAK

U najvećem broju savremenih evropskih krivičnih zakonodavstava, kao opšti institut u procesu ostvarenja kriminalne odluke javlja se više stadijuma (faza). Među njima se po svom značaju, karakteru i prirodi izdvaja pokušaj krivičnog dela (ili nedovršeno delo). On se može javiti u još dva oblika. To su : 1) dobrovoljni odustanak i 2) nepodoban pokušaj. U svim ovim slučajevima učinilac sa umišljajem preduzima radnju izvršenja predviđenu kao obeležje bića krivičnog dela, ali izostaje posledica u smislu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra. Za pokušaj se i u našem, ali i u uporednom krivičnom zakonodavstvu evropskih država kažnjava uvek kada se radi o krivičnim delima za koja se može izreći tri ili pet) godina zatvora ili teža kazna, a u pogledu drugih krivičnih dela samo onda kada zakon izričito propisuje da će se kazniti za pokušaj tih dela. Iz ovoga proizilazi da je za obavezno kažnjavanje pokušaja odlučna težina krivičnog dela izražena u vrsti i visini propisane kazne³⁶.

No, zakonodavac ovlašćuje sud da za pokušaj krivičnog dela može blaže kazniti učinioca nego za svršeno krivično delo. To znači da pokušaj kao opšti institut krivičnog prava³⁷ : 1) predstavlja nedovršeno krivično delo te kao takav znači olakšavajuću okolnost od

³⁶ P.Novoselec, Opći dio kaznenog prava, op.cit. str. 278-279.

³⁷ Lj.Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, op.cit. str.184-185.

značaja kod odmeravanja kazne učiniocu konkretnog krivičnog dela. To je, zapravo, okolnost koja se ogleda u obimu, prirodi i stepenu prouzrokovane posledice – budući da je u ovom slučaju posledica krivičnog dela potpuno izostala, 2) ima značaj kod procene stepena konkretne društvene opasnosti učinjenog krivičnog dela i ličnosti njegovog učinioca – budući da nema posledice krivičnog dela i 3) predstavlja fakultativni osnov za ublažavanje kazne, dok je nepodoban pokušaj fakultativni osnov za oslobođenje od kazne u potpunosti učinioca u konkretnom slučaju.

LITERATURA

- Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008.
- Bishop, N., Swedish Criminal code, Stockholm, 1999.
- Code penal, Dalloz, Paris, 2000.
- Criminal code of the Republic of Albania, Official text, Tirana, 2000.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ., Krivično pravo, Beograd, 2010.
- Fedosova, I., Skuratova, T., Uголовниј кодекс Россијској федерациј, Москва, 2005.
- Foregger, E., Serini, E., Strafgesetzbuch StGB, 9. Auflage, Wien, 1989.
- Grozđanić, V., Škorić, M., Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2009.
- Jescheck, H.H., Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1978.
- Jovanović, L.J., Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002.
- Jovašević, D., Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002.
- Jovašević, D., Leksikon krivičnog prava, Beograd, 2006.
- Jovašević, D., Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom, Beograd, 2007.
- Jovašević, D., Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2010.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili B.Penka in K. Stroliga, Uradni list, Ljubljana, 1999.
- Krivokapić, B., Uvod u pravo Finske, Beograd, 2005.
- Kuznjecova, N.F., Rešetnikov, F.M., Uголовниј кодекс Испаниј, Zercalo, Norma, Moskva, 1998.
- Kuznjecova, N.F., Serebrenikova, A.V., Uголовниј кодекс Швецарии, Zercalo, Norma, Moskva, 2000.
- Law of the State of the Israel, Penal law, Official text, Jerusalem, 1977.

Liszt, F., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig, 1922.

Lolis, N., Mangakis, G., The Greek Penal code, London, 1973.

Nenov, I., Nakazateljno pravo na Republika Blgaria, Obša čast, Knjiga vtor, Sofija, 1992.

Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.

Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.

Sbornik Nakazatelni zakoni, Sofi-r, 1995.

Schweiserisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937., Stand Am 1. April 1996., Bern, 1997.

Selinšek, Lj., Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana, 2007.

Skuratov, J.I., Lebedov, V.M., Kommentari k Ugolovnomu kodeksu v Rossijskoj federaciji, Norma, Moskva, 1996.

Professor Dragan Jovašević, Ph.D.
Law Faculty, Niš University

ATTEMPT IN EUROPEAN CRIMINAL LEGISLATION

As a rule, one or more activities prescribed by law as elements of a criminal offence result in a consequence in terms of causing a change or state in the outside world. However, it is often the case that a person undertakes an action, but a consequence of a criminal act does not occur. In these cases, such actions constitute attempt (incomplete criminal offence). It is possible sometimes that the execution of a criminal action requires certain preconditions, in terms of preparatory actions that enable or facilitate the committing of a criminal offence. The real danger from jeopardizing the protected good, as well as the scope and intensity of the expressed criminal will to cause a consequence by action taken constitute the very essence of attempt and grounds for punishability. This paper shall therefore analyse the notion and characteristics, contents and nature of attempt in criminal legislation of a number of European countries and compare them with the solutions found in Serbian criminal legislation.

Key words: *criminal offence, action, intent, no consequence, incomplete offence.*

Dr Dragana Petrović
Institut za uporedno pravo
Beograd

Originalni naučni rad
UDK 341.46

TRI MODELA ZLOČINA MEĐUNARODNOG TERORIZMA

Zbog toga što postoje odgovarajući "previdi" u dešifrovanju unutrašnje prirode terorizma, potrebno je ovde da se naglasi kako on, veoma često (podrazumevajući njegov zločinački element) obuhvata i elemente politike, ratovanja, propagande. Ispitujući njihove spoljašnje manifestacije, terorističke akcije, na neki način i ponekad, podsećaju na ratne zločine: civili se napadaju, zarobljavaju se taoci, ljudi se kidnapuju i preti im se smrću... Međutim, do sada je izostajala politika podrške za definisanje terorističkog akta kao mirovnog ekvivalenta ratnim zločinima. Naravno, da konkretna činjenica baca snažno svetlo na tumačenje i razumevanje pojave koju istražujemo i ovde komentarišemo. U jednom širem smislu, ova činjenica baca svetlo i na prirodu sveta u kome živimo: karakter političkog sistema, nejednaka raspodela moći, različiti uticaji svetskih tehnoloških, ekonomskih, vojnih, političkih i kulturnih sila na položaje određenih država, tj. repertoar promena koji je poslednjih godina kulminirao u žestoke konflikte između nekih nacija...

Ključne reči: međunarodno krivično pravo, međunarodni zločini, raznovrsne forme ispoljavanja zločina terorizma, izrazita obeležja ovih oblika zločina

I. TERORIZAM MEĐUNARODNI ZLOČIN

Razlog što ćemo učiniti "izlet u prošlost" međunarodnog krivičnog prava, preciznije – međunarodnih krivičnih dela, ne nalazi se u tome što smo ljubitelji "muzeja" ove oblasti prava, već što ćemo videti da taj istorijski proces predstavlja pojavu relativno kratkog trajanja, a ipak snažno utiče na sprečavanje međunarodnog kriminaliteta. Tako će "istorijsko nasledje", uslovljeno i ustanovljeno

neujednačenim kretanjem, protivurečnom i promenljivom političkom situacijom, dati osnovni pečat i konceptu međunarodnih krivičnih dela. Tako će na dnevni red razmatranja i preciziranja međunarodnog terorizma doći i do potrebe detaljnijeg objašnjavanja terorizma kao međunarodnog zločina.

Ali, krenimo redom.

Međunarodno krivično pravo je skup međunarodnih pravila koja propisuju šta su to međunarodna krivična dela i nameću državama obavezu da gone i kažnjavaju za bar neke od njih (materijalno pravo). Ono uređuje i međunarodne postupke za gonjenje i sudjenje licima koja se terete za vršenje tih krivičnih dela (procesno krivično pravo). Naglasimo, prvi ogranak tog skupa pravila (rekli smo, čini materijalno pravo), utvrđuje: koja dela predstavljaju međunarodna krivična dela, subjektivne elemente bića zabranjenih dela, moguće okolnosti pod kojim lica okrivljena za te zločine ipak mogu biti oslobođene krivične odgovornosti, kao i pod kojim uslovima države mogu ili moraju, saglasno međunarodnim pravilima, goniti i izvoditi pred sudove lica okrivljena za te zločine.

Stavljajući prvu grupu pravila (pravila koja utvrđuju međunarodna krivična dela) u centar našeg razmatranja, neophodno je da na početku, kažemo kako se lista (onih dela za koje međunarodno pravo čini krivično odgovornim inspiratore, naredbodavce i izvršioce), po broju ovih dela, njihovoj strukturi, sadržini, nazivima, uz postepena dodavanja i oduzimanja, neprekidno menjala. Krajem XIX veka i još mnogo godina posle toga, bili su kažnjavani samo ratni zločini. Nakon Drugog svetskog rata dolazi do novih kategorija zločina, dok su ratni zločini preformulisani: statuti međunarodnog vojnog tribunala u Hirnbergu (1945) i Međunarodnog vojnog tribunala za Daleki istok (1946), dodali su na listu nova međunarodna krivična dela. Zločini protiv čovečnosti i zločini protiv mira dodati su kao nove vrste kažnjivih dela 1945. godine, a 1948. godine, dodat je i genocid kao posebna podvrsta zločina protiv čovečnosti (ubrzo, nakon toga genocid postaje samostalna vrsta zločina). Lista se, krajem 80-tih godina XX veka, uvećava za još jedan poseban zločin – reč je o mučenju kao per se zločinu. Nedavno je, uz posebne uslove, i međunarodni terorizam proglašen za zločin.¹

Uprkos eksploziji terorizma na globalnom nivou, da ponovimo - terorizam do danas nema preciznu definiciju, čak ni okvirno

¹ Cit. prema: A. Kaseze, op.cit. str. 18 – 19.

prihvatljivu. Neki predstavnici vlasti su skloni da terorizmom nazovu sve nasilne aktivnosti koje sprovode njihovi oponenti, dok antivladini ekstremisti tvrde, upravo suprotno, da su žrtve vladinog terora. Neprecizna priroda ovog termina omogućava da se on može primeniti, odnosno da se njime mogu etiketirati sve akcije koje "izazivaju strah u cilju postizanja različitih ciljeva". U najopštijem smislu se može primeniti i na neke druge slične akte nasilja, kao što su kidnapovanje i otimice aviona, za koje učinioci, inače nisu planirali da prerastu u teror. Politički sociolozi, nažalost, smatraju da jedinstvena, univerzalna definicija, u principu ne može da se postigne, jer je sam proces definisanja deo šire konstelacije ideoloških ili političkih ciljeva. Napori u definisanju podržavaju argument da se perspektive menjaju u zavisnosti gde i kada su teroristi izvršili teroristički akt. Pitanje definisanja terorizma je centralno za razumevanje ovog fenomena, kao i za uspeh mera koje se preduzimaju protiv njega. Za većinu posmatrača, svaki nasilni čin se može upisati u rubriku: terorizam. Drugi, pak, nisu skloni ili nisu voljni da terorizmom nazovu nasilne aktivnosti koje se sprovode u revolucionarnom kontekstu. Konfuzija može nastati i oko naizgled sličnih činova nasilja koje vrši politički motivisan pojedinac, kriminalac ili mentalno neuravnotežena osoba.²

II. RAZNI OBLICI MEDJUNARODNOG ZLOČINA TERORIZMA

Terorizam u savremenom društvu postaje sve dinamičnija pojava razmetljivo pokazujući sva svoja pogubna lica. On zadobija različite oblike, superiorno se izdižući i vešto izmičući prema postavljenom cilju. Cilj oblikuje sebi primerene likove (oblike) terorističkog akta, stvara jedne i neutrališe druge težnje, kao senka prati živote modernog čoveka, grupa građana, određenih država, predstavnika vlasti itd., tako da ponekad ne možemo ni da zamislamo da ovaj svet "funkcioniše" bez postojanja odnosne vrste nasilja. Nažalost, terorizam je postao neizbežna i sve rasprostranjenija pojava, tamna strana sve veća modernizacija i napretka država, njihova velika iracionalnost. "Sile" koje oblikuju njegov svet postaju potpuno neprozirne, misteriozne za većinu od nas. Prirodno svojstvo terorizma je i da se žrtve tretiraju na potpuno bezličan i bezdušan način. To, s

² Ibid.

druge strane, radja osećanje izgubljenosti u lavirintu akcija terorističkih organizacija, potpunoj bespomoćnosti jedinice suočene sa katastrofalnim posledicama koje ovaj proizvodi.

No, mi se nećemo baviti njegovim opisom. Naš pristup karakteriše ovog puta, osoben ugao posmatranja raznih oblika terorizma kao međunarodnog zločina.

Zato je neophodno da na ovom mestu učinimo par uvodnih napomena i time osvetlimo odnosnu problematiku iz sasvim nove perspektive.

Navedeno shvatanje terorizma kao vrste međunarodnog zločina nije slučajno izabrano. Reč je, naime, o sledećem:

Terorizam spada u jednu od tri vrste međunarodnih zločina³ (pored agresije i mučenja per se) koja povezuju u podgrupu međunarodnih zločina pod nazivom - Ostali međunarodni zločini, dva glavna obeležja: prvo, prevladava shvatanje da ona ne spadaju u

³ Međunarodni zločini predstavljaju kršenja međunarodnih pravila koja povlače individualnu krivičnu odgovornost pojedinaca (za razliku od odgovornosti država u čije ime pojedinci mogu da deluju kao njihovi organi). Pri raspravljaju pojedinih kategorija tih zločina, moraju se posebno naglasiti četiri jedinstvene osobine koje međunarodni zločini kumulativno mora da obuhvate:

1. Kršenje međunarodnih običajnih pravila (kao i odredaba ugovora gde takve odredbe postoje);
2. Pravila koja pružaju zaštitu vrednostima koje međunarodna zajednica smatra važnim i koje u skladu sa tim, obavezuju sve države i sve pojedince. Reč je o vrednostima sadržanim u međunarodnim instrumentima od kojih su najvažniji Povelja UN (1945), Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950), ... kao i ugovori koji predviđaju kažnjavanje i represiju pojedinih oblika terorizma.
3. Zatim, postoji univerzalni interes za suzbijanje tih zločina. U skladu sa tim, a uz odgovarajuće uslove, svaka država može u načelu goniti i kažnjavati one na koje se sumnja da su njihovi inspiratori, nalogodavci ili izvršioci.
4. Ako je izvršilac delovao u nekom službenom svojstvu (kao državni zvaničnik), država u čije je ime izvršio zabranjeno delo ne može se pozivati na imunitet od građanske ili krivične jurisdikcije strane države koji, po običajnom pravu, imaju državni zaničnici koji deluju u okviru svojih funkcija (medjutim, u kategoriji visokihi zvaničnika oni uživaju potpuni lični imunitet) prema: Na ovakav način odredjen, pojam međunarodnog zločina obuhvata ratne zločine, zločine protiv čovečnosti, genocid, mučenje (koje se ovde razlikuje od mučenja kao jedne od vrsta ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti), agresiju i neke od ekstremnih oblika terorizma (teška dela međunarodnog terorizma koja podržava ili toleriše država. Pojam zločina ovde ne obuhvata pirateriju, ilegalnu trgovinu drogom i apartheid.

Cit. prema: A. Kaseze, op.cit.str. 27 - 29.

Kaseze - str. 27, 28.

kategoriju koja obuhvata najgnusnije zločine: ratni zločini, zločini protiv čovečnosti i genocid (tzv. "core crimes"). Druga, ne manje važna njihova karakteristika, da nisu u nadležnosti nijednog međunarodnog krivičnog tribunala ili suda.⁴

Dakle, zanemarujući ovde razloge koji su uzrokovali takav stav, odnosno razloge zbog kojih su ovi izuzeti iz proširenja međunarodne nadležnosti (a oni su različiti za svaki od ovih vidova ratnih zločina) većine država zastupa gledište da se terorizam, uprkos svim organičenjima koncepta, mora goniti na nacionalnom nivou, individualnom ili zajedničkom prinudnom i sudskom akcijom.⁵

Rekli smo, zanemarujući razloge, zato što smo već više puta govorili o njima.⁶ Ali ovo "scensko prikazivanje uspešne borbe protiv međunarodnog kriminaliteta ima za smisao da prikaže, tj. pokaže da bi se terorizam kriminaliteta gonio na nacionalnom nivou u slučaju potrebe, usaglašenim delovanjem pojedinih država. Naravno, da ovakvo postupanje, praćeno ubedljivom argumentacijom diktira suštinski preokret u tom pogledu. Naglasimo, navedeno mišljenje, iako na prvi pogled izgleda ubedljivo, može se osporiti - kada bi se umesto na nacionalnom nivou, nekom međunarodnom sudskom telu poverio zadatak da odlučuje o ovoj formi međunarodnog zločina (u ovom kontekstu govorimo, delom i o agresiji i mučenju), onda bi ovakvo postupanje ostvarilo pozitivne efekte najmanje u dva pravca: prvo, na pravosudnom nivou, tj. ukoliko bi ovaj zločin bio u nadležnosti nezavisnog međunarodnog tela, u značajnoj meri bi se otklonila mogućnost da ta vrsta zločinačkog ponašanja ostane nekažnjena; drugo, samo na ovaj način bi se u potpunosti realizovao princip nepristrasnosti sudova i osnovnih prava optuženog (više i bolje nego što to može da učini bilo koji nacionalni sud).⁷ Nažalost, važnije od toga je činjenica da neke države još uvek žele da to pitanje rešavaju "same silom", tj. upotrebom vojne sile, dajući primat ovakvom rešenju pred onim koji bi mogla da pruži međunarodna pravda?!

⁴ A. Kaseze, op.cit. str. 126.

⁵ Ibid

⁶ Odlučujući argument je da terorizam nije dovoljno precizno definisan u međukrivičnom pravu, odnosno da je ta definicija nejasna i podložna različitim tumačenjima. Navode se još i sledeći razlozi: unošenje tog zločina bi politizovalo rad Suda; terorizam, ipak nije dovoljno težak zločin da bi bio stavljen u nadležnost Suda; itd.

⁷ Ibid.

Sledeći osnovnu ideju, pažnju koncentrišemo na ono što daje opšti pečat, osobitu i jedinstvenu suštinu raznim "kreacijama" zločina međunarodnog terorizma.

"Zaodenut različitim plaštovima", zločin terorizma se može pojaviti u raznovrsnim formama ispoljavanja. Međutim, svi ovi njegovi pojavni oblici imaju određene dodirne tačke koje ih kao takve povezuju, koje determinišu njegovu specifičnu unutrašnju prirodu. Ova činjenica nas upućuje na razmatranje tih karakterističnih obeležja, isključivo u označavanju njihove spoljašnje izdiferenciranosti.

Tako se ova vrsta međunarodnog zločina i njegova kompleksna sadržina u svojoj individualnosti ne može drugačije shvatiti ili objasniti osim ukoliko se prethodno ne istakne ili osvetli ono što im je zajednički imenitelj. tj. ono što je osnovno, bitno, što konstituise ovu pojavu.

Osvetljavanje sadržajnih sastojaka terorizma je ujedno i pravi početak objašnjenja, razumevanja raznih oblika terorizma, koje ćemo ovde posebno naznačiti.

U tom smislu, izrazita obeležja terorizma su:

Prva, najvažnija i najznačajnija opšta karakteristika je, po rečima M. Delmas-Marty "depersonalizacija žrtve" (*dépersonnalisation de la victime*).⁸ Žrtva jednog terorističkog akta može biti svako-od deteta do starca. Zapravo, za izvršioca je bez značaja ko je žrtva - da li je mlada ili stara, muškarac ili žena, bogataš ili siromah, ... (podmetanje bombe u pozorištima, avionima, vozovima i sl.) za njega je bitno samo jedno - da žrtva bude ubijena, ranjena, da oseti strah, paniku i nesigurnost, upravo sa ciljem ostvarivanja određene političke, verske, ideološke,... promene. Terorista napada nasumice. Za njega je žrtva, jednostavno, anonimno i potrošno sredstvo za realizaciju cilja. Obični građani se pred "običnim" kriminalitetom u određenoj meri još i mogu osećati sigurni, uvereni da ipak neće biti žrtve, dok kada je terorizam u pitanju, niko se ne može osećati sigurnim i zaštićenim. Ovde izvršilac ne napada neku žrtvu zbog pripadnosti nekoj nacionalnosti, zbog socijalnog položaja, polne pripadnosti, zbog toga što je mrzi, zbog određenih ljudskih, stručnih, fizičkih i sl. vrednosti.

Drugi, najuočljiviji znak se manifestuje u: da bi se teroristički akt mogao smatrati međunarodnim zločinom, mora biti vezan za oružani sukob, međunarodni ili unutrašnji (tj. vojni sukob između

⁸ Cit. prema: A. Kaseze, op.cit. str. 144.

dve države ili dve naoružane grupe u jednoj državi), da poprimi takve razmere da predje granice jedne države i ugrozi bezbednost druge države, tj. takav teroristički akt mora u to da uvuče državne vlasti i zadobije transnacionalnu dimenziju, ili je, pak, potrebno da ovaj poprimi obeležja ponašanja definisanog kao zločin protiv čovečnosti. Obrazložujući ovu neophodnost, posebno se ukazuje na odredbe međunarodnih ugovora iz kojih jasno proizilazi da se u njihovoj primeni izuzima "domaći" terorizam.⁹

Treće, temeljno obeležje terorizma je da predstavlja krivično delo, bez obzira na to da li ga vrše pojedinci koji deluju u ličnom svojstvu (napr. članovi terorističkih grupa), ili se radi o izvršiocima koji deluju u nekom službenom svojstvu, tj. kao de yure ili de facto državni zvaničnici u okviru svojih funkcija. Treba posebno naglasiti da u ovom drugom slučaju, pored individualne krivične odgovornosti, vršenje zločina označene vrste od strane ovih lica može da dovede i do odgovornosti države. Znači, ako je izvršilac delovao u nekom službenom svojstvu, država u čije ime je on delovao, tj. izvršio teroristički akt, može snositi međunarodnu odgovornost zbog kršenja međunarodnih običajnih pravila, kao i odredaba ugovora (gde takve odredbe postoje).¹⁰

Govoreći o žrtvama terorističkog akata, valja istaći da međunarodno pravo pruža odgovarajuću zaštitu žrtvama ove vrste nasilja. U tom smislu, videćemo da se u međunarodnom pravu u pogledu zaštite žrtava pravi razlika - zavisno od toga u koju vrstu zločina spada teroristički akt, tj. da li se radi o ratnom zločinu, zločinu protiv čovečnosti ili zločinu međunarodnog terorizma. Kada je teroristički akt upravljen protiv civila i civilnih objekata, onda je on zabranjen kao ratni zločin; kao zločinu protiv čovečnosti, teroristički akti su zabranjeni onda kada su upravljani protiv civila¹¹ : kao

⁹ Vidi, napr. član 3. Konvencije UN o terorističkom bombardovanju od 12. januara 1998. godine. Sličnu odredbu sadrži i član 3. Konvencije o finansiranju terorizma od 20. januara 2000. godine. Cit. prema: A.Kaseze, op.cit. str. 145.

¹⁰ Vid. o tome opširnije: Ibid

¹¹ Ovde se može postaviti pitanje odstupanja odnosno, nesaglasja navedenog stava da sa običajnim pravom. Naime, kao posledica postepenog isčezavanja veze između zločina protiv čovečnosti i oružanog sukoba u međunarodnom običajnom pravu, smanjivalo se, ako ne i potpuno nestalo, insistiranje na civilima kao jedinoj vrsti žrtava tih zločina. Kako se zločini protiv čovečnosti mogu vršiti i u vreme mira, shvatanje da mogu biti učinjeni samo protiv civila više nema smisla. Time dolazimo i do toga da je obim običajnih pravila koja regulišu materiju zločina protiv čovečnosti mnogo širi nego što se to obično misli. Prvo, u pogledu toga ko sve može

kategorija međunarodnog terorističkog akta teroristički akt je zabranjen ako je upravljen protiv bilo kog cilja. Ali zadržimo se malo na svakom od ovih oblika terorizma, kao tematskom delu koji će znatno doprineti razradi terorizma kao međunarodnog zločina, rasvetljavajući nekoliko pitanja koja zaslužuju da se ovde podvuku.

1) Terorizan kao ratni zločin

Kao što je rečeno, teroristički akti upravljeni protiv civila ili civilnih objekata su zabranjeni kao ratni zločini. Zabrana vršenja ove vrste zločina u okolnostima o kojima će biti reči posledica je "druge evolucije". Značajan doprinos ovom procesu na normativnom nivou dali su Četvrta ženevska konvencija (1949), Prvi i Drugi dopunski protokol od 1977 i dr. Dovoljno je spomenuti član 33 (1) koji zabranjuje vršenje terorističkih akata protiv civila koji imaju status "zaštićenih lica", bez obzira da li ih vrše oružane snage zaraćenih strana protiv lica koja se mogu naći na teritoriji zaraćene strane kao internirci, ili na okupiranoj teritoriji, kao i objašnjenje u već pomenutom autoritativnom Komentaru u kome se precizira kako je ova zabrana proizašla iz potrebe da se predupredi uobičajena praksa "pribegavanja zastrašivanju kako bi se terorizalo stanovništvo "u nadi da će se tako odustati od neprijateljskih akata". Istovremeno, ova zabrana vršenja takvih akata obuhvata i civile koji se bore zajedno sa jednom od zaraćenih strana, kao i civile i organizovane grupe koje se bore protiv okupatorskih snaga. (Komentar koji je objavio Međunarodni komitet Crvenog krsta (1958)).¹²

Stvari stoje slično i kada se radi o unutrašnjim oružanim sukobima. Naime, i u ovoj vrsti sukoba zabranjeni su akti terorizma protiv civila ili lica koja su prestala da učestvuju u sukobu, bez obzira na to da li strana u sukobu pribegava terorističkim metodima.¹³ U istom kontekstu, dovoljno je spomenuti i Prvi i Drugi dopunski protokol i jasno izneti stanovište da je zločin terorizma upravljen

da ih vrši (i privatna lica pod uslovom da državne vlasti odobravaju ili opraštaju njihova dela, ali da su ona astavni deo široke ili sistematičke prakse nedozvoljenog ponašanja), a zatim u pogledu žrtava tih zločina. Tako, neke kategorije žrtava tih zločina mogu biti kako civili, tako i borci. I dalje, žrtve tih zločina ne moraju biti državljani neprijateljske zemlje, nego i zemlje čije vlasti naredjuju, odobravaju ili zatvaraju oči pred nedozvoljenim radnjama koje imaju osobine zločina protiv čovečnosti Ibid, str. 104-105.

¹² Ibid, str. 104-105.

¹³ Ženevskim konvencijama usledila su dva dopunska protokola: vidi član 4 (2) (d) Drugog dopunskog protokola, kao i članove 51 (2), odnosno 13 (2)

protiv civila zabranjen i inkriminisan po Međunarodnom humanitarnom pravu, kako je sadržano u ugovorima.¹⁴ Oba zabrana se proteže i u pogledu terorističkih akata upravljenih protiv civilnih objekata, istovremeno naglašavajući da su njome obuhvaćeni i borci - iako ne kao ratni zločini, nego kao zasebni zločini terorizma.

Objektivni element (*actus reus*) se manifestuje u svakom činu pretnji napadom na civile ili civilne objekte ili u primeni nekih drugih vidova zastrašivanja upravljenih na širenje straha i strepnje. Subjektivni elemenat (*mens rea*) obuhvata nameru da se izvrši zabranjeni akt ili pretnju nasiljem protiv civila generalni umišnjaj. Uz to, da bi ovaj teroristički akt imao obeležja zločina, neophodan je još jedan mentalni element: nastojanje da dovede do širenja terora (straha, bojazni) među civilima. Taj dodatni element kod terorizma kao međunarodnog zločina doseže pojam posebnog zločinačkog umišljaja (*dolus specialis*). U svetlu onoga "što je rečeno, širenje terora među civilima mora biti glavni cilj" zabranjenih dela ili pretnji nasiljem.¹⁵

2) Terorizam kao zločin protiv čovečnosti

Evo još jednog oblika manifestovanja terorizma kao međunarodnog zločina. Ovog puta, kao zločine protiv čovečnosti. I opet, u raskrivanju ove dimenzije terorističkog delovanja (koja ga "uzdiže" na označeni stepen međunarodnog karaktera zločinačkog delovanja, otkriva se, kao pravilnost - da bi se terorizam morao kvalifikovati kao međunarodni zločin, mora da ispuni određene uslove:

prvo, da teroristički akti ne predstavljaju izolovane i sporadične slučajeve, već su obično deo neke šire celine, bilo zbog toga što su deo operacija šireg obima i sastoje se od teškog gaženja ljudskog dostojanstva (rasprostranjena praksa), ili povezani sistem vršenja nedozvoljenih radnji (sistematička praksa);

drugo, da teroristi znaju da su njihova zločinačka dela deo opšteg i sistematskog obrasca ponašanja, tj. da se takav zločin vrši uz saznanje da se čini kao deo operacija širokih razmera ili sistematske prakse.

treće, i dalje, da bi se teroristički akti mogli podvesti pod kategoriju zločina protiv čovečnosti, neophodno je da se oni ispolje

¹⁴ Vid. o tome opširnije: Ibid, str. 62-63, kao i 146.

¹⁵ Ibid, str. 146.

kao ubistva, istrebljivanje, mučenje, silovanje, progon - ili da spadaju u neka druga nečovečna dela.

Žrtve ovih zločina mogu biti civili ili ako su učinjena au toku oružanih sukoba, lica koja ne učestvuju (ili više ne učestvuju) u oružanim neprijateljstvima, kao i po međunarodnom običajnom pravu neprijateljski borci.¹⁶

Zaključićemo sa: teroristički akti su zabranjeni i moraju biti kažnjeni bez obzira na to da li su izvršeni za vreme rata ili u vreme mira (današnje međunarodno pravo ne zahteva vezu sa nekim oružanim sukobom).

3) Terorizam kao zaseban međunarodni zločin

Teroristički akti se mogu pojaviti i kao zasebni međunarodni zločini, pod uslovom da ispunjavaju sledeće kriterijume:

prvo, da njihove posledice nisu ograničene samo na jednu državu, već da prevazilaze državne granice, kako u pogledu lica koja u njima učestvuju, tako i u pogledu upotrebljenih sredstava i ispoljenog nasilja;

drugo, da se vrše uz pomoć neke druge države ili uz tolerisanje od strane države koja nije u stanju da iskoreni terorističku organizaciju, smeštenu na svojoj teritoriji ili se nalazi u nekoj drugoj državi;

treće, da je reč o pojavi koja predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti, i postaje od posebnog interesa za celu međunarodnu zajednicu;

Sledeći, četvrti, kriterijum se sam nameće: da su teroristički akti veoma teški ili su velikih razmera.

Iz ovog ukazivanja, ne mogu se svi teroristički akti kao takvi klasifikovati kao zaseban međunarodni zločin. U suprotnom, obrazlažući neophodnost postojanja svih, gore navedenih elemenata, nedostatak samo jednog od njih eliminiše terorizam iz kategorije zasebnog međunarodnog zločina. U tim slučajevima, po svemu sudeći, treba da ovi akti budu "kumulativni", tj. da obuhvate sva četiri elementa ili da ispune sva četiri uslova. Otuda, ako se teroristički akti preduzimaju unutar jedne države (napr. Crvene Brigade u Italiji, ili ETA u Španiji...), krivična su dela kažnjiva po zakonima odnosne

¹⁶ Sasvim suprotno, po statutima Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (ICTY), Međunarodnog krivičnog tribunala za Ruandu (ICTR) i Međunarodnog krivičnog suda, zločini protiv čovečnosti se mogu vršiti samo protiv civila. Cit. prema. Ibid, str. 147-148.

države. U slučaju, pak, da su se druge države obavezale posebnim ugovorima zaključenim s tim državama o saradnji u traganju, gonjenju i kažnjavanju izvršilaca terorističkih akata, one su dužne da u skladu sa tim i postupe.¹⁷ Nažalost, nacionalni sudovi primenjuju te ugovore selektivno, samo u retkim slučajevima. Najčešće, njihova primena podleže "ćudljivosti" političkih interesa.

Kako je međunarodni terorizam zločin zabranjen (pre svega) običajnim pravom, svaka država zbog kršenja međunarodnih obaveza, ima "pravo i dužnost" da sve izvršioce koji se nadju na njenoj teritoriji izvede pred sud. Ovde je reč o onim obavezama koje se mogu nazvati obaveze prema zajednici. No, interes zajednice da se ove obaveze ispune pre je potencijalan nego stvaran. Veći broj država i dalje nastoji da rukovodjen isključivo sopstvenim interesima, pre intervenišu zbog kratkoročnih nacionalnih interesa nego da bi sprečile očigledno teško kršenje međunarodnog prava.¹⁸

Actus reus zločina terorizma je: 1) teroristički akti moraju predstavljati krivična dela u pretežnom broju nacionalnih zakonodavstava (napr. ubistvo, telesna povreda, otmica, uzimanje talaca, bombardovanje, mučenje, itd.) 2) širenje terora (straha, bojazni) mora biti njihov osnovni cilj (napr. zastrašivanje, pretnjama ili preduzimanjem nasilnih akcija protiv javnosti ili nekih grupa lica); 3) moraju biti politički, ideološki ili verski motivisani - tj. da se ne vrše zbog lične koristi.¹⁹

Što se tiče subjektivnog elementa (mens rea), praksa velikog broja država, nacionalni pravni sistemi i rezolucije mnogih međunarodnih organizacija se nalaze na liniji identičkog postupanja. Uz subjektivni element, neophodno je da postoji i specijalni umišljaj (dolus specialis) - koji se ispoljava u širenju terora među stanovništvom.²⁰

¹⁷ Vid. Rezoluciju Saveta bezbednosti UN od 12. septembra 2001. godine, br. 1368/2001 o terorističkim napadima na Njujork i Vašington.

¹⁸ Citirajmo, opet, Rezoluciju Saveta bezbednosti, koja poziva sve države da "zajedno i bez odlaganja rade na privodjenju pravdi izvršilaca, organizatora i pokrovitelja tih terorističkih akata... a smatraće se odgovornim i oni koji su pomagali, podržavali i štitili izvršioce, organizatore i pokrovitelje tih aktata." Ova preporuka je, kao što znamo, usledila posle terorističkih akata izvedenih 1. septembra 2001. u Njujorku, Vašingtonu (DK) i u Pensilvaniji!?

¹⁹ Ibid, str. 149.

²⁰ Ibid

Najzad, ova vrsta međunarodnog zločina može biti uperena protiv: civila i vojnog osoblja, ali i nekih drugih službenih lica (žrtve terorističkih akata).²¹

4) Vrste zločina terorizma zabranjene ugovorima

Najzad, ostala je da se objasni još jedna vrsta (u širem smislu te reči, jer se ovde radi o zasebnim vrstama) terorizma kao pravog međunarodnog zločina. Naime, da bi kompletirali sliku o terorizmu kao međunarodnom zločinu, ne možemo, a da se ne osvrnemo i na one terorističke akte koji su eksplicitno zabranjeni već pomenutim ugovorima o terorizmu.²² Shodno izloženom, a radi bližeg i jasnijeg omedjavanja pojma zločina terorizma, pošto se često kao pravi međunarodni zločini smatraju samo oni koji su predviđeni Međunarodnim običajnim pravom i kojima se vredjaju osnovne vrednosti utvrđene međunarodnim okolnostima i zasebne akte terorizma svrstati u kategoriju međunarodnih zločina. Reč je, o relevantnim ugovorima u ovoj oblasti koji, kao takvi imaju posebnu vrednost i van svoje strogo "ugovorne dimenzije" (jer se oslanjaju na običajna pravila, odnosno na njih ukazuju ili doprinose njihovom stvaranju).²³

Pregled stvavova koje prema definisanju glavnih aspekata zločina terorizma (regulisanje represije) zauzimaju pravni sistemi, očigledno pokazuje da, uprkos razlikama u pristupu, postoji jedinstveno mišljenje o načinu na koji se ovi kažnjavaju i gone. I to je ono što je bitno - i to afirmišu međunarodni ugovori o pojedinim vrstama terorizma. Zato oni predstavljaju nešto drugačije i više (od međunarodnog običajnog prava), tj. "korak napred" u pravcu sprečavanja i kažnjavanja tih zločina. Dakle, ovim ugovorima je učinjen pomak napred u stvaranju takve klime (uspostavljanjem koordinacije medju državama u inkriminisanju tih dela), koji treba da obezbedi da "nacionalne vlasti blagovremeno i efikasno kažnjavaju terorizam", odnosno da se države ugovornice jasno obavežu da na svojim teritorijama hapse, gone i privode pravdi učinioce terorističkih akata.²⁴

²¹ Države ugovornice mogu izvesti pred sud pritvoreno lice optuženo za "teška kršenja", bez obzira na njegovo državljanstvo, državljanstvo žrtve i mesto gde je do kršenja došlo - načelo univerzalne nadležnosti.

²² Upravo, počev od 1970-ih, niz ugovora protiv terorizma je doprinelo inkriminisanju novog međunarodnog zločina - TERORIZMA.

²³ A. Kaseze, op.cit. str. 150

Tendencija je jasna i ona bi trebalo da obezbedi smernice za buduće akcije. Nažalost, saradnja medju državama u borbi protiv zločina terorizma je u porastu, ali je još, uvek ograničena. Naročito je za žaljenje što obaveza gonjenja i kažnjavanja tih zločina nije poverena nijednom međunarodnom telu.

III TRI MODELA FUNKCIONISANJA

Opšte: poredjenje

Da li su postojeća zakonodavna rešenja odgovarajuća i da li ih treba menjati i dopunjavati, odnosno - da li se u okviru postojećih inkriminacija u našem krivičnom zakonodavstvu mogu uspešno suzbijati ovakva delovanja ili su, pak, neophodne odgovarajuće zakonske intervencije?

Davanje konačnih odgovora na postavljeno pitanje, kroz potpunu analizu krivičnih dela terorizma u jednom širem smislu je nemoguće. Drugim rečima, mi smo se, po nekakvom ličnom izboru, čija se osnova može uočiti, na početku odlučili da obuhvatimo samo po jedan njegov deo, ali na način koji će obezbediti tj. isprovocirati nove dileme o vrstama i načinima borbe protiv terorizma.

U skladu sa pomenutim, različite države kroz različite koncepte nude i raznovrsna rešenja u pogledu pitanja - da li terorizam regulisati specijalnim ili opštim krivičnim zakonodavstvom?

Najpre, polazište u razmatranju odgovora na postavljeno pitanje, locirano je na područje mogućih načina u propisivanju ove inkriminacije. I odmah da kažemo da uporedna zakonodavstva nude različita rešenja u tom pogledu:

- 1) sopstveno (posebno) biće;
- 2) nabranje drugih krivičnih dela (uz eventualno uslovljavanje postojanjem nekog subjektivnog elementa);
- 3) mešovito rešenje.²⁵

Rešenja su, raznovrsna, s tim što je veći broj država koje su poslednjih godina značajno ugrožene terorizmom donelo posebne zakonske propise u oblasti materijalnog i procesnog prava, u oblasti prava za izvršenje krivičnih sankcija i u policijskom pravu. Naime, u akciji prevazilaženja postojeće krajnje nezavidne, deprimirajuće situacije u kojoj su se našle, određene države su pred realnom opasnošću od terorizma i stvaranja najboljih mogućnosti krivičnog prava u njegovom suzbijanju odlučile da donošenjem posebnih

²⁵ Z. Stojanović: op.cit. str. 12

zakonskih propisa obuhvate celokupni kriminalni sadržaj terorizma, s tim da se organima krivičnog gonjenja, organima reda, tužilaštvu ili nekom drugom državnom organu daju posebna ovlašćenja i nadležnosti u postupanju prema teroristima. Na liniji ovakvog postupanja nalaze se sledeća zakonodavstva: Francuske, koja je donela Protiv-razbijački zakon, Velike Britanije sa svojim Privremenim zakonom o sprečavanju terorizma. Ovu tendenciju prate i SAD koje su 1996. godine, donele Zakon o antiterorističkim dejstvima i smrtnoj kazni. Poznato je da je ovakav pristup dosledno sproveden i u španskoj i italijanskoj legislativi.

To bi bilo prvo rešenje.

Drugo rešenje je - nema specijalnog zakona koji bi "pokrio" osnovne i posebne delikte iz ove grupe krivičnih dela. Zakonodavac je ovde, upravo sa namerom da prati svetske trendove u legislativnoj borbi protiv terorizma, pošao putem prilagođavanja postojećeg instrumentarija aktuelnim potrebama uspešnog suzbijanja terorističkog delovanja. U tom smislu, on vrši određene inovacije (nešto menja, a nešto dopunjava) u ubeđenju da će takvi zahvati i u takvoj meri moći da odgovore urgentnim zahtevima odbrane društva od terorizma.

Ovakav koncept je prisutan i kod nas.

Član 312. KZRS samo na prvi pogled ostaje u granicama istog suštinskog određenja značenja krivičnog dela terorizma. Međutim, u nešto užem i specifičnom značenju, opis ovog krivičnog dela značajno je osvežen tj. u bitnom dopunjen pa time u jednom širem smislu i promenjen.²⁶ Naime, prema ovakvoj novoj skici, radnja izvršenja odnosno krivičnog dela obogaćena je posebnim oblicima otmice i pretnjom posebnom, specijalnom vrstom ekološkog kriminaliteta, preciznije - pretnjom upotrebe nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili drugog sličnog sredstva.²⁷

²⁶ Radi ilustracije, navodimo član 384. Predloga KZ iz 2000: "Ko u nameri ugrožavanja bezbednosti ili ustavnog uređenja SRJ ili republike članice izazove eksploziju ili požar ili preduzme druge opšte-opasne radnje ili izvrši otmicu nekog lica ili drugi akt nasilja ili prei preduzimanjem kakve opšte-opasne radnje ili upotrebom nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili drugog opšte-opasnog sredstva čime može da izazove osećanje straha ili nesigurnosti kod građana".

²⁷ Time je naš zakonodavac, na svoj način postupio u skladu sa svetskim trendovima koji egzistiraju na planu najodlučnijeg suprotstavljanja ovoj izuzetno opasnoj pojavi. Zakon o izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine, članom 128. radnji izvršenja ovog krivičnog dela dodaje i "uzimanje talaca ili samovoljno lišavanje slobode i određuje kaznu zatvora u rasponu od pet (prethodno - tri) do petnaest godina. Službani glasnik RS 20/09.

Treće, moglo bi se reći - rešenje "negde na sredini" ili ako hoćemo, kompromisno rešenje (koje je u osnovi neprihvatljivo) pristupa ovom pitanju tako što sva krivična dela terorizma izdvaja u posebnu glavu (pozicije prihvaćene u veoma malom broju zakonodavstava). Dakle, nema posebnih zakona, ali ima posebnih glava. Ne treba dokazivati da je takav stav neprihvatljiv iz jednostavnog razloga što se krivična dela terorizma, podrazumevajući tu i samo krivično delo iz člana 312, teško mogu podvesti samo pod jedan grupni zaštitni objekt što je tradicionalni kriterijum za konstrukciju, odnosno sistematiku posebnog dela.²⁸

ZAKLJUČAK

Okvir efikasnog rata protiv terorizma, iako se interpretira na različite načine (tj. iako postavlja izvesna ograničenja i spolja nametnuta usmerenja) pokazuje jasno, "kao na dlanu", kako ovaj problem zadobija dodatnu težinu u svojoj praktičnoj primeni. Ispalo je da je veliko dostignuće međunarodnog prava u Dvadesetom veku u tome što je njegovo formalno prihvatanje na svetskoj sceni, postalo potpuno neprimereno sadašnjem, aktuelnom trenutku. Očigledno, takvo razumevanje čini nužnim razlikovanje situacija u kojoj postupaju različite države (na pr. američka vlada koja je zaključila da se nalazi u ratu sa Al Kaidom, odnosno sa Irakom - za koga se smatra da stoji iza ovih terorističkih napada, ne oslanjajući se, pritom, ni na ustavom predviđene procedure, niti na ono što zahteva međunarodna zajednica / UN / da najpre pokušaju da se iskoriste sva moguća sredstva za postizanje mirnog rešenja).

Terorizam je postao globalni problem.

Očekivati reciprocitet, tj. na jednu globalnu mrežu udariti drugom - antiterorističkom globalnom mrežom je jedini oblik reagovanja koji može da da odgovarajuće rezultate. Nažalost, međunarodna zajednica je neprestano razapeta između priznanja specifičnog karaktera izazova sa kojim se poslednjih godina suočava i insistiranja na tome da njen odgovor uzme oblik globalizovane antiterorističke koalicije.

²⁸ Z. Stojanović: Terorizam i srodna krivična dela, Terorizam i srodna krivična dela - teorija i praksa, Beograd 1998, str. 13.

Dragana Petrović, Ph.D.

Institute of Comparative Law,
Belgrade

THREE MODELS OF THE INTERNATIONAL TERRORISM CRIME

Terrorism is a problem that has been shaking the international community for years. Everyone is fully aware of the need for international cooperation in combating terrorism; everyone is aware of the need to adopt an international convention that would be scrupulously observed by all countries in the world. However, it is no secret that this, indispensable, level of cooperation often fall shorts.

Why is that so?

It seems this question, firstly, has to do with some historical and political processes linked to distant and not so distant past (in particular the period of the last thirty years), and also given the political and economic changes and regional integration and world globalization processes that are also taking place, "rather unfortunately", in this geographic area.

Key word; terrorism; historical and political processes; economic changes; globalization

Veljko Turanjanin
diplomirani pravnik*

Pregledni naučni rad
UDK 343.144 (450)

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE U PRAVU EVROPSKIH ZEMALJA: PRIMJER ITALIJE

Sporazum o priznanju krivice je institut anglo-američkog pravnog sistema koji posljednjih trideset godina zauzima značajno mjesto i u krivično-procesnim zakonodavstvima evropskih zemalja, približavajući na taj način dva različita pravna sistema. Prva evropska država, koja je uvela u svoje zakonodavstvo sporazum o priznanju krivice, odnosno, dogovaranje o kazni, bila je Italija. To je učinila zbog porasta stope kriminaliteta i nemoći zakonodavnih rješenja da spriječe ili makar pospješe suzbijanje te pojave. Već 1981. godine, u još uvijek važeći Zakonik o krivičnom postupku, tzv. Rokov Zakonik o krivičnom postupku, pokusno je uvedeno dogovaranje o kazni, sa jako uskim poljem primjene. Međutim, godine 1988. u Italiji se donosi novi Zakonik o krivičnom postupku, u kojem je, između ostalog proširena oblast primjene sporazuma o priznanju krivice, poznatijeg kao patteggiamento. Nakon toga, došlo je do još jedne promjene odredbi Zakonika, 2003. godine, kojom je, za sada, dovršeno priširivanje primjene sporazuma o priznanju krivice. U ovom radu, ukratko ćemo se osvrnuti na zaokret evropskih zakonodavstava ka adverzijalnom modelu i usvajanje američkih rješenja u italijanskom zakonodavstvu, a detaljno ćemo obraditi institut sporazuma o priznanju krivice, odnosno, patteggiamento-a.

Ključne riječi: sporazum o priznanju krivice, Italija, sudske odluke, kazne

* Doktorand, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

U V O D

Poslednjih tridesetak godina u evropsko kontinentalno pravo, zasnovano na mješovitom, inkvizitorsko-akuzatorskom sistemu¹, počinju da prodiru rješenja anglosaksonskog pravnog sistema. Na taj način sve više se gubi nekada oštra razlika ta dva sistema, te kontinentalno pravo sve više naginje akuzatorskom modelu². Proces presađivanja rješenja iz jednog sistema u drugi je jednosmjernan, jer se evropski zakonodavci povode za rješenjima koja potiču iz anglosaksonskog prava. Tačnije, iz američkog pravnog sistema. Pesađivanje procesnih rješenja, odnosno popularno nazvanih pravnih transplanata³, vuče sa sobom i velike teškoće. Među njima, naročito bismo mogli da izdvojimo (ne)kompatibilnost stranih procesnih pravila sa domaćom procesnom kulturom. Zbog toga je prilikom prenošenja i usađivanja stranih procesnih rješenja neophodna velika opreznost.

Jedan od naročito aktuelnih pravnih transplanata jeste institut sporazuma o priznanju krivice. Institut su preuzele i inkorporisale u svoj pravni sistem sve evropske zemlje. To su učinile uz određene modifikacije i prilagođavanja, pa se i rješenja razlikuju od države do države. Tim pravcem je prvi krenuo italijanski zakonodavac, čiji Zakonik o krivičnom postupku iz 1988. godine (*Codice di Procedura Penale*) predstavlja revolucionaran zaokret ka anglo-američkom adverzijalnom sistemu. Donoseći novi Zakonik o krivičnom postupku, koji je zamjenio Rokov Zakonik koji je važio još u vrijeme Musolinijevog režima, italijanski zakonodavac je imao pred sobom dva cilja. S jedne strane, nastojao se stvoriti model po kojem se presuda može zasnivati samo na materijalu prikupljenom na glavnom

¹ Nije uvijek jednostavno odrediti dali sistem pripada akuzatorskom ili inkvizitorskom krivično-procesnom sistemu. Evropska krivično-procesna zakonodavstva, pa time i krivično-procesno zakonodavstvo Italije, sadrže rješenja oba tipa, te predstavljaju svojevrsnu mješavinu dvije različite vrste postupaka.

² O mješanju akuzatorskog i inkvizitorskog postupka vidi opširnije u: M. Damaška: *O mješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih normi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4, broj 2/1997, Zagreb

³ Izraz "pravni transplant" prvi je upotrijebio u svojoj knjizi Alan Watson. Vidi A. Watson, *The Evaluation of law*, Maryland, 1985

pretresu. S druge strane, nastojao se ubrzati suviše usporen sudski postupak⁴.

Idući za reformskim ciljevima, italijanski zakonodavac preuzima mehanizme za konsensualno stranačko upravljanje postupkom, u koje spada i italijanska varijanta američkog sporazuma o priznanju krivice (*plea bargaining*). Institut je u Italiji uveden pod nazivom *applicazione della pena su richiesta delle parti*, odnosno, primjena kazne na zahtjev stranaka, dok su ovaj naziv pravnici prekrstili u jednostavan naziv *patteggiamento*, što predstavlja prost prevod američkog *plea bargaining*⁵.

I PRODOR ANGLO-AMERIČKIH KRIVIČNO-PROCESNIH IDEJA U ITALIJANSKO ZAKONODAVSTVO I SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE

1. Pojam i vrste sporazuma o priznanju krivice u pravu SAD-a

Ne postoji jedinstvena niti savršena definicija sporazuma o priznanju krivice. Za početak možemo se osloniti na definiciju iz Blokovog pravničkog riječnika⁶, prema kome je sporazum o priznanju krivice rezultat procesa u kome optuženi i tužilac pregovaraju u cilju iznalaženja krivične sankcije za okrivljenog, koja zadovoljava obje strane, a koju sud odobrava. Ili, sporazum o priznanju krivice je sporazum između državnog tužioca i okrivljenog, odnosno njegovog branioca, kojim se državni tužilac obavezuje da okrivljenom ublaži optužnicu ili da predloži izricanje blaže kazne, dok se okrivljeni za uzvrat obavezuje da prizna krivicu i odrekne prava na porotno suđenje⁷. Obično uključuje optuženikovo priznanje krivice za izvršeno krivično djelo, jedno ili više njih, u zamjenu za manju kaznu ili izmjenu optužnice u korist optuženog. U Sjedinjenim Američkim Državama, više od 90% slučajeva se riješi putem ustanove sporazuma o priznanju krivice, dok manje od 10% slučajeva ide na redovno

⁴ M. Damaška, *Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, broj 1/2006, Zagreb, str. 5

⁵ M. Fabri, *Criminal procedure and public prosecution reform in Italy: a flesh back*, A paper for the European Consortium for Political Research, str. 5

⁶ Block's Law Dictionary, www.blockslawdictionary.com, oktobar 2010. godine

⁷ V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice-uporednopravni prikaz*, Beograd, 2009, str. 55

suđenje. Navodi se da u SAD-u svake dvije sekunde riješi neki slučaj putem sporazuma o priznanju krivice⁸.

Sporazum o priznanju krivice uključuje pet različitih vrsta pregovaranja, odnosno, razlikuje se pet tipova sporazuma o priznanju krivice. Prvi tip, *charge bargaining*, najjednostavniji je i najrašireniji oblik sporazuma o priznanju krivice. Sastoji se u prekvalifikaciji krivičnog djela koje se optuženom stavlja na teret, zbog čega biva optužen za lakši oblik istog krivičnog djela. Drugi tip, *plea bargaining*, sastoji se u odustanku tužioca od krivičnog gonjenja za jedno ili više krivičnih djela izvršenih od istog lica, a optuženi u zamjenu za taj odustanak priznaje krivicu za jedno ili više krivičnih djela koja mu se stavljaju na teret⁹.

Treći tip, *sentence bargaining*, sastoji se u priznavanju krivice za jedno ili više krivičnih djela u zamjenu za kaznu koja je niža nego kazna koja bi bila izrečena nakon redovno okončanog krivičnog postupka¹⁰. Četvrti tip, *fact bargaining*, eliminiše potrebu da tužilac koristi određeni dokaz, dok optuženi ne osporava određene druge dokaze. I konačno, peti tip, najosporavaniji od svih, jeste krunski svjedok (*crown witness*). U zamjenu za svjedočenje protiv optuženih kojima se stavljaju na teret teška krivična djela, svjedok dobija imunitet od krivičnog gonjenja za izvršena krivična djela, koja su po težini lakša od krivičnih djela čije će kažnjavanje svojim svjedočenjem omogućiti¹¹.

2. Zaokret italijanskog zakonodavca ka američkom modelu

Italijanski Zakonik o krivičnom postupku iz 1988. godine je, kao što smo naveli, napravio revolucionaran zaokret ka adverzijalnom sistemu. Prema ranijem Zakoniku o krivičnom postupku iz 1930. godine, krivični proces je bio podjeljen na dvije faze: na fazu istrage i fazu suđenja. Faza istrage je imala odlučujući značaj za suđenje, jer je istražni sudija imao velika ovlašćenja. Mogao je da sasluša svjedoke

⁸ T. Lynch, *The case against plea bargaining*, Law, Cato institute, str. 24

⁹ A. Krstulović, *Primjena kazne na zahtjev stranaka kao mehanizam konsenzualnog stranačkog upravljanja postupkom u talijanskom kaznenom procesnom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 9, broj 2/2002, Zagreb, str. 377

¹⁰ U Republici Srpskoj optuženi u najvećem broju slučajeva priznaju krivicu upravo da bi im bila izrečena manja kazna.

¹¹ A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 377

i vještake, te da naređuje izvršenje različitih mjera u postupku¹². Sve dokaze koje bi prikupio istražni sudija, složene u poseban dosije, razgledao je sudija na glavnom pretresu, i na osnovu stanja u spisu donosio presudu¹³. U početku, odbrana nije imala pravo da učestvuje u fazi istrage¹⁴. Tek 70-ih godina prošlog vijeka, Izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, omogućeno je i odbrani da učestvuje u istrazi.

U istom periodu zabilježen je i porast kriminaliteta, te zatrpavanje sudova ogromnim brojem sudskih predmeta. Prije reformskih poduhvata, metod borbe protiv prebukiranosti sudova bilo je davanje amnestije čitavim grupama optuženih¹⁵. Suočeni sa brojnim problemima ovakvog krivično-procesnog sistema, italijanski zakonodavac se okreće američkom pravnom sistemu. Američki pravni sistem je, po nekim mišljenjima, nakon Drugog svjetskog rata postao najuticajniji pravni sistem na svijetu¹⁶.

Prvi reformski poduhvat izvršen je 1981. godine, kada je u italijansko krivično-procesno zakonodavstvo, članom 77. Zakonika o krivičnom postupku uveden institut dogovaranja o kazni. Zakonik je omogućio optuženom da do otvaranja prvostepenog postupka podnese zahtjev za izricanje tzv. zamjenskih sankcija (*sanzioni sostitutive*). Ukoliko tužilac da saglasnost na ovakav zahtjev, sudija je mogao izreći dvije vrste zamjenskih krivičnih sankcija: slobodu pod

¹² C. Li, *Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lessons from the Italian Experience*, Journal of Politics and Law, vol. 1, no. 4/2008, page 14, www.ccsenet.org/journal, septembar 2010. godine

¹³ Ovo nas podsjeća na klasičan inkvizitorski postupak s kraja XII i početka XIII vijeka. Postupak se sastojao od istrage i suđenja, s tim što je težište bilo na istrazi, a suđenje se svodilo na okončanje istrage. Suđenje se odvijalo pred sudskim vijećem, koje donosilo presudu isključivo na bazi podataka koje sadrži spis (*Quod non est in acts non est in mundo*). Za više o ovome, vidi: S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 72-75

¹⁴ Zanimljivu paralelu pravi Džon Langbejn, koji u traženju korijena sporazumu o priznanju krivice polazi od inkvizitorskog postupka i različitih postupaka torture koja su imala za cilj dobijanje priznanja, kao kraljice dokaza. Za više o ovome, vidi: J. Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, The University of Chicago Law Review, vol. 46, no. 1/1978, page 3-22

¹⁵ W. Pizzi, L. Marafioti, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, Yale, 1992

¹⁶ M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal, vol. 45, no. 1/2004, page 1

nadzorom (*liberta vigilata*) i novčanu kaznu (*pena pecuniaria*). Ove alternativne sankcije, međutim, nisu bile primjenljive na sve vrste krivičnih djela, poput korupcije ili krivičnih djela prodaje štetnih namirnica¹⁷. Postavljeno je još jedno veliko ograničenje, jer je zaključivanje ovakvog sporazuma bilo moguće samo pod uslovom da se radi o krivičnom djelu za koje je zapriječena kazna zatvora do tri mjeseca. Na otvaranju suđenja, optuženi bi postavio svoj zahtjev, koji bi sudija mogao da prihvati ili da odbije. U zamjenu za priznanje, optuženi bi dobio određene beneficije, dok bi se korist za državu sastojala u izbjegavanju glavne rasprave, bržem i ekonomičnijem završetku postupka¹⁸.

Ovako ograničen sporazum o priznanju krivice nije naišao na široku primjenu. Razloge za to možemo tražiti, prije svega, u malom opsegu primjene. S druge strane, redovni krivični postupak je nosio sa sobom rizik osude, ali i mogućnost donošenja oslobađajuće presude ili zastare krivičnog gonjenja zbog preopterećenosti sudova¹⁹. Iz tih razloge bile su neophodne dalje reforme. Godine 1989. stupa na snagu novi Zakonik o krivičnom postupku, koji uvodi nove posebne postupke i širi prijem već uvedenih – čime ispunjava svrhu svog donošenja: stvaranje novih postupaka pored redovnog krivičnog postupka koji bi redukovali ogroman broj nerješениh predmeta u sudovima.

Raskid sa prošlošću bio je očigledan. Zakonik ukida položaj istražnog sudije, čime je, faktički, odbrana stekla pravo i mogućnost da samostalno prikuplja dokaze, što vodi daljom amerikanizaciji i mogućnosti angažovanja privatnih istražitelja. To je i zakonski potvrđeno 2000. godine, tzv. Pravilima o istrazi odbrane. Navedenim Pravilima odbrana je dobila mogućnost da vodi sopstvenu istragu, da ispituje ljude koji mogu dati neophodna obavještenja, da dobiju odobrenje od suda da uđu na mjesta na koja to nije dozvoljeno državnom tužiocu, te da ispituje prikupljene dokaze²⁰. Uvedeno je prethodno sudsko ročište sa ciljem da se ustanovi da li tužilac raspolaže sa dovoljno dokaza da može ići na suđenje²¹. Pored toga,

¹⁷ R. A. Van Cleave, *An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient criminal justice system*, Emory International Law Review, vol. 11, 1997, page 430

¹⁸ *Ibidem*, page 431

¹⁹ A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 382

²⁰ C. Li, *Nav. djelo*, str. 19

²¹ M. Damaška, *Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji*, str. 6

uvedeno je predstavljanje dokaza kao u adverzijalnom sistemu, unakrsno ispitivanje i veliko smanjenje sudijske mogućnosti da vrši uvid u dokaze. Na kraju, oštro je razdvojena faza suđenja od faze istrage²².

II Rješenja italijanskog zakonodavca

1. Posebni postupci u novom krivičnom zakonodavstvu Italije

U novom Zakoniku o krivičnom postupku postoji pet posebnih postupaka, predviđeni zbog težnje italijanskog zakonodavca da prilagodi postupke posebnostima pojedinih krivičnih predmeta²³. To su: skraćeno suđenje (*Guidizio Abbreviato*), direktno suđenje (*Guidizio Direttissimo*), neposredno suđenje (*Guidizio Immediato*), primjena kazne na zahtjev stranaka (*Applicazione della Pena su Richiesta delle Parti*) i kazneni nalog sa osudom (*Procedimento per Decreto Penale*)²⁴. Budući da ćemo se primjenom kazne na zahtjev stranak baviti detaljno, na ovom mjestu ćemo ukratko objasniti ostale posebne postupke prema Zakoniku o krivičnom postupku Italije.

Skraćeno suđenje je regulisano u članovima 438-443. Zakonika o krivičnom postupku. U ovom postupku optuženi može tražiti od sudije za prethodni postupak, usmeno ili pismeno, da se postupak vodi na temelju utvrđenog činjeničnog stanja, kao skraćeni postupak. Tada nije dozvoljeno izvođenje novih dokaza, već se suđenje ograničava isključivo na one dokaze koji su već prikupljeni. Sud se, dakle, ograničava na stanje spisa. Ukoliko, međutim, stanje spisa ne pruža dovoljno osnova donošenje presude, sud će po službenoj dužnosti prikupiti neophodne dokaze. Postupak će biti sproveden pred vanraspravnim vijećem. Izrečena kazna može biti umanjena do 1/3 zapriječene kazne zatvora. Žalba u ovom postupku je dozvoljena, ali uz određena ograničenja²⁵.

Direktno suđenje je regulisano članovima 449-452. Zakonika o krivičnom postupku. Ono se može zatražiti u slučaju da je lice uhapšeno prilikom izvršenja krivičnog djela. U tom slučaju javni tužilac će u roku od 48 časova izvesti okrivljenog pred sudiju u roku

²² G. Illuminati, *The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 4:567, 2005, page 571

²³ B. Pavišić, *Talijanski kazneni postupak*, Rijeka, 2002, str. 149

²⁴ C. Li, *Nav. djelo*, str. 15

²⁵ M. Fabri, *Nav. djelo*, str. 11

od 48 časova. Sudija tom prilikom konvalidira hapšenje, nakon čega se odmah provodi glavna rasprava, što predstavlja veliku teškoću u spremanju odbrane okrivljenog²⁶. Dakle, u ovom postupku se sprovodi pravo adverzijalno suđenje, pri čemu se krivična sankcija odmjerava u zakonom predviđenim granicama. Nema predviđenih beneficija za okrivljenog kao u nekim drugim posebnim postupcima. Ovdje je ključni faktor brzina sa kojom se suđenje može izvesti, jer je okrivljeni uhvaćen prilikom izvršenja krivičnog djela. Žalba na presudu donesenu u ovom postupku, kao i u redovnom postupku, uvijek je dozvoljena.

Treća vrsta posebnih postupaka je neposredno suđenje, regulisano članovima 453-458. Zakonika o krivičnom postupku. Sprovodi se kada tužilac raspolaže sa dovoljno dokaza da može odmah da zatraži neposredno suđenje. Uslov za to je da je ispitao osumnjičenog. Od ovog pravila, međutim, postoje dva izuzetka: kada se osumnjičeni, uredno pozvan, nije pojavio na saslušanju niti je izostanak opravdao ili kada mu poziv nije bilo moguće uručiti zbog toga što se ne zna njegova adresa. Uz zahtjev sudiji se dostavlja sav materijal koji je prikupljen u dotadašnjem toku postupka. I ovaj postupak je u svojoj biti klasično adverzijalno suđenje, te se donosi presuda na koju je žalba uvijek dozvoljena. Inače, direktno suđenje i neposredno suđenje nisu uvedeni u zakonodavstvo da bi pružili određene beneficije optuženom, već da bi se ubrzalo suđenje, jer u ovim postupcima sud može donijeti odluku na osnovu stanja u spisu.

Postupak za izdavanje kaznenog naloga je regulisan članovima 459-464. Zakonika o krivičnom postupku. Ovaj postupak može biti primjenjen kada je za izvršeno krivično djelo propisana novčana kazna kao glavna kazna. U tom slučaju tužilac može tražiti od suda da donese kazneni nalog sa osudom. Ne sprovodi se suđenje niti je dozvoljena žalba na donesenu presudu. Izrečena novčana kazna može biti smanjena do 50% od propisanog iznosa²⁷.

Na kraju da spomenemo i to da su skraćeno suđenje i primjena kazne na zahtjeva stranaka imaju sličnosti sa američkim sistemom *plea bargaining*. Intencija italijanskog zakonodavca bila je da pomoću

²⁶ Navedeno prema: A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 385

²⁷ M. Fabri, *Nav. djelo*, str. 11

ove dvije procedure smanje broj suđenja za 70-80%²⁸, odnosno i za 80-85%²⁹. A sada ćemo razmotriti primjenu kazne na zahtjev stranaka (*patteggiamento*).

2. *Ratteggiamento*

Primjena kazne na zahtjev stranaka (*patteggiamento*) je regulisana članovima 444-448. Zakonika o krivičnom postupku.

Prema članu 444. optuženi i državni tužilac mogu zatražiti od suda primjenu unaprijed tačno određene kazne, umanjene za jednu trećinu kada je riječ o krivičnim djelima za koje su propisane alternativne sankcije ili novčana kazna. Ukoliko je kao glavna kazna propisana kazna zatvora, zatražena kazna umanjena za jednu trećinu ne može preći pet godina zatvora. Dakle, primjećujemo kako je zakonodavac širio oblast primjene *patteggiamento*-a. Prilikom uvođenja, *patteggiamento* se mogao primjeniti samo na djela sa zaprijećenom kaznom do tri mjeseca zatvora. Donošenjem Zakonika o krivičnom postupku, oblast primjene *patteggiamento*-a je proširena, pa se mogla izreći kazna zatvora, koja umanjena za jednu trećinu ne prelazi dvije godine zatvora. Izmjenama i dopunama Zakonika iz 2003. godine ponovo je proširena oblast primene *patteggiamento*-a, pa se danas može zaključiti za ona krivična djela za koja je kao glavna kazna zaprijećena kazna zatvora do sedam i po godina, odnosno, izrečena kazna umanjena za jednu trećinu ne prelazi pet godina zatvora. Takođe, prema navedenom članu Zakonika o krivičnom postupku, primjena instituta je dozvoljena i u slučaju kumulacije kazne zatvora i novčane kazne. Zatim, *patteggiamento* je dozvoljen i u slučaju sticaja i produženog krivičnog djela, kada je riječ o lakšim krivičnim djelima, a kazna odmjerenjena u skladu sa odredbama o odmjeraivanju kazne za krivična djela izvršena u sticaju, potom umanjena za jednu trećinu ne prelazi pet godina zatvora.

Zahtjev sudu podnose obje stranke, ili jedna stranka uz pristanak druge. Međutim, Zakonik o krivičnom postupku izlazi u susret optuženom, te mu dopušta da direktno sudu postavi svoj zahtjev i da traži sniženje kazne za jednu trećinu u slučaju da tužilac odbije da da svoj pristanak, što ćemo kasnije detaljnije objasniti. Kada primi

²⁸ S. Maffei, *Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence': Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure*, Journal of International Criminal Justice 2, 2004, page 1061

²⁹ M. Fabri, *Nav. djelo*, str. 5

zahtjev stranaka, sud prvo ispituje da li postoji neka od okolnosti nabrojanih u članu 129. Zakonika o krivičnom postupku, koje direktno oslobađaju optuženog. Takvih okolnosti ima pet, a to su:

1. postojanje činjenica iz kojih se proizilazi da krivično djelo nije izvršeno;
2. postojanje činjenica iz kojih proizilazi da krivično djelo nije izvršilo lice na koje se odnosi *patteggiamento*;
3. da izvršeno djelo nije zakonom predviđeno kao krivično djelo;
4. da je nastupila zastarjelost krivičnog gonjenja ili
5. da nedostaje neka od pretpostavki koje su neophodne za vođenje krivičnog postupka.

Dakle, u slučaju postojanja bilo koje od navedenih okolnosti, sud će optuženog osloboditi od optužbe i pustiti na slobodu.

Ukoliko ne utvrdi postojanje ovih okolnosti, sud ulazi u ispitivanje sadržine sporazuma o priznanju krivice. Za razliku od zakonskih odredbi iz 1981. godine, kada se sud upuštao samo u ispitivanje legitimiteta zahtjeva, sud sada ima veće mogućnosti. Sud ispituje da li su stranke postavile ispravnu kvalifikaciju krivičnog djela i da li je kazna odgovarajuća, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja. Ukoliko sud utvrdi da su stranke postavile ispravnu kvalifikaciju krivičnog djela i da je kazna pravilno odmjerena, prihvata sporazum i donosi presudu u čijoj izreci navodi da je donijeta na osnovu sporazuma između državnog tužioca i optuženog.

Na ovom mjestu ćemo da se zadržimo i objasnimo uticaj italijanskog Ustavnog suda na ovu odredbu. Naime, navedeni stavovi, prilikom svog donošenja i u početku primjene nisu glasilu u potpunosti na ovaj način. Sud je imao mnogo manji uticaj na donošenje presude, jer nije imao mogućnosti da ispituje adekvatnost kazne koju su sporazumno utvrdili državni tužilac i optuženi. Sud bi, nakon što utvrdi da je zahtjev legitiman i da ne postoje okolnosti koje vode oslobađanju optuženog iz člana 129. Zakonika o krivičnom postupku, donosio presudu kojom usvaja sporazum o priznanju krivice. Ovaj stav je proglašen neustavnim. Ustavni sud je u svojoj odluci iz 1990. godine³⁰ ispravno zauzeo stav da sud mora da procjenjuje adekvatnost

³⁰ U ovom slučaju lice je optuženo za proizvodnju i promet opojnih droga. Državni tužilac je sa njim sklopio sporazum o priznanju krivice, u kojem je dogovorena kazna zatvora u trajanju od godinu dana i šest mjeseci i novčana kazna od dva miliona lira. Sud je u ovom slučaju smatrao da dogovorena kazna nije adekvatna slučaju, čime je pokrenuo ustavno pitanje mogućnosti kontrole suda nad kaznama

dogovorene kazne, iako su strane ispravno odredile pravnu kvalifikaciju krivičnog djela i odsustvo oslobađajućih okolnosti.

Optuženi može svoj pristanak na zaključenje sporazuma o priznanju krivice usloviti primjenom uslovne osude. U ovom slučaju sud, ukoliko smatra da uslovi pod kojima bi izrekao uslovnu osudu ne bi bili ispoštovani, odbiće da prihvati takav sporazum. Ukoliko, međutim, smatra da postoji dovoljno osnova za razumnu vjeru da će uslovi pod kojima bi izrekao uslovnu osudu biti ispoštovani, prihvatiće takav zahtjev optuženog. Dilema je u tome da li je sud ovlašćen da primjeni uslovnu osudu ako u konkretnom slučaju postoje uslovi za njenu primjenu, a stranke nisu postavile zahtjev u tom pravcu. Prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku, sud je ovlašćen samo da sporazum o priznanju krivice prihvati ili da ga odbije. Sud nije ovlašćen da mijenja zahtjev stranaka. Postavlja se pitanje da li izricanje uslovne osude predstavlja mijenjanje zahtjeva stranaka ili dodatnu pogodnost za optuženog?

Mišljenja smo da uslovna osuda, kao upozoravajuća krivična sankcija, predstavlja beneficiju za optuženog³¹. Iz ovog dalje proizilazi da odluka o uslovnoj osudi ostaje u isključivoj nadležnosti suda. Prilikom isticanja svog zahtjeva stranke mogu samo usloviti zaključivanje sporazuma o priznanju krivice izricanjem uslovne osude, a odluku o primjeni uslovne osude može donijeti samo sud. To što njena primjena ostaje u nadležnosti suda, argument je u prilog tvrdnji da sud može izreći uslovnu osudu i kada je stranke nisu zatražile³².

Osudjujućom presudom optuženi se ne može obavezati na plaćanje troškova postupka niti je moguća primjena sporednih kazni i sigurnosnih mjera, izuzev ukoliko je u pitanju obavezna konfiskacija (u pitanju su stvari koje predstavljaju korist pribavljenu krivičnim djelom i stvari čija sama proizvodnja predstavlja krivično djelo). Presuda nema nikakav efekat u građanskom i upravnom postupku. Poništavanje krivičnog djela nastupa u roku od pet godina kada se presuda odnosila na krivično djelo, a u roku od dvije godine ukoliko

koje se dogovaraju sporazumom o priznanju krivice. Za više o ovom pitanju, vidi: R. A. Van Cleave, *Nav. djelo*, str. 446

³¹ Tako u A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 388, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1993, str. 536

³² *Ibidem*

se radilo o prekršaju, pod daljim uslovom da osuđeni u tom periodu ne izvrši krivično djelo ili prekršaj iste vrste³³.

Prema članu 446. Zakonika o krivičnom postupku, stranke mogu zahtjev za *patteggiamento*-m postaviti do otvaranja glavne rasprave u prvostepenom postupku, kako u redovnom postupku, tako i u posebnim postupcima. Inicijativa, kao što smo naveli, može da potekne od državnog tužioca ili od optuženog. Ako državni tužilac podnese zahtjev za neposredno suđenje, optuženi zahtjev za *patteggiamento* mora dostaviti sudiji za prethodno saslušanje u roku od sedam dana od kada je sudija za prethodno saslušanje odobrio tužiocu zahtjev za neposredno suđenje. Zahtjev mora biti podnesen u pismenoj formi, izuzev ako se podnosi na samom ročištu, kada je dozvoljena usmena forma. Optuženi svoju volju može izraziti na više načina, neposredno ili posredno, s tim što sud mora biti uvjeren da je zahtjev podnesen dobrovoljno. Ako sud smatra neophodnim, može narediti dovođenje optuženog kako bi provjerio dobrovoljnost podnjetog zahtjeva.

Ukoliko zahtjev podnosi optuženi, državni tužilac će biti pozvan da se saglasi sa njim. Tužilac može dati saglasnost, u kom slučaju se ide na odobrenje sporazuma od strane suda. Nakon što provjeri neophodne okolnosti, sud može donijeti presudu, ili odbiti davanje saglasnosti. Ako tužilac odbije da da saglasnost dužan je da navede razloge za to. Takav zahtjev tužilac može i naknadno da prihvati, pa se postupak nastavlja kao da je zahtjev prihvaćen od početka. Međutim, ako tužilac ne prihvati predloženi sporazum, optuženi svoj zahtjev može da postavi direktno sudu. Sud će tada da razmotri razloge koje je tužilac izneo za odbijanje zaključenja sporazuma. Ako sud nađe da su tužιοčevi razlozi opravdani, odbiće zahtjev optuženog. U suprotnom, prihvatit će zahtjev optuženog, te mu manjiti kaznu za jednu trećinu.

3. Zahtjev za primjenu kazne u toku prethodnog postupka

Najdiskutabilniji član Zakonika koji sadrži odredbe o *patteggiamento*-u je član 447³⁴. Prema članu 447. Zakonika o

³³ Član 445. Zakonika o krivičnom postupku

³⁴ Pitanje je da li je zakazano ročište dio krivičnog postupka ili ne, što naročitu važnost dobija prilikom odbijanja zahtjeva od strane suda. Naime, ukoliko je ročište dio krivičnog postupka, tada državni tužilac mora nastaviti, po načelima oficijelnosti

krivičnom postupku, kada stranke podnesu zahtjev u toku prethodnog postupka, ili zahtjev podnese samo jedna stranka uz pismeno dat pristanak druge stranke, sud će zakazati posebno ročište na kojem će odlučiti o podnijetom zahtjevu. Ukoliko je inicijativu za zaključenje sporazuma o priznanju krivice preduzela jedna strana uz saglasnost druge, sud može odrediti rok u kojem je stranka koja je pokrenula inicijativu dužna obavjestiti drugu stranku u postupku o zakazanom ročištu. Prvi stav ovog člana takođe sadrži i odredbu da spisi državnog tužioca moraju biti dostavljeni sudu najmanje tri dana prije zakazanog ročišta.

Prisustvo stranaka ovom ročištu nije obavezno³⁵. Drugim riječima, Zakonik o krivičnom postupku predviđa da stranke *patteggiamento*-a moraju biti saslušane, ali samo u slučaju da se pojave na navedenom ročištu. Ukoliko na ročište dođe samo jedna stranka, sud će je saslušati, a ukoliko na ročište ne dođe nijedna stranka, sud može donijeti presudu. Na ovom mjestu spomenućemo i to da sud može narediti da se optuženi pojavi na sudu, kako bi se neposredno uvjerio u dobrovoljnost podnijetog zahtjeva za *patteggiamento*, odnosno u dobrovoljnost datog pristanka na podnijeti prijedlog državnog tužioca.

U prethodnim razmatranjima smo naveli da jedna stranka može sama podnijeti zahtjev direktno sudu. Dakle, kada nema pismenog pristanka druge stranke. U tom slučaju, sud će dostaviti prijedlog drugoj stranki i ostaviti joj rok u kojem je dužna da se izjasni o podnijetom prijedlogu. Ukoliko je zahtjev postavio samo državni tužilac, a optuženi se sa njim ne saglasi ili se ne očituje, smatraće se da zahtjev nije ni postavljen. Međutim, zahtjev postavljen od strane optuženog ostaje na snazi ukoliko se tužilac ne saglasi sa njim ili ukoliko istekne ostavljeni rok, a tužilac se ne izjasni. Sud tada razmatra razloge zašto se tužilac nije saglasio sa zahtjevom, i u zavisnosti od svoje procjene opravdanosti tužiočevih razloga donosi odgovarajuću odluku. Odnosno, zahtjev prihvata ili ne prihvata.

i legaliteta, zahtjevom započeti krivični postupak. Krivični postupak se može vratiti i u fazu istrage, koja je već ugrožena, jer je tužilac morao prikazati rezultate dotadašnje istrage. Vidi: F. Cordero, *Nav. djelo*, str. 554

³⁵ Za razliku od, recimo, prava Republike Srpske ili Srbije. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske i Zakonik o krivičnom postupku Srbije nalažu obavezno prisustvo optuženog lica. U suprotnom, sud neće konvalidirati zaključeni sporazum o priznanju krivice.

Prema istom članu, za vrijeme toka roka koji je sud ostavio za očitovanje protivne stranke u postupku, nije dozvoljeno niti povlačenje niti izmjena postavljenog zahtjeva. Nakon isteka roka, zahtjev više ne obavezuje tužioca. Tada optuženi može postaviti svoj zahtjev sve do početka glavne rasprave u prvostepenom postupku. S druge strane, zahtjev postavljen od strane optuženog ostaje na snazi, a tužilac ga može i naknadno prihvatiti. Posebna situacija, koja otvara nova pregovaranja nastupa kada je zahtjev optuženog i dalje na snazi, a državni tužilac postavi svoj zahtjev. U tom slučaju, na temelju pregovora između tužioca i optuženog, sudu će biti podnesen na odobravanje zahtjev na koji pristanu obje stranke.

4. Sudske odluke u ovom postupku

Sud može donijeti više vrsta odluka. Prije svega, sud može:

1. usvojiti zahtjev koji su podnijele stranke u krivičnom postupku i donijeti presudu u kojoj će izreći zatraženu kaznu;
2. odbiti zahtjev zbog toga što smatra da dogovorena kazna nije pravilno odmjerena s obzirom na otežavajuće i olakšavajuće okolnosti i da takva kazna neće postići potreban efekat resocijalizacije optuženog ili
3. donijeti oslobađajuću presudu, ako nađe da postoji neka od okolnosti navedenih u članu 129. Zakonika o krivičnom postupku (ako postoje činjenice koje ukazuju na to da nije izvršeno krivično djelo, da krivično djelo nije izvršilo lice na koje se odnosi *patteggiamento*, da izvršeno djelo nije krivično djelo, da je nastupila zastara gonjenja ili da nedostaje neka od pretpostavki za vođenje postupka).

Prema članu 448. Zakonika o krivičnom postupku, ukoliko sud odbije zahtjev optuženog, optuženi zahtjev može ponoviti do otvaranja ročišta za glavnu raspravu. Budući da na glavnoj raspravi odlučuje drugi sudija, a ne sudija koji je učestvovao u prethodnom postupku, novopodnijeti zahtjev posmatra se kao zahtjev podnijet novom sudu, koji ima pravo na iste odluke. Za veći uspjeh zahtjeva, međutim, potrebno je da i sam zahtjev bude drugačiji, jer treba krenuti od činjenice da je jedan zahtjev već bio odbijen.

Presuda kojom usvaja zahtjev tužioca i okrivljenog, ili samo okrivljenog, izrađuje se kao i svaka druga presuda. Presuda, bez obzira na to što je donesena na osnovu sporazuma o priznanju krivice, mora biti obrazložena. Uprkos određenim drugačijim stavovima među italijanskim pravnicima, Ustav Italije sadrži decidan stav da svaka

presuda mora biti obrazložena³⁶. Žalba je načelno isključena. Međutim, državni tužilac ima pravo na žalbu na presudu koja je donosena uprkos njegovom protivljenju zahtjevu koji je postavio optuženi. U ostalim slučajevima žalba je isključena, ali je moguće uložiti žalbu Kasacionom sudu³⁷.

Takođe, bitno je spomenuti i to da sud koji odlučuje o zahtjevu za sporazum o priznanju krivice nema ovlašćenje da odlučuje o imovinskopравnom zahtjevu koji postavlja oštećeni u krivičnom postupku. Prilikom donošenja Zakonika, sud nije imao pravo čak ni da osuđenom naloži da izmiri troškove koji su proizašli iz postavljenog imovinskopравnog zahtjeva. Još jednom intervencijom Ustavnog suda, sud je dobio tu mogućnost. Međutim, žalbeni sud i Kasacioni sud imaju mogućnost i da odlučuju o postavljenom imovinskopравnom zahtjevu³⁸.

5. Razlike u odnosu na američki sporazum o priznanju krivice

Italijanski *patteggiamento* nalikuje na američki *plea bargain* u većoj mjeri nego sporazumi o priznanju krivice u nekim drugim državama Evrope, poput Njemačke. Tako, u američkom pravnom sistemu zabranjena je žalba na presudu donesenu putem sporazuma o priznanju krivice³⁹, koje je rješenje prešlo i u italijansko krivično-procesno zakonodavstvo. Međutim, između njih postoje i znatne razlike. Prije svega, u Italiji postoji samo jedna vrsta *patteggiamento*-a, za razliku od Sjedinjenih Američkih Država. U Italiji, *patteggiamento* može biti zaključen još u fazi istrage, ali i za vrijeme suđenja. U SAD-u, optuženi veoma rijetko zaključuju sporazum o priznanju krivice nekoliko dana pred suđenje, a gotovo nikad na sam dan suđenja, zbog toga što je jedna od osnovnih prednosti sporazuma njegova finansijska strana. Veća finansijska sredstva će se uštedjeti ukoliko sporazum o priznanju krivice bude zaključen određen period

³⁶ Y. Ma, *Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany and Italy: a comparative perspective*, International Criminal Justice Review, vol. 12, 2002, page 40

³⁷ M. Fabri, *Nav. djelo*, str. 11

³⁸ A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 396

³⁹ G. Ilić, *Organizacija krivičnog sudstva u SAD*, Zbornik „Uvod u pravo SAD“, Beograd, 2008, str. 101

vremena prije suđenja⁴⁰. Zatim, u SAD-u predmet pregovora može biti dogovor o prekvalifikaciji djela u pojedinim tačkama optužnice, pokretanje ili nepokretanje krivičnog postupka, smanjenje kazne ili davanje informacija u zamjenu za odsustvo krivičnog postupka. S druge strane, u Italiji je moguć dogovor samo o vrsti i visini kazne⁴¹.

Ova razlika u regulisanju instituta uvodi nas u novu oblast gdje takođe postoji velika razlika. U SAD-u primjena sporazuma o priznanju krivice je neograničena. Sporazum može biti zaključen za bilo koje krivično djelo, nezavisno od kazne koja može biti izrečena, pa čak i ako se radi o ubistvu ili silovanju. *Ratteggiamento* je ograničen. Njegova primjena je izričito ograničena na lakša krivična djela. Tačnije, za krivična djela za koje je propisana kazna zatvora do sedam i po godina zatvora. Ublažavanje kazne je dozvoljeno do 1/3 propisane kazne, tako da izrečena kazna u konkretnom slučaju ne može preći pet godina zatvora. Zatim, za razliku od *plea bargaininga*, *patteggiamento* nije dozvoljen za krivična djela povezana sa organizovanim kriminalitetom, kidnapovanjem, prodajom droge i za krivična djela terorizma, niti je dozvoljeno zaključivanje *patteggiamento-a* za lica u povratu, ako bi njihova ukupna kazna prešla iznos od pet godina zatvora⁴².

Još jedna bitna razlika ogleda se i u ulozi suda prilikom zaključivanja sporazuma. Za razliku od američkog sistema, sud u Italiji ima ovlašćenje da donese oslobađajuću presudu ako postoje činjenice koje ukazuju na to da nije izvršeno krivično djelo, da krivično djelo nije izvršilo lice na koje se odnosi *patteggiamento*, da izvršeno djelo nije krivično djelo, da je nastupila zastara gonjenja ili da nedostaje neka od pretpostavki za vođenje postupka. Takođe, ukoliko predviđenu kaznu smatra neprihvatljivom u konkretnom slučaju, sud može odbiti *patteggiamento*. S druge strane, ukoliko ne dođe do sporazuma između tužioca i advokata, odnosno optuženog, iz razloga što tužilac odbija da zaključi sporazum, odbrana na kraju suđenja može tražiti od sudije da istraži razloge zbog kojih tužilac odbija da zaključi isti. Ukoliko sudija nađe da su tužiočevi razlozi neopravdani, može optuženom smanjiti kaznu za 1/3⁴³.

⁴⁰ N. Boari, G. Fiorentini, *An economic analysis of plea bargaining: the incentives of the parties in a mixed penal system*, International Review of Law and Economics, vol. 21, 2001, page 216

⁴¹ A. Krstulović, *Nav. djelo*, str. 377

⁴² W. Pizzi, L. Marafioti, *Nav. djelo*, str. 439

⁴³ M. Langer, *Nav. djelo*, str. 51

Uprkos svemu, *patteggiamento* od momenta svog uvođenja ima potencijalni efekat amerikanizacije, te pomjera čitav italijanski krivično-procesni sistem ka adverzijalnom modelu⁴⁴.

ZAKLJUČAK

Put ka uvođenju sporazuma o priznanju krivice u krivično procesno zakonodavstvo Italije bio je dug. Svjestan nemoći tadašnjeg zakonodavstva pred nastalim problemom rasta stope kriminaliteta, italijanski zakonodavac se okreće anglo-američkom pravu, tražeći rješenja koja bi se mogla primjeniti i u Italiji, i na taj način pomoći rasterećivanju sudova i efikasnijem krivičnom postupku. Jedno od najznačajnijih rješenja koja je zakonodavac preneo i prilagodio krivičnom procesnom pravu Italije bio je sporazum o priznanju krivice, čija je oblast primjene stalno proširivana.

Međutim, presađivanje rješenja iz jednog u drugi sistem, kao što je i očekivano, nije proteklo bez problema. Na jednoj strani su se nalazila nova rješenja, a na drugoj tradicionalno ukorjenjeni krivični postupak. Prilikom primjene novih adverzijalnih rješenja, Ustavni sud je morao intervenisati u više navrata. Jedno od prvih spornih pitanja bilo je pitanje pozivanja svjedoka na suđenje. Naime, novim Zakonikom o krivičnom postupku, pozivanje svjedoka na suđenje pripalo je strankama. Kroz svoje odluke, Ustavni sud je zauzeo stanovište da, iako je pravo da pozivaju svjedoke u rukama državnog tužioca i optuženog, to ne isključuje pravo suda da samostalno poziva svjedoke kada to smatra neophodnim. To su slučajevi kada je neophodno zaštititi prava optuženog, jer su sudovi u Italiji uvijek imali, takoreći, očinski obavezu da zaštite optuženog⁴⁵. Za naša razmatra su naročito značajne navedene odluke Ustavnog suda koje se tiču ovlašćenja suda da ispituje primjerenost predložene kazne izvršenom krivičnom djelu, i da osudi optuženog na plaćanje troškova postupka proizašlih iz postavljenog imovinskopravnog zahtjeva.

Uprkos velikim očekivanjima, *patteggiamento* i skraćeno suđenje nisu smanjili očekivani broj suđenja za 80-85%. Prema podacima iz 2003. godine, putem *patteggiamento*-a se rješava oko 15% krivičnih procesa, a preko skraćenog suđenja oko 10% krivičnih predmeta. Veliki problem je i dalje dužina krivičnog procesa.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ W. Pizzi, L. Marafioti, *Nav. djelo*, str. 449

Prosječna dužina trajanja suđenja, od pokretanja postupka pa do završetka postupka po pravnim lijekovima iznosi 1589 dana⁴⁶, što je predugo. Pri tom, nećemo ulaziti u razmatranja razumnog roka za suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Razloge za još uvijek relativno mali broj postupaka koji se riješe putem *patteggiamento*-a možemo tražiti i u činjenici da je njegova primjena ipak ograničena samo na lakša krivična djela.

LITERATURA

- V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice-uporedno-pravni pregled*, Beograd, 2009
- S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008
- Block's Law Dictionary, [www.blockslawdictionary](http://www.blockslawdictionary.com), oktobar 2010. godine
- N. Boari, G. Fiorentini, *An economic analysis of plea bargaining: the incentives of the parties in a mixed penal system*, International Review of Law and Economics, vol. 21, 2001
- M. Damaška, *Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 13, broj 1/2006, Zagreb
- M. Damaška: *O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih normi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4, broj 2/1997, Zagreb
- M. Fabri, *Criminal procedure and public prosecution reform in Italy: a flesh back*, A paper for the European Consortium for Political Research
- G. Ilić, *Organizacija krivičnog sudstva u SAD*, Zbornik „Uvod u pravo SAD“, Beograd, 2008
- G. Illuminati, *The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1998)*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 4:567, 2005
- A. Krstulović, *Primjena kazne na zahtjev stranaka kao mehanizam konsenzualnog stranačkog upravljanja postupkom u talijanskom kaznenom procesnom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 9, broj 2/2002, Zagreb
- J. Langbein, *Torture and Plea Bargaining*, The University of Chicago Law Review, vol. 46, no. 1/1978

⁴⁶ G. Illuminati, *Nav. djelo*, str. 580

- M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal, vol. 45, no. 1/2004
- C. Li, *Adversary System Experiment in Continental Europe: Several Lessons from the Italian Experience*, Journal of Politics and Law, vol. 1, no. 4/2008, page 14, www.ccsenet.org/journal
- T. Lynch, *The case against plea bargaining*, Law, Cato institute
- Y. Ma, *Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany and Italy: a comparative perspective*, International Criminal Justice Review, vol. 12, 2002
- S. Maffei, *Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence': Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure*, Journal of International Criminal Justice 2, 2004
- B. Pavišić, *Talijanski kazneni postupak*, Rijeka, 2002
- W. Pizzi, L. Marafioti, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, Yale, 1992
- F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1993
- R. A. Van Cleave, *An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States: the search for truth and an efficient criminal justice system*, Emory International Law Review, vol. 11, 1997
- A. Watson, *The Evaluation of law*, Maryland, 1985

Veljko, Turanjanin, BA*

**PLEA BARGAINING IN THE LAW OF EUROPEAN
COUNTRIES:
THE EXAMPLE OF ITALY**

The author in this work elaborates about institute known as plea bargaining. Plea bargaining is the institute from the Anglo-American legal law system which in the last 30-ish years taking a significant place in the Criminal Procedure Codes among the European countries, approaching on that way two different legal law systems. The first European country, who introduces in her legal system plea bargaining, was Italy. Through analyses provisions of the law, the author concludes that the plea bargaining is on the good way to be widely exerted. After Italy, every country in the Europe incorporated in her legal system plea bargaining, with more or less differences. The paper brings review of provisions of the new Italian Codice di Procedura Penale from the year of 1988. New Code was very revolutionary and bring much new in the law. The most important news was plea bargaining. The author concludes that plea bargaining is not in the enough use. The reasons for that we can search in the, for now, a small area of appliance.

* Student of juries doctor studies, Faculty of law in Kragujevac, R. of Serbia

Milica Kolaković-Bojović

Saradnik u nastavi,

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Pregledni naučni rad

UDK: 343.222

OSNOV ODGOVORNOSTI PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DELA

Neretko društvene promene nastale u periodu od samo nekoliko decenija, uspevaju da iz temelja uzdrmaju pravne principe koji su važili vekovima ranije. Upravo ta sudbina je, usled permanentnog jačanja uticaja sve brojnijih, ekonomski snažnijih i novim formama bogatiji, pravnih lica, pogodila i načelo Societas delinquere non potest. Talas reformi usmerenih na uvođenje odgovornosti pravnih lica za krivična dela, poslednjih decenija je, po ugledu na države Common law sistema zahvatio Evropu. Osvrćući se na ovaj proces, autorka nastoji da, kroz prizmu najvažnijih doktrinarnih i zakonskih modela, analizira problematiku osnova odgovornosti pravnih lica za krivična dela.

Ključne reči: pravna lica, odgovornost, kaznena dela.

1. Societas delinquere (non) potest

Proces transformacije, u rimskom pravu, neprikosnovenog načela Societas delinquere non potest u njegovu suprotnost, nije bio ni kratak ni jednostavan. Ako bismo pokušali da izdvojimo ključne faktore koji su ga determinisali kako na globalnom nivou, tako i u pravnim sistemima pojedinih država, morali bismo obratiti pažnju na dve vrste činilaca.

Reč je, najpre, o razlozima koji spadaju u domen kriminalne politike. U pitanju je neophodnost adekvatnog odgovora na sve rasprostranjenije i brojnije vidove društveno opasnog delovanja pravnih lica, čije su posledice neretko daleko ozbiljnije od onih koje svojim postupcima mogu prouzrokovati fizička lica. Poslednjih decenija, uticaj kompanija (naročito multinacionalnih), uslovljen rastom kapitala koji poseduju, dostiže neslućene razmere. S druge

strane, interesovanje države za suzbijanje delikata pravnih lica, ekvivalentno je njihovom društvenom uticaju u određenom periodu.¹

Osim kriminalno-političkih, na uvođenje odgovornosti pravnih lica za krivična dela u pravnim sistemima pojedinih država uticali su i pravni razlozi, odnosno neophodnost usklađivanja nacionalnih zakonodavstava sa međunarodnim pravom, naročito kada su u pitanju evropske države. Jedan od najznačajnijih međunarodnih dokumenata koji predviđaju obavezu država da u svoje pravne sisteme uvedu neku vrstu odgovornosti pravnih lica je Preporuka R(88)18 Saveta Evrope, o kojoj će u daljem izlaganju biti više rečeno.² Pored Preporuke R(88)18, uvođenje odgovornosti pravnih lica predviđeno je čitavim nizom međunarodnih dokumenata, kao što su: Konvencija o transnacionalnom organizovanom kriminalu,³ Međunarodna konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma,⁴ Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije,⁵ Krivičnopravna konvencija o korupciji,⁶ Konvencija o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom.⁷ Ono što je zajedničko svim ovim dokumentima, jeste da potpisnicama ostavljaju slobodu po pitanju vrste odgovornosti pravnih lica koju će predvideti (krivična, prekršajna ili građanska).⁸

¹ Ovo se lako uočava na primeru Francuske pre i posle buržoaske revolucije, opširnije Deisinger, Mitja, Vrhovšek, Miroslav, Krivična odgovornost pravnih lica, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 25.

² Recommendation R(88) 18, Council of Europe Committee of Ministres, Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities (Adopted by the Committee of Ministers on 20 October 1988 at the 420th meeting of the Ministers' Deputies)

³ Zakon o potvrđivanju konvencije ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola („sl. List srj- međunarodni ugovori“, br. 6/01).

⁴ Zakon o potvrđivanju međunarodne konvencije o suzbijanju finansiranja terorizma („sl. list srj- međunarodni ugovori“, br. 7/02).

⁵ Zakon o ratifikaciji konvencije ujedinjenih nacija protiv korupcije („sl. List scg- međunarodni ugovori“, br. 12/05).

⁶ Zakon o potvrđivanju krivičnopravne konvencije o korupciji („sl. List srj- međunarodni ugovori“, br. 2/02 i „sl. List scg- međunarodni ugovori“, br. 6/01).

⁷ Zakon o ratifikaciji Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom („Sl. list SRJ- Međunarodni ugovori“, br. 7/02).

⁸ Ilić, G., „Odgovornost pravnih lica kao predmet (posebnog) krivičnog zakonodavstva“, Ustav Republike Srbije, krivično zakonodavstvo i organizacija pravosuđa: (četdeset četvrto) XLIV redovno godišnje savetovanje Udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Intermex, Zlatibor- Beograd, 2007, 207.

Pod uticajem pomenutih društvenih i pravnih činilaca, većina zakonodavstava danas predviđa neki od vidova odgovornosti pravnih lica za kaznena dela, tako da se, kako ispravno primećuje Deisinger⁹, više ne može praviti, ranije često isticana, razlika između angloameričkog pravnog područja koje je poznavalo ovu vrstu odgovornosti i kontinentalnog prava, kome je ona bila strana. Značajnije razlike među nacionalnim zakonodavstvima danas se ogledaju u tome kako odrediti osnov odgovornosti pravnog lica za krivična dela.

2. Osnovni teorijski koncepti

Stepenica koja je prethodila rešavanju pitanja pravnog osnova odgovornosti pravnog lica, bila je prevazilaženje dileme vezane za postojanje i poreklo pravnog subjektiviteta pravnog lica.¹⁰ Pri tome se u naučnim krugovima kao dominantna izdvojila organska (teorija realnosti) čiji je idejni tvorac Gierke, a po kojoj je pravno lice realnost (a ne fikcija kako je tvrdio Savigny). Modifikacijom organske, nastala je institucionalna teorija (najšire prihvaćena u pravu SAD) koja jasno izdvađa samostalni subjektivitet pravnog lica, odvojen od njegovog personalnog supstrata.

Nakon što su (gotovo u potpunosti) nestali sporovi vezani za podobnost pravnog lica da bude subjekt odgovornosti za krivična dela, postavilo se pitanje modela i osnova te odgovornosti. Dakle, da li je odgovornost pravnog lica autonomna ili se izvodi iz odgovornosti odgovornog lica? Je li ona objektivnog ili subjektivnog karaktera?

Na ova pitanja nema jedinstvenog odgovora u krivičnoj teoriji i praksi, stoga ćemo u nastavku izlaganja pokušati da napravimo pregled, kako najistaknutijih doktrinarnih, tako i na njima zasnovanih rešenja koja su prihvaćena u pojedinim zakonodavstvima.

2.1. Objektivna i subjektivna odgovornost

Podela tipova krivične odgovornosti na objektivnu i subjektivnu tiče se toga da li će se odgovornost pravnog lica zasnivati

⁹ Deisinger, M., Vrhovšek, M., op.cit., str. 30.

¹⁰ Više o tome: Vasiljević, M., Kompanijsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2005, 47-48; Deisinger, M., Vrhovšek, M., Krivična odgovornost pravnih lica, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 43-47.

samo na činjenici da je, kako to definiše Đurđević,¹¹ pravno lice prouzrokovalo povredu ili ugrožavanje određenog dobra, odnosno izazvalo krivičnim propisima zabranjene posledice (objektivna odgovornost), ili će se, u okviru subjektivne odgovornosti, utvrđivati subjektivni odnos učinioca prema delu. I objektivna i subjektivna, mogu se javiti u formi izvedene i autonomne odgovornosti.

2.2. Izvedena i autonomna odgovornost

U zavisnosti od toga da li se odgovornost pravnog lica izvlači iz odgovornosti fizičkog lica koje je preduzelo radnju izvršenja, ili ono odgovara za sopstveno ponašanje, razlikujemo izvedenu i autonomnu odgovornost pravnih lica. Modaliteti obe vrste odgovornosti su brojni, a mi ćemo u nastavku izlaganja pomenuti najistaknutije.

2.2.1. Teorije o izvedenoj odgovornosti

2.2.1.1. Teorija identifikacije (alterego)

Poreklo teorije identifikacije treba tražiti u praksi engleskih sudova u toku dvadesetog veka. Po ovom shvatanju, odgovornost pravnog lica može biti direktna ako je fizičko lice koje je preduzelo radnju izvršenja tako pozicionirano u pravnom licu da se može smatrati da je njegova volja ujedno i volja pravnog lica.¹² Odnosno, kako navodi Clarkson¹³, da njegova volja metaforički predstavlja volju pravnog lica. Dakle, po ovoj doktrini, odgovornost pravnog lica se zasniva na radnjama organa upravljanja, čiji se akti smatraju aktima pravnih lica.

2.2.1.2. Teorija odgovornosti za drugog (respondeat superior)

Ovo shvatanje razvijeno je na području SAD a danas je zastupljeno i u krivičnim pravima Danske i Švedske. Njegova suština je odgovornost pravnog lica ne samo za postupke visoko pozicioniranih, već svih službenika tog pravnog lica. Na taj način krug pravnih lica koja mogu odgovarati za krivična dela je proširen u

¹¹ Đurđević, Z., Komentar zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena dejela, Narodne novine, Zagreb, 2005, 22-25.

¹² Ilić, G., op.cit., str. 208.

¹³ Clarkson, C. M. V., „Corporate Culpability“, Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone Press Ltd. , 1998., dostupno na, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html> , (17.1. 2011.)

odnosu na engleski koncept. Ipak, po ovom shvatanju, za odgovornost pravnog lica potrebno je ispunjenje jednog dodatnog uslova, a to je postojanje namere (ili njena realizacija- u zavisnosti od zakonskog rešenja koje je prihvaćeno u konkretnoj državi) da se izvršenjem dela pribavi korist pravnom licu.¹⁴

2.2.2. Teorije o autonomnoj odgovornosti

2.2.2.1. Teorija delikta pravnog lica (Verbandsunrecht)

Po ovoj teoriji, vladajućoj u nemačkoj doktrini, odgovornost pravnog lica postoji nezavisno od toga da li je fizičko lice koje je preduzelo radnju izvršenja oglašeno krivim, kao ni da li je uopšte poznat njegov identitet. Dovoljno je da je radnja izvršenja povezana sa aktivnostima pravnog lica i da je pravno lice moglo ili moglo imati od toga neku korist. Takođe, po ovoj teoriji odgovornost pravnog lica može postojati i u situaciji propuštanja dužnog nadzora od strane lica koje se nalazi na rukovodećem mestu.¹⁵

2.2.2.2. Corporate mens rea doctrine

Ovaj koncept je novijeg datuma i spada u teorije o autonomnoj subjektivnoj odgovornosti pravnih lica. Iako potiče iz prakse sudova u SAD, prvi put je zaživeo u zakonodavstvu Australije, počev od 1995. godine. Ističući da sve ostale teorije ignorišu složenost strukture i organizacije velikog broja savremenih pravnih lica, kao i dinamiku poslovnog okruženja koja često može biti čak i stimulativna za izvršenje krivičnih dela, što se najčešće objašnjava kriminalnim duhom ili kriminalnom kulturom koja vlada u pravnom licu¹⁶ (tzv. postojanje kulture nepoštovanja propisa).

3. Preporuka R(88)18 Komiteta ministara Saveta Evrope

Ovaj dokument predstavlja najsveobuhvatniji akt posvećen materiji odgovornosti pravnih lica. Preporuka je namenjena državama članicama Saveta Evrope,¹⁷ i osim smernica za uvođenje nekog od oblika odgovornosti, sadrži i načela koja se odnose na osnove

¹⁴ Đurđević, Z., „Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 10/2/2003, 740.

¹⁵ Ilić, G., op.cit., str. 209.

¹⁶ Clarkson, C. M. V., op.cit.str. 5.

¹⁷ Vrhovšek u više svojih radova pogrešno navodi da se radi o preporuci usvojenoj od strane, kako navodi, Komiteta ministara EU i namenjenoj državama članicama EU (koja u vreme donošenja ove preporuke nije ni postojala).

odgovornosti, kao i principe propisivanja sankcija. Preporuka ostavlja slobodu državana članicama po pitanju izbora vrste odgovornosti (građanska, prekršajna ili krivična) i zadržava se na ambiciji pružanja opštih instrukcija kojima države treba da se rukovode.

Ovaj dokument se temelji na teorijskim osnovama doktrine identifikacije, smatrajući visokopozicionirane organe upravljanja alter egom pravnog lica, pa upravo njihove radnje pravnom licu i pripisuju. Ipak, paragrafom I.4. predviđeno je isključenje odgovornosti pravnog lica ukoliko organi upravljanja nisu znali za izvršenje dela a preduzeli su sve neophodne mere da se ono predupredi.

Istovremeno, u paragrafu I.2. propisano je da pravna lica treba da odgovaraju za učinjeno delo čak i ako je fizičko lice koje je preduzelo radnju izvršenja ostalo nepoznato kao i kada, iako poznato, nije oglašeno krivim.

4. Rešenja u uporednom pravu

4.1. Velika Britanija

Pravno područje Velike Britanije (Engleska, Škotska, Vels i Severna Irska) možemo smatrati izvorštem teorije identifikacije, razvijene u Engleskoj tokom dvadesetog veka. Ono što je ipak osnovna karakteristika ovog sistema odgovornosti pravnih lica jeste njegov dualizam, zasnovan na pravljenju razlike između krivičnih dela ustanovljenih radi regulisanja privrednih tokova (regulatory offences) i tzv. konvencionalnih krivičnih dela.¹⁸

Za prvu kategoriju dela pravna lica odgovaraju po osnovu objektivne odgovornosti, dok se za utvrđivanje odgovornosti za drugu grupu delikata primenjuje ranije pomenuta teorija identifikacije, po kojoj se visokopozicionirani službenici smatraju alter egom pravnog lica, pa se njihove radnje identifikju sa radnjama pravnog lica na koje se prenose i psihološki aspekti izvršenja dela.

4.2. SAD

Ranije je pomenuto da države Common law sistema predstavljaju kolevku ideje o krivičnoj odgovornosti pravnih lica. Uprkos činjenici da je ovaj institut zaživeo u praksi i pet decenija ranije, kada se po prvi put dozvoljava tumačenje pojma „lice“ u dvostrukom smislu- i kao fizičko lice i kao korporacija, najznačajniji

¹⁸ Đurđević, Z.(2003), op.cit., 735-736.

trenutak u uspostavljanju koncepta odgovornosti pravnih lica za krivična dela u SAD je potvrda ustavnosti Elkinsovog zakona iz 1903.godine. Sud je tada, 1909. godine u svojoj odluci ¹⁹ odbio argument da korporacija ne može biti subjekt krivične odgovornosti i zaključio da pravo Kongresa da reguliše tržišne odnose obuhvata i pravo propisivanja krivičnih sankcija.²⁰ Nakon toga, opsežne reforme izvršene su početkom devedesetih godina prošlog veka.

Američki model odgovornosti pravnih lica za krivična dela prešao je značajan put od početne sličnosti sa engleskim modelom, pa sve do respondeat superior i mens rea koncepata koji su danas usvojeni. Zasluge za ovu transformaciju su podeljene između, kako Diskant²¹ ocenjuje, agresivnog nastojanja tužilaca da prošire zonu krivične odgovornosti pravnih lica i pasivnog stava Kongresa koji ih u tome nije sprečio, već je, naprotiv, u čitavom nizu zakona koji regulišu pojedine segmente privrede i sam činio isto. Tako da je, po rečima istog autora, danas dovoljno da tužilac dokaže da je predstavnik pravnog lica izvršio krivično delo u okviru svog angažmana u pravnom licu sa namerom da pravnom licu pribavi korist, pri čemu se čak i pojmovi „predstavnik“ i „namera pribavljanja koristi“ izuzetno široko tumače.²²

Dakle, savremena praksa američkih sudova vidi osnov odgovornosti pravnih lica za krivična dela na sledeći način:

1. Dovoljno je da je krivično delo izvršio čak i nisko pozicionirani zaposleni u pravnom licu- ne zahteva se više da se radi o licu kome su poverena posebna ovlašćenja;
2. Potrebno je da je zaposleni delo izvršio u okviru delokruga svojih poslova u pravnom licu;
3. Da je kod zaposlenog postojala namera da izvršenje dela rezultira nekom vrstom koristi za pravno lice;
5. Odgovornost pravnog lica postoji čak i ako organi upravljanja nisu znali za izvršeno krivično delo, ukoliko sud proceni da su doprineli njegovom izvršenju neadekvatnom kontrolom nad

¹⁹ New York Central & Hudson River Railroad Company v. Unites States, 212 U.S. 481 (1909).

²⁰ Diskant, Edward B., "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure", The Yale Law Journal, 118/126/2008, 135.

²¹ Ibid., str. 138.

²² Ibid., str. 139.

poslovnim sistemom kojim upravljaju i time stvorili pogodnu atmosferu za izvršenje dela.

4.3. Australija

Izlažući osnove mens rea koncepta odgovornosti pravnih lica za krivična dela, pomenuli smo da je on u potpunosti usvojen upravo u australijskom Krivičnom zakonu iz 1995. godine. U skladu sa tim, za postojanje odgovornosti pravnog lica, potrebno da je izvršilac krivičnog dela postupao u delokrugu svojih poslova u okviru pravnog lica ili na osnovi posebnog ovlašćenja koje može biti pravnog ili faktičkog karaktera (nije potrebno da se nalazio na upravljačkoj funkciji). Neophodan uslov je i postojanje izričitog ili prećutnog odobrenja ograna upravljanja za izvršenje dela a alternativa ovom uslovu je da je karakter poslovne politike pravnog lica bio takav da je ona podsticala na nepoštovanje propisa ili ga tolerisala.

S obzirom da je odgovornost pravnog lica autonomna, zakon daje i smernice za utvrđivanje nehata (izolovani), pa se on tako procenjuje posmatrajući pravno lice kao celinu (agregaciju) ponašanja njegovih organa upravljanja i zaposlenih uopšte.²³

4.4. Holandija

Holandija je pionirske korake na uvođenju odgovornosti pravnih lica za krivična dela napravila 1951. godine, ograničavajući je najpre na polje privrednog kriminala, da bi 1976. ove granice obuhvatile sva krivična dela.

Holandski zakonodavac je prihvatio mens rea doktrinu, tako da je za postojanje odgovornosti pravnog lica, neophodno je da je delo izvršio zaposleni u pravnom licu, bez obzira na mesto koje zauzima na hijerarhijskoj lestvici, ukoliko je pravno lice znalo za njegove postupke i tolerisalo ih je. Praktično, zahteva se da je kriminalna aktivnost fizičkog lica deo zvanične ili nezvanične poslovne politike pravnog lica. Takođe, potrebno je da se radi o kontinuiranom kriminalnom delovanju fizičkog lica, jer će pojedinačni akt retko rezultirati odgovornošću pravnog lica.

²³ Pregled dat na osnovu: Thornton, J., "Criminal Liability of Organisations", International Society for the Reform of Criminal Law, 22nd International Conference, Codifying the Criminal Law :Modern Initiatives, Dublin 2008, 3-12.

Kada su u pitanju uslovi neophodni za postojanje odgovornosti u skladu sa teorijskim konceptom *mens rea*, holandsko pravo pravi razliku između krivičnih dela i prekršaja.

Ukoliko se radi o krivičnim delima, odgovornost pravnog lica postoji ako je reč o radnji fizičkog lica, koja je u suprotnosti sa interim pravilima u pravnom licu, ukoliko su organi upravljanja znali za takvo ponašanje, nisu pristali na njega, ali nisu ni preduzeli ništa da ga spreče- dakle, zahteva se postojanje eventualnog umišljaja.

Kod odgovornosti za prekršaje, situacija je nešto drugačija, jer je dovoljno da su organi upravljanja prevideli potencijalno rizičnu situaciju, čak i kada nije načinjen ozbiljniji propust.²⁴

Za odgovornost pravnog lica nije neophodno da je poznat identitet fizičkog lica koje je preduzelo radnju izvršenja, mada je u toj situaciji utvrđivanje odgovornosti značajno otežano.

4.5. Nemačka

Već smo napomenuli da najznačajniji međunarodni dokumenti kojima se državama ukazuje na neophodnost uvođenja odgovornosti pravnih lica, ostavljaju slobodu po pitanju izbora vrste te odgovornosti. Iako se većina država u okruženju opredelila za krivičnu odgovornost, Nemačka još uvek odstupa od ovog trenda.²⁵ Kako ironično zaključuje Diskant²⁶ - priča o krivičnoj odgovornosti pravnih lica u Nemačkoj je prilično kratka, jer ova odgovornost u Nemačkoj i ne postoji. Ipak, da li je baš tako? I pored pukog terminološkog markiranja ove vrste odgovornosti kao prekršajne (tzv. „terminološkim smokvinim listom“), što je uslovljeno isključivo dogmatskim razlozima, ona suštinski predstavlja krivičnu odgovornost.²⁷ Iako pod velom prekršajnog prava, Nemačka je poslednjih decenija napravila značajan pomak po pitanju kažnjavanja pravnih lica. U postojećem sistemu i krivični i prekršajni sudovi su ovlašćeni za izricanje prekršajnih sankcija za kategoriju delikata

²⁴ Pregled dat na osnovu: Buruma, H., *Criminal Liability of Companies Survey*, dostupno na http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Crim_Liability_Netherlands.pdf, (22.2.2011)

²⁵ Bohlander, M., *Principles of German Criminal Code*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 23.

²⁶ Diskant, E.B., op.cit., str. 17.

²⁷ To je i razlog konceptijskog odstupanja koje smo napravili, smestivši ovo izlaganje u okvir priče o osnovima i granicama odgovornosti za krivična dela.

nazvanu Ordnungswidrigkeit, a Zakon o prekršajima predviđa dva načina zasnivanja odgovornosti pravnih lica:

1. kada je u pitanju delo fizičkog lica, povezano sa delatnošću pravnog lica a kojim je, alternativno, povređena neka dužnost pravnog lica ili se bar pretpostavlja da je ono, od izvršenja dela, imalo neku korist;

2. kada se radi o propuštanju dužnog nadzora od strane fizičkih lica koje se u pravnom licu nalaze na rukovodećim pozicijama.²⁸

4.6. Francuska

Odgovornost pravnih lica za krivična dela u Francuskoj, uslovno rečeno ima dugu istoriju. Uslovno, jer iako je još 1670. godine postojala mogućnost njihovog kažnjavanja, nakon diskontinuiteta u zakonodavstvu uzrokovanog buržoaskom revolucijom, tek 1994. stupanjem na snagu novog Krivičnog zakonika, uvedena je krivična odgovornost pravnih lica. Kasnijim zakonskim izmenama i odlukama Kasacionog suda preciznije je određena i proširena.

Kako francuski zakonodavac vidi osnov odgovornosti pravnog lica za krivična dela?

Član 121-2 Krivičnog zakonika iz 1994. predviđa odgovornost pravnih lica za krivična dela koja za njihov račun izvrše organi ili predstavnici. Dakle, potrebno je kumulativno ispunjenje dva uslova:

1. krivično delo je izvršeno za račun pravnog lica;
2. krivično delo je izvršeno od strane organa ili zastupnika pravnog lica

Tumačenje pojma „za račun“ pravnog lica, čini se, dobro objašnjava Cartier.²⁹ Po ovoj autorki krivično delo je izvršeno za račun pravnog lica kada se tiče ukupnosti njegovih sastavnih delova i odražava se na svakog od njih. Ona razmatra i mogućnost zasnivanja odgovornosti pravnih lica u slučaju nepostojanja materijalne, niti bilo kakve druge koristi pravnom licu, kada se izvršenje krivičnog dela može pripisati organizacionim propustima unutar pravnog lica.

²⁸ Pop, A.J., *Criminal Liability of Corporations- Comparative Jurisprudence*, 2006, 13-36.

²⁹ Cartier, Marie. E., „Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 12/2/2005, 288.

Kada je u pitanju drugi uslov, Cartier ističe da je upravo preciziranje ko se može smatrati zastupnikom pravnog lica predstavljalo najveći problem, dok kod pojma organa ta dilema ne postoji jer oni svoja ovlašćenja izvlače iz zakona ili statuta. Isti autor smatra da pod pojam zastupnika pravnog lica ovde treba podvesti fizičko lice koje su organi ili zakonski zastupnik odredili da zastupa pravno lice u posebno ograničenoj oblasti delovanja.³⁰

Problem određivanja granica odgovornosti pravnog lica u francuskom pravu manifestovao se kroz potpuni nesklad između zakonskog teksta iz koga se moglo zaključiti da pravno lice odgovara u kviru krivice fizičkog lica koje je preduzelo radnju izvršenja i prakse sudova koji su neretko i u slučaju da je kod fizičkog lica utvrđen nehat, oglašavali krivim pravno lice. Tako je bilo sve do izmena kaznenog zakonodavstva 2000. godine kada je predviđeno da pravno lice može biti oglašeno krivim i pored utvrđenog nehata organa ili zastupnika, ako je delo izvršeno usled nemara, neispunjenja obaveze ili propuštanja dužnog nadzora od strane pravnog lica.³¹

4.7. Belgija

Krivična odgovornost pravnih lica u Belgiji uneta je u kazneno zakonodavstvo 1999. godine, na temeljima koje je svojim odlukama postavio Kasacioni sud te države, pomerivši granice u dva navrata:

Najpre, 1946. zauzevši stanovište da pravno lice može biti odgovorno za krivično delo, ali ne i kažnjeno, da bi dve decenije kasnije precizirao da se pravno lice može smatrati odgovornim, ukoliko je fizičko lice samostalno ili kao saizvršilac preduzelo radnju izvršenja krivičnog dela. Takođe, pravno lice se smatralo odgovornim i u slučajevima propuštanja dužnog nadzora.³² Istovremeno, potrebno je postojanje namere pribavljanja koristi pravnom licu od strane fizičkog lica koje je preduzelo radnju izvršenja.

Kako zapaža Guyot³³ zakonodavac je novim rešenjima nastojao da izbegne objektivnu odgovornost, pa se tako insistira na

³⁰ Ibid., str.289.

³¹ www.lancs.ac.uk/.../documents/Criminalliabilityoflegalentities050606_000.doc ,(12.3 2011).

³² GUYOT, Cedric, "The Criminal Liability of Directors and Legal Entities in the Travel industry", International Travel Law Journal, 2001, 29.

³³ Ibidem.

postojanju namere pribavljanja koristi pravnom licu. Utvrđivanje postojanja namere da se pravnom licu pribavi korist, zahteva se i kada je delo izvršeno sa umišljajem ali i kada je izvršeno usled organizacionih propusta (nemara) pravnog lica.

4.8. Luksemburg

Analizom novih rešenja usvojenih u krivičnom pravu Luksemburga 2010. godine, jasno se uviđa da je zakonodavac inspiraciju nije pronašao u belgijskom već francuskom zakonu.

Tako pravna lica odgovaraju za krivična dela koja su izvršena u njihovo ime i za njihov račun od strane organa upravljanja u pravnom licu (pri čemu se ovo odnosi i na kolektivne organe- npr. upravni odbor)³⁴ ili pojedinca koji se, makar i de facto nalazi na nekoj od upravljačkih pozicija.

Zakon takođe predviđa da je odgovornost pravnog lica nezavisna od odgovornosti fizičkog lica koje je preduzelo radnju izvršenja krivičnog dela.

4.9. Slovenija³⁵

Prvi korak ka uvođenju odgovornosti pravnih lica za krivična dela u Republici Sloveniji učinjen je 1995. godine stupanjem na snagu Kaznenog zakonika, koji u članu 33 sadrži opštu odredbu kojom se predviđa odgovornost pravnih lica za krivična dela učinjena u ime, za račun ili u korist pravnog lica. Ovako uopštenu odredbu trebalo je precizirati posebnim zakonom koji je, iako je rad na njemu započet još 1994., zbog prvobitnog neuspeha u parlamentu, stupio na snagu tek 1999. godine. Kada će se smatrati da su uslovi iz člana 33 Krivičnog zakonika ispunjeni, preciznije je određeno u članu 4 Zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena dela³⁶.

Prema ovoj odredbi, delo je izvršeno u ime, za račun ili u korist pravnog lica ukoliko:

1. predstavlja realizaciju odluke, naloga, ili odobrenja njegovih rukovodećih ili nadzornih organa;

³⁵ Pregled dan na osnovu: Jakulin, V., „Odgovornost pravnih lica za krivična dela u Sloveniji“, Ustav Republike Srbije, krivično zakonodavstvo i organizacija pravosudja: (četrdeset četvrto) XLIV redovno godišnje savetovanje Udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Intermex, Zlatibor- Beograd, 2007, 240-256.

³⁶ Uradni list Republike Slovenije br. 63/94

2. rukovodeći ili nadzorni organi su uticali na izvršioca ili mu omogućili izvršenje dela;

3. pravno lice raspolaže protivpravno stečenom imovinskom korišću ili upotrebljava predmete nastale izvršenjem krivičnog dela;

4. postoje propusti u dužnom nadzoru nad zakonitošću rada zaposlenih.

Osim izvedene odgovornosti koja je predviđena tačkama od 1 do 3, tačka 4 predviđa autonomnu odgovornost pravnog lica, koju Jakulin,³⁷ ističući da se ne radi o objektivnoj, definiše kao poseban oblik krivične odgovornosti prilagođen pravnim licima. Iz toga sledi da, u slučaju odgovornosti pravnog lica zbog propuštanja dužnog nadzora, pravno lice može biti oglašeno krivim čak i kada se radi o nehatnom krivičnom delu lica koje je preduzelo radnju izvršenja. Izuzetak predstavlja situacija u kojoj je lice koje je preduzelo radnju izvršenja ujedno jedini zaposleni u pravnom licu- tada pravno odgovara uvek u okviru krivice fizičkog lica.

4.10. Hrvatska

Za razliku od Slovenije koja je odmah nakon raspada bivše SFRJ napravila korake ka uvođenju odgovornosti pravnih lica za krivična dela, Hrvatska je poput Srbije, još neko vreme zadržala tadašnji bipartitni sistem kaznene odgovornosti pravnih lica, odnosno odgovornosti za privredne prestupe i prekršaje. Tako je bilo sve do 2002. godine kada su privredni prestupi preimenovani u prekršaje, te je ova vrsta odgovornosti bila i jedina do 2003. godine, kada je stupio na snagu Zakon o kaznenoj odgovornosti pravnih osoba.³⁸

Hrvatski zakonodavac prihvata koncepciju izvedene, subjektivne odgovornosti, pa tako član 3, stav 2, kaže:

“Pravna osoba kaznit će se za kazneno djelo odgovorne osobe ako se njime povređuje neka dužnost pravne osobe ili je njime pravna osoba ostvarila ili trebala ostvariti protupravnu imovinsku korist za sebe ili drugoga.”

Ova odredba zahteva preciziranje u nekoliko pravaca:

Najpre, po pitanju određenja pojma odgovornog lica, što je učinjeno u članu 4 istog zakona, koji odgovornim licem smatra fizičko lice koje vodi poslove pravnog lica ili kome je povereno obavljanje

³⁷ Jakulin, V., op. cit., str.248.

³⁸ Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, (NN 151/03, 110/07)

poslova iz područja delovanja pravnog lica. Đurđević³⁹ skreće pažnju na činjenicu da pojam lica koje vodi poslove pravnog lica, nije moguće odrediti u okviru kaznenog, već trgovinskog prava.

Dalje, da bi pravno lice odgovaralo za delo odgovornog lica, potrebno je ispunjenje jednog od dva alternativno postavljena uslova: Da je time povređena neka dužnost pravnog lica ili da je krivičnim delom ostvarena ili je postojala namera ostvarivanja koristi pravnom ili drugom licu.

Đurđević⁴⁰ u vezi prvog uslova precizira da bi se moglo raditi o dužnostima vezanim za delatnost pravnog lica i u skladu sa ciljem njihovog osnivanja, bez obzira da li su predviđene propisom ili ugovorom.

Kada je u pitanju drugi uslov, ista autorka navodi da se ne mora raditi o neposrednoj, već može biti u pitanju i posredna korist – ona koja će se kao posledica dela posredno ostvariti.⁴¹

4.11. Crna Gora

Ako ne računamo kazneno pravno Republike Srbije u kome ovaj koncept još uvek postoji, Crna Gora je najduže od bivših republika SFRJ, zadržala i odgovornost za privredne prestupe. Tako je bilo do 2007. godine kada je stupio na snagu Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela.⁴² Rešenja koja donosi ovaj zakon koncepcijski najviše podsećaju na sistem odgovornosti u američkom pravu, dakle, počivaju na temeljima doktrine respondeat superior.⁴³

U skladu sa tim, da bi postojala odgovornost pravnog lica, potrebno je da je radnju izvršenja preduzelo odgovorno lice i da je delo izvršeno u okviru ovlašćenja koje je imalo u pravnom licu. Takođe, potrebno je i postojanje namere da se pribavi korist pravnom licu. Nastojeći da preciznije odredi ovaj poslednji uslov, Stojanović⁴⁴ ocenjuje da zahtev za postojanjem namere da se pravnom licu pribavi

³⁹ Đurđević, Z.(2003), op.cit., str. 755.

⁴⁰ Đurđević, Z.(2005), op.cit.str.36.

⁴¹ Ibid., str.39.

⁴² Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela („Službeni list Republike Crne Gore“, broj 02/07)

⁴³ Stojanović, Z., “Odgovornost pravnog lica za krivična djela- Razvoj i stanje u svijetu”, *Odgovornost pravnih lica za krivična djela - Povraćaj dobara*, Uprava za antikorupcijsku inicijativu Podgorica, 2010, 9-20.

⁴⁴ Ibid., str. 20.

korist, treba vezati za delatnost u okviru ovlašćenja a ne za nameru da se korist pribavi izvršenjem krivičnog dela. On, takođe, ističe da delo ipak proizilazi iz delovanja u okviru ovlašćenja, tako da se namera ipak, indirektno vezuje i za krivično delo.

Pojam odgovornog lica u svetlu koncepta respondeat superior, koji usvaja i crnogorski zakon, već je pojašnjen u ranijem izlaganju, pa ćemo ovde izbeći ponavljanje.

Kada su u pitanju granice odgovornosti iz zakonske odredbe (ali i usvojenog teorijskog koncepta) proizilazi da pravno lice odgovara u okviru krivice odgovornog lica (dakle i za nehatna krivična dela).

Polemišući o eventualnoj odgovornosti pravnog lica u situaciji kada odgovorno lice ostane nepoznato, pa se samim tim pojavi problem utvrđivanja krivice kao konstitutivnog elementa krivičnog dela, kao i namere da se pravnom licu pribavi korist, Stojanović zaključuje sledeće:

“To znači da se kao uslov za odgovornost pravnog lica ne postavlja utvrđivanje da je krivično djelo učinilo određeno fizičko lice koje se uvijek mora individualizovati, već bi bilo dovoljno da je sasvim izvjesno krivično djelo učinilo neko odgovorno lice iz kruga pravnog lica i da su pri tome ispunjeni i subjektivni elementi krivičnog djela, kao i da način izvršenja krivičnog djela i njegova priroda nesumnjivo ukazuju na postojanje namjere da se za pravno lice ostvari neka korist.”⁴⁵

Iako je ovakvo shvatanje u skladu sa tačkom I. 2. Preporuke R(88)18, nema sumnje da njegova primena, bez ranije prakse kao oslonca, neće biti jednostavan zadatak za crnogorske sudove.

5. Osnov i granice odgovornosti pravnih lica za krivična dela u pravu Republike Srbije

Od stupanja na snagu Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela⁴⁶, u kaznenom pravu Republike Srbije nastao je tripartitni sistem odgovornosti pravnih lica- za krivična dela, privredne prestupe i prekršaje. I pored činjenice da postoji bogata, višedecenijska praksa u oblasti odgovornosti za privredne prestupe, uvođenje odgovornosti pravnih lica za krivična dela, rezultiralo je bojažljivim odgovorom pravosuđa.

⁴⁵ Ibid., str. 23-24.

⁴⁶ Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela („sl. glasnik rs“, br. 97/08)

Kako su osnov i granice odgovornosti postavljeni u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela?

Odgovor na ovo pitanje, najpre treba potražiti u članu 6 koji predviđa sledeće:

(1) Pravno lice odgovara za krivično delo koje u okviru svojih poslova odnosno ovlašćenja učini odgovorno lice u nameri da za pravno lice ostvari korist.

(2) Odgovornost pravnog lica iz stava 1. ovog člana postoji i ako je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica omogućeno izvršenje krivičnog dela u korist pravnog lica od strane fizičkog lica koje deluje pod nadzorom i kontrolom odgovornog lica.

Dakle, za postojanje odgovornosti pravnog lica potrebno je ispunjenje dva uslova:

Prvi uslov se vezuje za svojstvo izvršioca krivičnog dela. U tom smislu, potrebno je ili da je radnju izvršenja preduzelo odgovorno lice u pravnom licu ili da je to učinilo fizičko lice koje deluje pod nadzorom i kontrolom odgovornog lica- upravo usled izostanka nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica.

Drugi uslov je postojanje namere da se izvršenjem krivičnog dela pribavi korist pravnom licu, bez zahteva da je pomenuta namera zaista i rezultirala pribavljanjem koristi.

Postavljajući granice odgovornosti pravnog lica, član 7, stav 1 kaže da se ona zasniva na krivici odgovornog lica, kao i da pravno lice odgovara za krivično delo čak i ako je krivični postupak protiv odgovornog lica obustavljen ili je optužba odbijena (član 7, stav 2). Takođe, članom 35 predviđena je mogućnost vođenja postupka samo protiv pravnog lica „ako zbog postojanja zakonom određenih razloga nije moguće pokrenuti ili voditi krivični postupak protiv odgovornog lica.“ Ovo rešenje je, kao što se da videti, u skladu sa već pominjanom odredbom I.2. preporuke R(88)18 i ujedno će predstavljati osnovni kamen spoticanja sudske prakse. O čemu se zapravo radi? Kako zbog činjenice da postupak protiv njega nije vođen, odgovorno lice ne može biti oglašeno krivim, a njegova krivica kao neophodan preduslov za postojanje krivičnog dela, mora se utvrđivati u postupku protiv pravnog lica kao svaka druga činjenica. Iako se najčešće u teoriji u ovom slučaju govori o tzv. „pretpostavljenoj krivici“ odgovornog lica, njeno se postojanje, dakle, ne pretpostavlja već se dokazuje.⁴⁷

⁴⁷ Đurđević, Z.,(2005), op.cit., str. 57.

6. Završne napomene

Uvidom u rešenja usvojena u kaznenim zakonodavstvima kako common law, tako i kontinentalnog sistema, stiče se jasna slika o dve dominantne tendencije:

Najpre, primetno je da se osnovi odgovornosti postavljaju tako da ostavljaju sve više prostora za odgovornost pravnih lica za krivična dela.

Osim toga, uočljiva je sklonost država koje tek unose odgovornost pravih lica za krivična dela u svoje pravne sisteme, da to čine pukim preslikavanjem rešenja koja već duži vremenski period egzistiraju u zakonodavstvima sa tradicijom u ovoj oblasti. Ovo posebno važi za zakonodavstva postkomunističkih zemalja što je, donekle razumljivo, s obzirom na to da se mora pronaći polazna tačka na putu reformi. Ipak, čak i ako zanemarimo činjenicu da ovakvo preuzimanje rešenja iz drugih zakonodavstava, primorava teoretičare da u svojim radovima putem potpuno artificijelnih konstrukcija pomenuta rešenja uklapaju u postojeće teorijske okvire, a praktičare stavlja na muke prilikom kvalitetnog obrazlaganja odluka, tek će primena novousvojenih zakona u dužem vremenskom periodu, pokazati koliko će ova rešenja biti efikasna u bitno drugačijem privrednom i uopšte društvenom ambijentu, od onog u kome su nastala.

Milica Kolaković-Bojović, LLM

Teaching Assistant,

University of Belgrade, Faculty of Law

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS –CONDITIONS AND LIMITS

*There are large social changes in the last few decades that affected some very old legal principles. One of them is the principle *Societas delinquere non potest*. That process was caused by the tendency of growing power of companies and appearance of new corporation forms. Using the comparative approach the author considers the reforming wave of criminal legislations all over the Europe with intention of establishing criminal liability of legal persons that already existed in the Common law system.*

Key words: legal person, criminal, liability.

Mladen Tišma

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Student četvrte godine

Pregledni naučni rad

UDK: 342.4(430)(497.5)

USTAV DRŽAVE ČLANICE KAO PRAVNI OSNOV I OKVIR EVROPSKE INTEGRACIJE

**– sa posebnim osvrtom na pravo Savezne Republike
Nemačke i na poslednju Promenu Ustava Republike Hrvatske**

Autor u članku razmatra različite modele određenja nacionalnog ustava prema članstvu zemlje u Evropskoj uniji. Pri tome se posebno analizira odnos prema Evropskoj uniji u ustavima starih i novih članica Unije sa posebnom osvrtom na ustavno-specifične odredbe u pojedinim od njih. Zasebno se analiziraju odredbe Osnovnog zakona Savezne Republike Nemačke, naročito u svetlu prakse Saveznog ustavnog suda. U sledećem odeljku, autor proučava poslednju Promenu Ustava Republike Hrvatske i normiranja odnosa ovog ustava prema budućem članstvu te bivše jugoslovenske republike u Evropskoj uniji sagledavajući i istorijsku dimenziju opredelenja hrvatskog ustavotvorca. Na kraju se ukazuje i na neka rešenja u zemljama koje teže članstvu i, s tim u vezi, ocenjuje potreba revizije važećeg srpskog ustava u cilju stvaranja osnova za članstvo u Evropskoj uniji.

Ključne reči: *ustav, Evropska unija, država-članica, federalizam, komunitarno pravo, nadnacionalnost*

Evropska unija postala je globalni fenomen, a uporedno izučavanje njenog pravnog poretka postalo neizostavan deo pripreme zakona u tranzicionim državama, ali i deo obrazovnog i naučnog izučavanja na pravnim fakultetima i institutima širom sveta. Iako mnogi autori s pravom primećuju da pravo Evropske unije i dalje ima osobine neorganizovanog i haotičnog skupa pragmatičnih propisa,¹ ne

¹ Tako: V. Kutlešić, *Osnovi prava*, Beograd 2005, 101.

može se poreći njegov globalni uticaj na shvatanje međunarodnog prava ali i na odnos prema sopstvenom, nacionalnom pravu.

Ustav jedne zemlje ne čine samo odredbe akta koji nosi takav naziv, već čitav i niz običaja i ustavnih konvencija kao i zakoni koji u sadrže materijalne ustavne norme, ili pak iste dopunjuju. Iako su pravni transplantati postali redovan, a u slučaju Evropske unije i njenih članica pretežni način nastanka normi u nacionalnim pravnim sistemima, *Volksgeist* ipak ostaje nezaobilazan, ako ne više u stvaranju prava, a ono svakako u njegovom tumačenju. Jedno je doneti jedinstvenu normu za više zemalja, ali se postavlja pitanje kako je pravници školovani na osobenim tradicijama i tehnikama nacionalnih prava i pravnih nauka razumeju i tumače. Nerazumevanje stranog prava moguće je i u slučaju kada se radi o pravnim sistemima koji imaju zajedničko poreklo, kao što je to slučaj sa zemljama bivše Jugoslavije.²

Pažnja koju ustavi država članica posvećuju Evropskoj uniji kreće se od potpunog ignorisanja, do pokušaja predupređivanja svih mogućih slučajeva. Ipak, kako proces evropske integracije napreduje i evoluiru, ustavi država članica bivaju dopunjeni normama koje bilo posredno bilo neposredno utvrđuju modalitete i granice fuzije nadnacionalnog i nacionalnog prava.

1. EVROPSKA INTEGRACIJA U USTAVNOSTI „STARIH“ ČLANICA

U Austriji je nakon sprovedenog referenduma na kome su se građani izjašnjavali o pristupanju Republike Austrije Evropskoj uniji donesen poseban ustavni zakon kojim je stvoren ustavni osnov za ratifikaciju pristupnog ugovora. Saveznim ustavnim zakonom o pristupanju Austrije Evropskoj uniji³ je, polazeći od odluke o usvajanju tog ustavnog zakona od strane saveznog naroda, dato ovlašćenje nadležnim organima da zaključe državni ugovor o pristupanju Austrije Evropskoj uniji, u skladu sa rezultatima pristupne konferencije održane 12. aprila 1994. godine. Da bi pomenuti državni ugovor stupio na snagu, ustavni zakon je propisao obavezu njegove

² O problemima izučavanja stranog prava i uporednog prava uopšte vid.: J. Ćirić, „Nevolje sa uporednim pravom“, *Strani pravni život* 1/2008, 7-31.

³ Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union („Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich“, Nr. 744/1994)

ratifikacije u oba doma saveznog parlamenta, tačnije ratifikaciju u Nacionalnom veću (*Nationalrat*) i saglasnost Saveznog veća (*Bundesrat*). Za donošenje pozitivne odluke o ratifikaciji zahtevao se kvorum od najmanje polovine članova svakog od dva doma i dvotrećinska većina od broja glasalih, opet u svakom od dva doma. Sam ustavni zakon je svoje sprovođenje poverio Saveznoj vladi. Nakon formalnog pristupanja Uniji, izvršene su izmene austrijskog ustava – Saveznog ustavnog zakona.⁴ U Savezni ustavni zakon dodat je odeljak B. prvog opšteg dela naslovljen Evropska unija (čl. 23a.-23f. Saveznog ustavnog zakona). Time su Saveznim ustavnim zakonom uređena pitanja izbora za Evropski parlament, aktivnog i pasivnog prava na tim izborima i izbornim jedinicama (član 23a.),⁵ zatim sukob interesa poslanika u Evropskom parlamentu i kandidovanja javnih službenika na evropskim izborima. (član 23b.), ovlašćenja Savezne vlade u imenovanju članova institucija Unije iz Austrije i učešća Nacionalnog veća u tom postupku (član 23c.), odnose između savezne države i saveznih zemalja u poslovima Evropske unije (član 23d.), ovlašćenja saveznog parlamenta i obavezi članova Savezne vlade da ga informišu o svim aktivnostima Unije (član 23e.) te pitanja učešća Austrije u zajedničkoj spoljnoj i bezbednosnoj politici Unije (član 23f.).⁶ Na osnovu ovih ustavnih odredaba, donji dom saveznog parlamenta je svojim poslovnikom⁷ uredio način ostvarivanja svojih ovlašćenja, kao i nadležnost Glavnog odbora Nacionalnog veća (§ 29.) i obrazovanje Stalnog podbora za pitanja Evropske unije (§ 31.).

Francuski ustav V republike sadrži posebno poglavlje o Evropskoj uniji (čl. 88-1. do 88-7.). Ovo poglavlje dodato je prilikom

⁴ Bundes-Verfassungsgesetz (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Nr. 1/1930, 103/1931, 244/1932, ... 47/2009, 106/2009, 127/2009)

⁵ Prema § 67. Zakona o Ustavnom sudu za izborne sporove u vezi sa izborima za Evropski parlament nadležan je austrijski Savezni ustavni sud. V. Verfassungsgerichtsgesetz („Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich“, Nr. 85/1953 idF BGBl. I Nr. 89/2004)

⁶ U članu 23f. Saveznog ustavnog zakona (prečišćen tekst od 5. juna 2010. godine) se još uvek kao osnov navodi naslov V Ugovora o Evropskoj uniji *u verziji iz Nice* (Grund des Titels V des Vertrages über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Nizza).

⁷ Zakon o poslovnom redu u Nacionalnom veću (Gesetz über die Geschäftsordnung der Nationalrates)

ratifikacije Ugovora iz Maastrichta.⁸ U skladu sa promenama koje su nastupile sa Ugovorom iz Lisabona, izmenjen je i ovaj ustav. To je učinjeno Ustavnim zakonom broj 2008-724 od 23. jula 2008. godine, a izmene su stupile na snagu stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora. Tako sada u uvodnoj odredbi ovog poglavlja (član 88-1) stoji da „[Francuska] Republika učestvuje u Evropskoj uniji obrazovanoj od strane država koje su odlučile da neka od svojih ovlašćenja ostvaruju zajedno na osnovu Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije u verziji Ugovora potpisanog u Lisabonu 13. decembra 2007.“. Iz člana 88-2 brisane su odredbe o učešću u stvaranju Ekonomske i monetarne unije i o slobodi kretanja, tako da sada ova odredba određuje da će se zakonima urediti pravila u vezi sa evropskih nalogom za hapšenje. Član 88-3 kojim se uređuje biračko pravo državljana EU ostao je neizmenjen, a ono što je interesantno u vezi odredbe jeste pravilo da građani EU koji nisu državljani Francuske Republike ne mogu obavljati funkciju gradonačelnika ili zamenika gradonačelnika ili učestvovati, bilo aktivno bilo pasivno, u izborima za Senat. Obaveza Vlade da parlamentu dostavlja evropske akte načelno je uređena članom 88-4, a bliže odredbe su poslovnička materija. Novelirani član 88-5 propisao je da svaki Vladin predlog zakona o ratifikaciji ugovora kojim se uređuje pristupanje neke države Evropskoj uniji, predsednik Republike mora staviti na referendum. Međutim, ako predlog bude u oba doma parlamenta usvojen tročetinskom većinom, parlament može usvojiti predlog u skladu sa postupkom iz člana 89. stav 3. Ustava. Pored pomenutih izmena, dodata su i dva nova člana. Verovatno po ugledu na nemačku konstitucionalizaciju načela supsidijarnosti, član 88-6 predvideo je mogućnost da neki od domova parlamenta donese zaključak o saglasnosti predloga propisa koji se upućuje Savetu, Komisiji, Vladi i predsedniku odnosnog doma. Kao dalju razradu ovog prava, propisana je i mogućnost da dom parlamenta pokrene postupak pred Sudom Evropske unije zbog nesaglasnosti sa načelom supsidijarnosti. Pomenute odluke, prema ustavu, mogu biti donete i kada parlament nije u zasedanju, a bližu regulativu o tome sadrže poslovnici Nacionalne skupštine i Senata. Članom 88-7 parlamentu je priznato pravo suprotstavljanja svakoj izmeni pravila o usvajanju

⁸ R. Kocjančič, „Ustavni osnov za odlučivanje o pristupanju Slovenije Evropskoj uniji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2005, 116.

pravnih akata EU donetim po pojednostavljenom postupku kakvi su revizija ugovora i sudska saradnja u građanskim stvarima.

U Švedskoj pored uobičajenih ustavnih propisa o prenošenju prava odlučivanja na EU, odnosu vlade i parlamenta u evropskim poslovima, položaju normi komunitarnog prava u švedskom pravnom sistemu i sl. Instrument vladanja (*regeringsformen*)⁹ stavom 4. člana 4. Poglavlja 10. ovlašćuje Državni sabor (*Riksdagen*) da odobri sporazume zaključene u okviru saradnje unutar EU i pre nego što takav ugovor dobije svoju konačnu formu. Zakonska razrada ovih odredbi usledila je u Zakonu o Državnom saboru.

Portugalija, prema članu 7. stav 5. svog ustava, čini svaki napor kako bi ojačala evropski identitet i saradnju evropskih država u cilju demokratije, mira, ekonomskog napretka i pravde u međunarodnim odnosima. Stoga, na osnovu ugovora koji poštuju načelo uzajamnosti i osnovne principe demokratske države zasnovane na vladavini prava i supsidijarnosti Portugalija može zajednički u saradnji sa organima Unije, vršiti ovlašćenja koja su neophodna za izgradnju i produbljivanje EU, kako bi se ojačala socijalna, ekonomska i teritorijalna kohezija „oblasti slobode, bezbednosti i pravde“ i utvrdila i sprovedla zajednička spoljna, bezbednosna i odbrambena politika (član 7. stav 6. Ustava). Ugrađivanje zakonodavstva i dr. pravnih akata Evropske unije u unutrašnji pravni poredak Portugalije vrši se u formi zakona, izvršnog propisa i, u skladu sa Ustavom, regionalnim zakonodavnim uredbama (član 112. stav 8. Ustava Portugalske Republike), a njihovo sprovođenje vrši se u skladu sa pravom Unije uz poštovanje osnovnih načela demokratske i pravne države (član 8. stav 4. Ustava Portugalske Republike). Pored toga, ovim ustavo uređeno je izdavanje sopstvenih državljana drugim državama članicama, pravo glasa građana Evropske unije, političku odgovornost za izgradnju EU, objavljivanje evropskih propisa. Zakonom broj 43/2006 od 25. avgusta 2006. godine uređen je nadzor, procenjivanje i zauzimanje stavova od strane Skupštine Republike u procesu izgradnje Evropske unije, a od poslovnčkih odredbi koje se bave pitanjem ostvarivanja

⁹ U Švedskom Kraljevstvu nekodifikovani ustav u formalnom smislu čine četiri osnovna zakona (*grundlag*): Instrument vladanja (*regeringsformen*), Zakon o nasleđivanju prestola (*successionsordningen*), Zakon o slobodi štampe (*tryckfrihetsförordningen*) i Osnovni zakon o slobodi izražavanja (*yttrandefrihetsgrundlagen*), a u materijalnom pogledu veoma bitan izvor ustavnog prava je i Zakon o Državnom saboru (*Riksdaglagen*) koji se takođe donosi po posebnom postupku iako formalno nije osnovni zakon.

evropskih poslova najznačajnija odredba je član 261. Poslovnika Skupštine Republike od 19. jula 2007. godine, koji u skladu sa pomenutim Zakonom propisuje i stalne konsultacije Vlade i Skupštine.¹⁰

S obzirom na prvobitno odbijanje Iraca da na referendumu prihvate Lisabonski ugovor odredbe irskog ustava vezane za članstvo u EU dospele su u vrh interesovanja šire evropske javnosti. Polazeći od suverenog prava irske nacije da izabere sistem vlasti, odluči o odnosima sa drugim nacijama i razvija se u skladu sa svojom tradicijom (član 1.) i činjenice da je Irska suverena, nezavisna i demokratska država (član 5.) ustav propisuje da sve vlasti mogu biti vršene samo od strane državnih organa obrazovanih ustavom ili na osnovu njihovog ovlašćenja (član 6. stav 1.). U tom smislu (član 29. stav 4. tačka 2° Ustava) dozvole za ratifikaciju unose se u stav 4. člana 29. Ustava. Prva izmena kojom je omogućeno da Irska postane članica Evropskih zajednica, izvršena je Zakonom o trećoj promeni Ustava od 8. juna 1972. godine. Od dvadeset i četiri ustavne revizije, šest se odnosi na integracije u okviru Evropske unije, a dve revizije su odbijene na referendumima.

Revizijom od 25. oktobra 1956. godine, luksemburški ustav je dopunjen odredbom (član 49bis. Ustava Velikog Vojvodstva Luksemburg) prema kojoj „vršenje prava Ustavom poverenih zakonodavnoj, izvršnoj ili sudskoj vlasti ugovorom može *privremeno* biti povereno institucijama međunarodnog prava (podvukao M. T.)“.

U Italiji, Belgiji, Grčkoj ustavi sadrže uopštene odredbe o međunarodnom pravu, svetskom miru i tsl. koje su tumačenjem ustavnih sudova ili drugih organa protumačene kao dovoljan ustavni osnov za članstvo u Evropskoj uniji, odnosno ranije Evropskim zajednicama.¹¹

U Danskoj, ustavne odredbe ne poznaju mogućnost članstva u Evropskoj uniju budući da je važeći Ustavni zakon Kraljevstva Danske donesen 5. juna 1953. godine, i od tada nije menjan. Međutim, § 20. danskog ustava određuje da se pitanja koja su njime utvrđena kao stvar vlasti Kraljevstva mogu delimično zakonom delegirati međunarodnoj organizaciji obrazovanoj uzajamnim sporazumom sa

¹⁰ Ustavni osnov za ove propise su član 163. tačka f) i član 164. tačka p) Ustava Portugalske Republike

¹¹ V. član 11. Ustava Italijanske Republike, čl. 168-169. belgijskog ustava, član 28. stav 3. Ustava Helenske Republike sa interpretativnom klauzulom

drugim državama, u cilju promovisanja međunarodnog prava i saradnje. Za usvajanje takvog zakona potrebna je petošestinska većina u Narodnoj skupštini (*Folketinget*), a pod određenim uslovima i referendum utvrđen § 42. Ustavnog zakona. Danski autori ističu da je praktičan značaj § 20. Ustavnog zakona bio u omogućavanju pristupanja Danske Evropskoj zajednici i kasnije Evropskoj uniji.¹² Ono što zaokuplja pažnju u slučaju danskog ustava jeste veoma visoka većina koja se zahteva za donošenje odluke. Pošto je u Folketingu rezultat glasanja bio 141 za pristupanje naspram 34 poslanika koji su bili protiv, predlog za pristupanje Kraljevstva Danske Zajednici iznet je na referendum, održan 2. oktobra 1972. godine.¹³ Poslovnikom Narodne skupštine utvrđeno je da njen nadzorni odbor ispituje izbore za Evropski parlament i odlučuje o gubitku pasivnog izbornog prava članova Evropskog parlamenta (Aneks Poslovnika o delokrugu odbora, tačka 2.). Pored toga, Poslovnik utvrđuje i postojanje Odbora za evropske poslove (Aneks Poslovnika o delokrugu odbora, tačka 7.).

Iako donet u vreme ekspanzije integrativnih procesa u zapadnoj Evropi, ni španski Ustav od 29. decembra 1978. godine poput prethodnih ustava nije izdašan u regulisanju evropskih integracija, pa tako samo dopušta poveravanje pojedinih ovlašćenja izvedenih iz Ustava na vršenje međunarodnoj organizaciji ili instituciji. Prema članu 93. španskog Ustava to može biti izvršeno samo u formi organskog zakona,¹⁴ a garantovanje izvršavanja takvih odluka preuzimaju Generalni kortes ili Vlada.¹⁵

Od nečlanica čiji ustavi sadrže takve odredbe može se pomenuti Norveška i njen Ustav od 17. maja 1814. godine koji u § 93. sa izmenama od 8. marta 1962. i dodatnim izmenama izvršenim Ustavnom odredbom od 3. marta 2006. godine (*Grundlovsbestemmelse af 3 mars 2006 nr. 270.*) u cilju međunarodne vladavine prava i saradnje, kao i čuvanja međunarodnog mira i bezbednosti dopušta da Storting (*Stortinget*) tročetvrtinskom većinom glasova pri dvotrećinskom kvorumu dâ saglasnost da pojedino pravo u određenoj oblasti, koje inače pripada državi vrši međunarodna

¹² S. Pedersen, J. P. Christensen, *Min grundlov – Grundlov med forklaringer*, København 2009

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Što podrazumeva zakonodavni postupak iz člana 81. Ustava, koji nije teško ispuniti budući da se za usvajanje, izmenu ili ukidanje organskih zakona zahteva apsolutna većina Kongresa.

¹⁵ *Španski ustav*, Beograd, nedatovano

organizacija.¹⁶ Međutim, ovaj ustav propisuje da Storting u tom cilju ne može menjati Ustav. Tome još dodaje da se ove odredbe ne odnose na članstvo u međunarodnoj organizaciji koja Norveškoj nameće obaveze isključivo na osnovu međunarodnog prava.

2. EVROPSKA UNIJA KAO USTAVNA MATERIJU U NEMAČKOJ

Ideja evropskog ujedinjenja na području poražene Nemačke prvi put je pomenuta u jednom ustavnopravnom aktu prilikom donošenja Osnovnog zakona Savezne Republike Nemačke 1949. godine, kada je u drugoj alineji tadašnje preambule pomenuta volja nemačkog naroda da bude ravnopravan član u ujedinjenoj Evropi. U tom prvobitnom tekstu ustava Bonnske republike, član 24. je u stavu 1. predvideo mogućnost da „Savez [savezna država – prim. M. T.] može zakonom prenositi elemente svoje državne vlasti na međunarodne institucije.“ Prema tumačenju nemačkog Saveznog ustavnog suda u odluci „Solanz I“ (*Solange I*),¹⁷ kada član 24. Osnovnog zakona govori o prenošenju suverenih prava, „[t]o se ne može shvatiti doslovno“.¹⁸ Prema stavu Suda u pitanju je načelna odredba i pri njenom tumačenju se mora imati u vidu celi ustav. „To znači da on ne otvara put izmeni osnovnih ustavnih struktura na kojima počiva njegov identitet bez izmene samog Ustava, naime zakonodavstvom međudržavnih ustanova.“¹⁹ Sud je zaključio da „[čl.] 24. Ustava ustvari ne oponomućuje na prenošenje suverenih prava nego otvara nacionalno pravno uređenje (u navedenim ograničenjima) tako što isključiva suverena prava Savezne Republike Nemačke u području Ustava bivaju suspendovana i prepuštena neposrednom važenju i primeni prava iz drugih izvora unutar područja državne vladavine.“²⁰ Istaknuto je i da Evropska zajednica nije (savezna) država, nego „zajednica posebne vrste koja se nalazi u procesu uznapredovale integracije“,²¹ a kako joj „još uvek

¹⁶ *Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814, saaledes som den er lydende ifølge siden foretagne Ændringer, senest Grundlovsbestemmelse af 27de Mai 2010*. Oslo 2010, 21.

¹⁷ BVerfGE 37, 211 rešenje Drugog senata od 19. maja 1974. godine – 2 BvL 52/71

¹⁸ Navedeno prema: *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda* (jubilarno izdanje), Beograd 2010, 558.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibid.*, 557.

nedostaje neposredno demokratski legitimisan parlament koji proizilazi iz opšte volje, koji poseduje zakonodavna ovlašćenja“, kao i „kodifikovani katalog osnovnih prava“ važe i rezerve koje Sud izvodi iz člana 24. nemačkog Osnovnog zakona.²² Deceniju kasnije, u slučaju „Solanz II“ (*Solange II*),²³ Sud odustaje od dalje normativne kontrole sekundarnog prava Evropske zajednice sa Osnovnim zakonom Nemačke u smislu člana 100. stav 1. Osnovnog zakona, zaključivši da Evropske zajednice, uopšte uzev, jemče „delotvornu zaštitu osnovnih prava u odnosu na suverenu vlast Zajednica, koja je u suštini jednaka zaštiti osnovnih prava, kako je bezuslovno garantuje Ustav Nemačke“.²⁴

Prerastanjem Evropskih zajednica u Evropsku uniju, dolazi do revizije nemačkog saveznog ustava kojim se ustavno detaljnije regulišu položaj i ciljevi nemačkog članstva u EU. Zakonom o promeni Osnovnog zakona od 21. decembra 1992. godine,²⁵ unet je novi član 23.,²⁶ kojim je određeno da „[u] cilju ostvarenja ujedinjene Evrope, Savezna Republika Nemačka učestvuje u razvoju Evropske unije, koja je vezana demokratskim principom, principom pravne države, socijalnim i federativnim principom i principom supsidijarnosti i koja jamči zaštitu osnovnih prava, suštinsku uporedivu sa zaštitom koju jamči ovaj Osnovni zakon“.²⁷ Radi ostvarivanja pomenutih ciljeva savezna država može u formi saveznog zakona koji se donosi uz saglasnost Bundesrata (*Bundesrat*) prenositi elemente svoje državne vlasti, dok se za usvajanje i izmenu konstitutivnih ugovora EU zahteva postupak iz člana 79. st. 2. i 3. Osnovnog zakona, kojim su regulisani postupak izmena i dopuna Osnovnog zakona i ograničenja ustavnorevizijske vlasti.

Pored uobičajenih odredbi da u evropskim poslovima učestvuju Bundestag i zemlje (*Länder*), koje to pravo ostvaruju preko

²² *Ibid.*, 558.

²³ BVerfGE 73/339, rešenje Drugog senata od 22. oktobra 1986. godine – 2 BvR 197/83

²⁴ *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda* (jubilarno izdanje), Beograd 2010, 567.

²⁵ Änderungsgesetz vom 21.12.1992 („Bundesgesetzblatt“, Teil I, Seit 2086.)

²⁶ Prvobitni član 23. regulisao je pitanje suvereniteta Savezne Republike Nemačke nad zemljama koje su postale deo Nemačke Demokratske Republike i problem vršenja vlasti nad tim područjem. Pomenuta odredba brisana je Ugovorom o ujedinjenju dve nemačke države 1990. godine.

²⁷ Član 23. stav (1) Osnovnog zakona; navedeno prema: *Osnovni zakon (Ustav) Savezne Republike Nemačke*, Službeni list SRJ, Beograd 2003, 22.

Bundesrata, obavezi Savezne vlade da sveobuhvatno i ažurno obaveštava Bundestag i Bundesrat o aktivnostima Unije i pruži im mogućnost da iznesu svoje stavove koje mora uzeti u obzir prilikom pregovora, ustav uređuje i pitanje podele nadležnosti između savezne države i zemalja u ovoj oblasti. Tako poslove koji prema ustavu pripadaju zemljama u ime Savezne Republike Nemačke vrše predstavnici koje imenuje Bundesrat, čije je mišljenje odlučujuće i u slučaju kada pitanja koja su savezna nadležnost utiču na zemlje. U oblasti finansijske politike ustav zahteva i saglasnost Savezne vlade, a sve ove odredbe prepuštene su daljoj razradi zakonodavca (član 23. st. 2-7. Osnovnog zakona).

Članom 52. stav (3a) Osnovnog zakona Bundesratu je data mogućnost da obrazuje Veće za evropske poslove (*Europakammer*) koje bi vršilo njegova prava u vezi sa EU, pri čemu se odluke veća smatraju odlukama Bundesrata. U mandatnom periodu 1987-90. Bundesrat je razmatrao 769 evropskih predloga, a Veće za evropske poslove je održalo tri sednice, dok je u mandatnom periodu 1990-94. razmatrano 783 takva predloga, a pomenuto Veće održalo je četiri sednice. U legislaturi 1994-98. Bundesrat je pretresao 746 evropskih predloga, dok je Veće održalo svega jednu sednicu, kao i u narednom sazivu.²⁸ U periodu od 2002. do 2005. godine Veće se nije nijednom sastalo.²⁹ Sa druge strane, i Bundestag ima pravo da na svoj odbor za pitanja u vezi sa EU prenese svoja ovlašćenja iz člana 23. u odnosu na Saveznu vladu (član 45. Osnovnog zakona).³⁰

Savezni ustavni sud se našao u poziciji da odlučuje i o saglasnosti Mاستrihtskog ugovora sa nemačkim ustavom.³¹ U tumačenju Ugovora o Evropskoj uniji³² Savezni ustavni sud pošao je od premise o otvorenosti nemačkog ustava prema evropskoj integraciji (*Europarechtsfreundlichkeit*) imajući u vidu „volju nemačkog naroda

²⁸ Navedeno prema: K. Reuter, *Bundesrat und Bundesstaat*, Berlin 2006, 64.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ Ovo pitanje bliže je uređeno § 93b. Poslovnika Bundesrata: Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1980 („Bundesgesetzblatt“, Teil I, Seit 1237), zuletzt geändert laut Bekanntmachung vom 6. Juli 2009 („Bundesgesetzblatt“, Teil I, Seit 2128)

³¹ BVerfGE 89, 155; Presuda Drugog senata od 12. oktobra 1993. godine – 2 BvR 2134, 2159/92

³² Gesetz vom 28. Dezember 1992 über die Europäische Union Vertrag vom 7. Februar 1992 („Bundesgesetzblatt“, Teil II, Seit 1251.)

za ravnopravnošću u ujedinjenoj Evropi“ pomenutu u preambuli i uređenu u čl. 23. i 24. Osnovnog zakona.

Savezni ustavni sud je u svojoj mastrihtskoj presudi primenu člana 23. Osnovnog zakona, kojim je uređeno pitanje prenosa ovlašćenja Bundestaga na organe tada obrazovane Unije povezao sa demokratskim načelom u smislu člana 20. st. 1. i 2. Osnovnog zakona i time proširio zabranu revizije ustava iz člana 79. stav 3. i na akte i postupke zasnovane na članu 23. ako bi oni obesmislili pomenuto ustavno načelo. Sud je svoje viđenje demokratskog načela u smislu člana 20. st. 1. i 2. Osnovnog zakona Savezne Republike Nemačke ranije dao u presudi 2 BvE 1/76 Drugog senata od 2. marta 1977. godine poznatoj kao „*Öffentlichkeitsarbeit*“.³³ Zaključivši da pomenuti ustavni princip ne sprečava da Nemačka bude član nadnacionalno organizovanog međudržavnog udruženja (*Staatenverbund*), Sud je postavio ograničenja u smislu tzv. demokratske legitimacije. Naime, prema shvatanju Suda, narodi ostvaruju svoju vlast putem nacionalnog parlamenta te stoga se demokratska legitimacija Unije mora ostvarivati paralelno kroz njeno obezbeđivanje u organima EU, Evropskom parlamentu, te povezivanjem sa nacionalnim parlamentima koji, budući da države članice ostaju suverene, moraju zadržati suštinska ovlašćenja i nadležnosti. Iz toga sledi da o članstvu Savezne Republike Nemačke u Uniji i njenom daljem razvoju i, u krajnjoj liniji opstanku mora odlučivati Bundestag budući da putem njega svoja prava ostvaruju svi Nemci (ustavni pojam državljanina).

Pri razmatranju pravne prirode Evropske unije uspostavljene Mاستrihtskim ugovorom, Savezni ustavni sud je zaključio da se tim ugovorom obrazuje savez država čija je svrha stvaranje sve prisnije unije evropskih naroda organizovanih u svoje nacionalne države, ali da ne vodi i ka državi zasnovanoj na evropskom državnom narodu. Pokušavajući da izbegne dihtomiju savezna država/federacija (*Bundesstaat*) – savez država /konfederacija (*Staatenbund*) i podvođenje Evropske unije pod jedan od ova dva pojma,³⁴ Savezni

³³ BVerfGE 44, 125

³⁴ Pored savezne države i saveza država u složene države u širem smislu uzimaju se i personalna unija i realna unija. Iako se u teoriji smatra da su ova dva oblika istorijske kategorije (npr. S. Avramov), primer latinoameričkih država u personalnoj uniji pod Simonom Bolivarom kao zajedničkim predsednikom Republike i uređenje Bosne i Hercegovine, kao i bivše Srbije i Crne Gore po ugledu na teorijski model

ustavni sud je skovao termin *Staatenverbund*, skraćeno *Verbund*.³⁵ Prema shvatanju Suda, u pitanju je udruženje država čija se zajednička vlast izvodi iz država članica, pa tako njeno delovanje na području države članice, konkretno Savezne Republike Nemačke obavezuje samo na osnovu unutrašnjeg (nemačkog) akta kojim se stvara osnov primene Ugovora o Uniji, čime *ex iure proprio* Savezna Republika Nemačka uređuje i obezbeđuje svoj položaj suverene države u kvalitativnom smislu. Voljno zaključujući Ugovor o Evropskoj uniji, Nemačka kao država članica jeste „gospodar ugovora“ budući da istom voljom tj. aktom volje može raskinuti pomenuti ugovor koji je zaključen na neodređeno vreme. Ako bi se iz člana F stav 3. Ugovora o Evropskoj uniji izvela nadležnost nadležnosti Evropske unije, prema shvatanju Suda, bio bi povređen ustavni zahtev da se prenošenje suverenih prava vrši zakonom koji jasno određuje obim i domašaj prenetih elemenata državne vlasti. Kako pomenuta odredba ne ovlašćuje Uniju da autoritetom sopstvene vlasti pribavi finansijska i druga sredstva ne može se govoriti ni o uspostavljanju nadležnosti nadležnosti što dalje dokazuje tvrdnju Suda da nije u pitanju država ili kvazidržava niti državni entitet u nastajanju.

Od značajnijih odluka Saveznog ustavnog suda, kada su u pitanju evropske integracije, treba pomenuti i Rešenje Drugog senata 2 BvR 1481/04 od 14. oktobra 2004. godine u vezi sa primenom Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u pravnom poretku Nemačke³⁶ i Presudu Drugog senata 2 BvR 2236/04 od 18. jula 2005. godine u vezi sa Evropskim nalogom za hapšenje.³⁷

U odluci vezanoj za Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava, Savezni ustavni sud istakao je da Osnovni zakon „nije krupnim koracima išao u pravcu otvaranja prema međunarodnopravnim obavezama“. ³⁸ Polazeći od dualističkog pristupa sistemu državnog i međunarodnog prava Ustav, prema stavu Suda, „teži uvođenju Nemačke u pravnu zajednicu mirnih i slobodnih država; ne odustaje,

realne unije pokazuje da ovi oblici ipak mogu imati svoje mesto u savremenom svetu.

³⁵ O shvatanju Evropske unije kao udruženja suverenih država u presudi o „Lisabonu“ v. F. Schorkopf, „The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon“, *German Law Journal* 8/2009, 1219-1240.

³⁶ BVerfGE 111, 307

³⁷ BVerfGE 113, 273

³⁸ *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda*, Beograd 2010, 598.

međutim, od suvereniteta koje se nalazi u posljednjem slovu Ustava Nemačke³⁹. Stoga, zaključuje Sud, ustav „ne želi potčinjavanje vannemačkim aktima suvereniteta“⁴⁰. Iako ova presuda nije neposredno povezana sa osnivačkim ugovorima EU, čini se posebno značajnim ocena Suda da Osnovni zakon nije išao „krupnim koracima“ u pogledu otvorenosti prema međunarodnom pravu iz čega proizilazi pitanje vrednosti i domašaja teze o *Europarechtsfreundlichkeit*, na kojoj Sud insistira u mastrihtskoj i lisabonskoj presudi.

Nakon neslavnog kraja Ustava za Evropu, njegov naslednik – „Lisabon“⁴¹ se našao pod lupom Saveznog ustavnog suda.⁴² Sama ratifikacija ugovora u Nemačkoj i utvrđivanje njegove ustavnosti se uopšte i nije dovodilo u pitanje.⁴³ Neki autori smatraju da je Sud utvrdio ustavnost ugovora smatrajući da ne postoji politička alternativa te iz zabrinutosti da bi proglašavanjem Lisabonskog ugovora protivnim nemačkom ustavu bio ugrožen institucionalni položaj samog suda imajući u vidu odnose u tadašnjem Bundestagu.⁴⁴ Međutim, ne treba izgubiti iz vida da je Sud utvrdio ustavnost Ugovora iz Lisabona uslovno, odnosno samo ako se uzmu uz obzir odredbe njegove presude i obavezna tumačenja koja je Sud tom prilikom izneo.⁴⁵ Sud je posebno naglasio da, budući da je u pitanju ugovorna zajednica suverenih država, evropska integracija se ne može graditi na uštrb političkog kapaciteta država članica da samostalno uređuju političke, ekonomske, kulturne i socijalne uslove življenja svojih građana. Zanimljivo je da Sud je pošao od stava da Ugovor iz Lisabona predstavlja „tek izmene i dopune“ postojećih osnovnih

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Gesetz vom 8.10.2008 über die Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007. (Bundesgesetzblatt, Teil II, Seit 1038)

⁴² Presuda Drugog senata od 30. juna 2009. godine – 2 BvE 2/08; engleski prevod presude dostupan je na internet strani: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

⁴³ C. Schönberger, „Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea“, *German Law Journal* 8/2010, 1201.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Vid. pasus 420 presude. Iako u Osnovnom zakonu za to ne postoji uporište, Savezni ustavni sud je u svojoj praksi pribegavao i nalaganju kako se osporeni akt mora tumačiti da bi bio saglasan ustavu.

ugovora, te se ne može govoriti o ustavu.⁴⁶ Vraćajući se na arumentaciju iz mastrihtske presude, Savezni ustavni sud ponovo naglašava demokratski deficit Unije što sprečava kvalifikaciju EU kao savezne države. Upoređujući sastav Evropskog parlamenta i strukturu saveznih parlamenata u Nemačkoj, Austriji, Belgiji, Sjedinjenim Državama i Australiji, Sud ističe da nejednaka predstavljenost građana pojedinih država članica EU (disbalans) može postojati samo u federalnom domu a ne i u domu koji predstavlja građane. Ovakvo mišljenje Suda može se ipak osporiti imajući u vidu prvobitno rešenje Ustava SAD od 1787. (član I.2.2 – tzv. kompromis tri petine) i naše rešenje u Ustavu Savezne Republike Jugoslavije od 27. aprila 1992. godine, gde je u članu 80. stav 2. bilo propisano da se u republici članici bira najmanje 30 poslanika u Veće građana Saveznog parlamenta, čime je ravnopravnost građana iz člana 1. ovog ustava narušena u korist tadašnje Republike Crne Gore.⁴⁷ Imajući u vidu odredbe osnovnih ugovora o jednakosti, zabrani diskriminacije, posebno po osnovu državljanstva, Sud izvodi zaključak da ovakva institucionalna rešenja mogu biti izvedena samo ako se priroda Evropske unije podvede pod pojam *Staatenverbund*-a. Iz tog razloga, demokratski deficit Unije ne može biti kompenzovan drugim mehanizmima koje uvodi Ugovor iz Lisabona, kakvo je učešće nacionalnih parlamenata, i stoga se „ne može opravdati“.⁴⁸

Prilikom ratifikacije Lisabonskog ugovora u Nemačkoj, u član 23. Osnovnog zakona dodat je novi stav (1a) kojim je utvrđeno pravo Bundestaga i Bundesrata da pokrenu postupak pred Evropskim sudom pravde ako smatraju da zakonski akt Unije krši princip supsidijarnosti. Za Bundestag postoji i takva obaveza ako postoji takav zahtev jedne četvrtine njegovih poslanika.⁴⁹ Ova dopuna učinjena je zajedno sa izmenom Zakona o pravima Bundestaga i Bundesrata u pitanjima Evropske unije, a na zahtev Saveznog ustavnog suda.

Budući da je Savezna Republika Nemačka, kako joj i samo ime kaže, savezna država zanimljivo je da i ustavi federalnih jedinica pored svoje pripadnosti Nemačkoj (*Bundestru* načelo) pominju i pripadnost Evropi. U tom pogledu zanimljiv izuzetak je bavarski ustav

⁴⁶ Vid. Pasus 33 presude

⁴⁷ Ustav Savezne Republike Jugoslavije („Službeni list SRJ“, broj 1/1992, 34/1992 i 29/2000)

⁴⁸ Pasus 289 presude

⁴⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 23, 45 und 93) vom 8.10.2008. („Bundesgesetzblatt“, Teil I, Seit 1926.)

koji niti u jednoj odredbi određuje da je Slobodna Država (*Freistaat Bayern*) deo nemačke države, dok o Evropi ima poseban član 3a., koji glasi: „*Bayern bekennt sich zu einem geeinten Europa, das demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen sowie dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist, die Eigenständigkeit der Regionen wahrt und deren Mitwirkung an europäischen Entscheidungen sichert. Bayern arbeitet mit anderen europäischen Regionen zusammen.*“, a sličnu sadržinu ima i član 74a. Ustava Rajnske i Falca nakon ustavne reforme iz 2000. godine.⁵⁰ Ustav Slobodnog Hanzeatskog Grada Bremena u članu 64. propisuje da je bremenska država deo „nemačke Republike i Evrope“ (*ein Glied der deutschen Republik und Europas*).⁵¹ Sa druge strane, osnovni zakon drugog nemačkog grada-države – Hamburga, iako sadrži ovlašćenja pojedinih zemaljskih organa u tzv. evropskim poslovima, ne sadrži deklaratornu odredbu da je zemlja deo i Evropske unije.⁵² Ni ustavi Severne Rajne i Vestfalije iz 1950. godine⁵³ i Slobodne Države Saksonije iz 1992. godine⁵⁴ ne sadrže odrednice o pripadnosti evropskom prostoru. Isti slučaj je i sa novim ustavom glavnog grada Nemačke, usvojenim 1995. godine.⁵⁵ Ustav Zemlje Baden-Virtemberg u preambuli opisuje Baden-Virtemberg kao demokratsku zemlju koja čini deo Savezne Republike Nemačke u ujedinjenoj Evropi, ponavljajući osnove tog jedinstva iz člana 23. Osnovnog zakona, uz dodatak o saradnji u Evropi regiona.⁵⁶ Ustav Zemlje Brandenburg završava svoju preambulu konstatacijom da je „Brandenburg živi član

⁵⁰ *Verfassungsreform, der Weg zur Neuen Landesverfassung vom 18. Mai 2000*, Mainz 2000, 38.

⁵¹ Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947 (Brem. GBl. S. 251), in der Fassung der Gesetz vom 1.9.2009 (Brem. GBl. S. 311)

⁵² Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Juli 2009

⁵³ Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950, navedeno prema: *Handbuch des Landtags Nordrhein-Westfalen (14. Wahlperiode)*, Band 2: *Grundgesetz, Landesverfassung NRW, Gesetze und Vorschriften*, Düsseldorf 2005, 83. i dalje

⁵⁴ Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27. Mai 1992 (Sächsische Gesetz- und Verordnungsblatt, Seit 243); navedeno prema: *Sächsischer Landtag – 4. Wahlperiode, Volkshandbuch*, 3. Auflage, Dresden 2008, 194. i dalje

⁵⁵ Verfassung von Berlin vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. März 2010 (GVBl. S. 134)

⁵⁶ Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953 (Gesetzblatt, Seit 173) mit Änderungen und Ergänzungen vom 6. Mai 2008 (Gesetzblatt, Seit 119)

Savezne Republike Nemačke u *ujedinjenoj Evropi*, i u jednom svetu“ (podvukao M.T.).⁵⁷ Ustavi Saksonije-Anhalt (član 1. stav (1) Ustava Saksonije-Anhalt),⁵⁸ Donje Saksonije (član 1. stav (2) Ustava Donje Saksonije), Meklenburga i Zapadne Pomeranije (treća alineja preambule), određuju ove zemlje kao „deo evropske porodice naroda“ (*Teil der europäischen Völkergemeinschaft*).

3. EVROPSKA UNIJA U USTAVIMA NOVIH ČLANICA

Bugarski ustav iz 1991. godine,⁵⁹ kao uostalom i celokupno zakonodavstvo,⁶⁰ je i pre nego što su na red stigla pitanja konstitucionalizacije članstva u Evropskoj uniji bio menjan u cilju harmonizacije sa zahtevima Evropske unije.⁶¹ Unošenje odredbi kojim je omogućeno ostvarivanje članstva zemlje u Uniji izvršeno je Ustavnim zakonom o izmenama i dopunama Ustava Republike Bugarske, objavljenim u „Državnom vesniku“, broj 18 od 25. februara 2005. godine, s tim da je § 7. Ustavnog zakona odloženo stupanje na snagu odredaba o Evropskoj uniji do stupanja na snagu Ugovora o pristupanju Republike Bugarske Evropskoj uniji, tako da su one stupile na snagu 1. januara 2007. godine. Ove odredbe nisu sistematizovane na jednom mestu (poglavlju), već su razasute po celom ustavnom tekstu. Tako je u prvom poglavlju „Osnovna načela“ u članu 4. dodat novi stav (3) kojim je istaknuto da „Republika Bugarska učestvuje u izgradnji i razvoju Evropske unije.“ Članom 85. stav (1) tačka 9. Ustava utvrđena je nadležnost Narodne skupštine da u formi zakona ratifikuje sve međunarodne ugovore kojima se na Evropsku uniju prenose ovlašćenja koja proističu iz Ustava. Sa druge

⁵⁷ Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. august 1992 (GVBl. I, S.298), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. juli 2009 (GVBl. I, S. 191); navedeno prema: *Verfassung des Landes Brandenburg*, Potsdam 2010

⁵⁸ Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt vom 16. Juli 1992 (GVBl. LSA S. 600), geändert durch Gesetz vom 27. Januar 2005 (GVBl. LSA S.44)

⁵⁹ Objavljen u „Državnom vesniku“, broj 56 od 13. jula 1991. godine, sa izmenama i dopunama u „Državnom vesniku“, broj 85/2003, 18/2005, 27/2006, 78/2006 – odluka Ustavnog suda i 12/2007; Engleski prevod Ustava dostupan je na internet strani: www.parliament.bg/?page=const&lng=en

⁶⁰ O usklađivanju bugarskog zakonodavstva sa pravom EU v.: N. Natov, „My Experience in Harmonizing Bulgarian Laws with EU Principles and Standards“, *Strani pravni život*, 85-93.

⁶¹ Više o tome: B. Pavlica, „Bugarska na putu ka Evropskoj uniji – o izmeni bugarskog ustava od 24. septembra 2003.“, *Strani pravni život* 1/2010, 95-103.

strane, Savet ministara dužan je da izveštava Narodnu skupštinu o pitanjima obaveza Republike Bugarske koje proističu iz njenog članstva u EU (član 105. stav (3) Ustava Republike Bugarske). Pitanje izbora poslanika u Evropski parlament i regulisanje biračkog prava državljana drugih država članica EU na izborima za lokalne organe vlasti Ustav je prepustio zakonu (član 42. stav (3) Ustava Republike Bugarske). Članom 22. stav (1) sada je propisano da stranci i strana pravna lica mogu sticati svojinu na zemljištu pod uslovima koji proističu iz bugarskog pristupanja Uniji, odnosno međunarodnog ugovora.

Mađarski ustav,⁶² donesen sada već davne 1949. godine pretrpeo je do danas brojne izmene iako mu je, sudeći po važećoj preambuli, bila namenjena zamena novim ustavom. Naime, preambulom je utvrđeno da „u cilju obezbeđivanja mirne političke tranzicije ka ustavnoj državi, uspostavljanju višestranačkog sistema, parlamentarne demokratije i socijalno-tržišne privrede, Parlament Republike Mađarske utvrđuje sledeći tekst Ustava Republike Mađarske, dok novi ustav zemlje ne bude donet.“ Članom 79. koji je u među vremenu brisan bilo je propisano sprovođenje referenduma o ulasku zemlje u EU. Danas, pored opšte odredbe (član 2/A. Ustava) da Republika Mađarska u svojstvu države članice Evropske unije može u skladu sa pristupnim i drugim ugovorom⁶³ određena ustavna ovlašćenja samostalno ili putem organa Unije ostvarivati zajednički sa drugim državama članicama u meri potrebnoj za ispunjavanje svojih obaveza koje proističu iz osnivačkih ugovora. Uz to, ovaj ustav sadrži i izjavu da Mađarska uzima aktivno učešće u izgradnji evropskog jedinstva u cilju ostvarenja slobode, dobrobiti i bezbednosti naroda Evrope (član 6. stav (4) Ustava). Iako Ustav utvrđuje da predsednik Republike predstavlja mađarsku državu, u oblasti evropskih poslova njegova nadležnost svodi se na saopštavanje datuma izbora za poslanike u Evropskom parlamentu (član 30/A. stav (1) tačka d) Ustava), određujući Vladu kao predstavnika zemlje u institucijama Unije (član 35. stav (1) tačka k) Ustava). Nadzor parlamenta i njegovih odbora nad radom vlade prepušten je „detaljnim pravilima“ koje se donose

⁶² Engleski prevod Ustava Republike Mađarske sa izmenama i dopunama dostupan je na internet strani:
<http://net.jogtar.hu/jr/gen/getdoc.cgi?docid=94900020.tv&dbnum=62>

⁶³ Za potvrđivanje i proglašenje takvog ugovora zahteva se dvotrećinska većina glasova u Narodnoj skupštini (član 2/A. stav (2) Ustava Republike Mađarske).

dvotrećinskom većinom prisutnih članova Parlamenta (član 35/A. Ustava Republike Mađarske). Ustav izričito jemči pravo punoletnim državljanima drugih država članica EU biračko pravo na lokalnim i evropskim parlamentarnim izborima uz uslov da imaju prebivalište na teritoriji Mađarske i da nisu lišeni tih prava u svojoj zemlji (član 70. st. (2), (4) i (5) Ustava Republike Mađarske).⁶⁴ Mađarski ustav sadrži i netipično ovlašćenje Vladi da upotrebi mađarske ili strane oružane snage po odluci Evropske unije (član 40/C. Ustava), čime dovodi u pitanje odricanje ove države od rata i upotrebe sile i pretnje njome kao načina rešavanja sporova među narodima (član 6. Ustava Republike Mađarske). U međuvremenu je obnovljen rad na donošenju novog mađarskog ustava, drugog po redu u istoriji našeg severnog suseda. U novoj parlamentarnoj rezoluciji o donošenju novog mađarskog ustava, kojom je zamenjena ranija doneta još 1996. godine, kao jedan od principa koje ustavotvorci treba da u novom ustavu sprovedu i stav da „u cilju ostvarivanja slobode, bezbednosti i dobrobiti evropskih nacija, Mađarska doprinosi stvaranju ujedinjene Evrope, te da stoga kao suvereni član Evropske unije, na osnovu međunarodnog ugovora koji je ratifikovan dvotrećinskom većinom članova Narodne skupštine, u sadejstvu sa drugim državama članicama vrši pojedine ustavne nadležnosti u meri u kojoj je to potrebno za vršenje prava i obaveza na osnovu osnivačkih ugovora Evropske unije (tekst pominje i Evropske zajednice koje više ne postoje), kao i da se vršenje tih nadležnosti može realizovati nezavisno ili zajednički, kroz organe Unije. Pored toga, pripremljeni su i nezvanični nacrti novog ustava. Usvajanje novog ustava očekuje se u martu 2011. godine.⁶⁵

Polazeći od osnovnog stava da „Slovačka Republika može ući u državne zajednice sa drugim državama na osnovu svoje odluke“, slovački ustav propisuje da takva odluka o pristupanju državnoj zajednici ili razdruživanju iz takvog saveza mora biti doneta u formi ustavnog zakona koji mora biti potvrđen i na referendumu (član 7. stav 1. u vezi sa članom 93. stav 1. Ustava Slovačke Republike).⁶⁶

⁶⁴ O izborima za Evropski parlament donosi se poseban zakon (član 71. stav (3) Ustava Republike Mađarske).

⁶⁵ Za prevod rezolucije v. www.common sensebudapest.com; takođe i Jakab Andras, 2011. évi ... törvény. *A Magyar Köztársaság Alkotmánya Magántervezet, szakmai álláspont kialakítása céljából*, Budapest 2011.

⁶⁶ Engleski prevod Ustava Slovačke Republike od 1992. godine, sa izmenama i dopunama od 1998, 1999, 2001, 2004, 2005. i 2006. godine dostupan je na internet strani: www.nrsr.sk

Prema stavu 2. istog člana, Slovačka može međunarodnim ugovorom za koji se traži da je ratifikovan i proglašen u skladu sa zakonom, ili na osnovu takvog ugovora preneti na Evropsku uniju (Ustav pominje i bivše Zajednice) vršenje dela svojih prava. Istom odredbom priznata je prednost pravno obavezujućih akata Unije nad slovačkim zakonima, i propisano da se za takve akte koji zahtevaju primenu kroz nacionalno pravo za njihovo sprovođenje donose zakoni ili vladine uredbe, u skladu sa članom 120. stav 2. Ustava. Pored toga ustav utvrđuje nespojivost položaja poslanika u Narodnom veću sa mestom poslanika Evropskog parlamenta (član 77.) i nadležnost Ustavnog suda da ceni ustavnost i zakonitost izbora za Evropski parlament (član 129. stav 2.).

Odlučujući na koji način da stvori ustavni osnov za svoje pristupanje Uniji, Slovenija se opredelila za izmenu ustava, što je i učinjeno dodavanjem nove ustavne odredbe o članstvu i prenošenju suverenih prava na međunarodne organizacije. Ovo pitanje je bilo posebno osetljivo budući da pored ustava u Sloveniji postoji i Osnovna ustavna povelja o samostalnosti i nezavisnosti Republike Slovenije,⁶⁷ kojoj se pridaje nadustavni značaj, što se vidi i iz preambule Ustava Republike Slovenije. Prema članu 3a. Ustava Republike Slovenije: „Slovenija može međunarodnim ugovorom, koji ratifikuje Državno veće (*Državni zbor*) sa dvotrećinskom većinom glasova svih poslanika, da prenese izvršavanje dela suverenih prava na međunarodne organizacije koje su zasnovane na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda, demokratije i načela pravne države, te stupati u odbrambene saveze sa državama zanovanim na poštovanju tih vrednosti.“⁶⁸ Deo stručne javnosti protivio se ovakvom rešenju obrazloženom uobičajenom apstraknošću ustavnih normi, smatrajući da ustavna odredba treba da izrekom utvrdi da se prenošenje suverenih prava vrši na Evropsku uniju, dok su drugi, uključujući i deo stručne komisije za pripremu ustavnog zakona, smatrali da se u odredbi treba pomenuti i Evropska unija ali i ostaviti prostor za transfer i na druge međunarodne organizacije.⁶⁹ Ustavna odredba razrađena je Zakonom

⁶⁷ Temeljna ustavna listina o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, št. 1 z dne 25. junij 1991 in 19/1991 – popravek)

⁶⁸ Ustavni zakon o spremembah I. poglavja ter 47. in 68. člena ustave Republike Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, št. 24/2003)

⁶⁹ R. Kocjančič, *op. cit.*, 117.

o saradnji Državnog veća i Vlade u poslovima Evropske unije.⁷⁰ Pored ove izmene s njom su u tesnoj vezi i promene odredbe o svojinskim pravima stanaca na nepokretnostima i pitanje izdavanja slovenačkih državljana. Imajući u vidu dosadašnju slovenačku praksu, posebno sa Međunarodnim krivičnim sudom neki autori su postavili i pitanje opravdanosti takve izmene.⁷¹

Iako se u osnovi odlučila za francuski pristup, Rumunija je pored dodavanja novog dela naslovljenog Evro-atlantska integracija u svoj ustav (čl. 148. i 149. prečišćenog teksta Ustava Rumunije),⁷² Ustavnim zakonom o reviziji Ustava Rumunije⁷³ dodate su odredbe kojima je uređeno biračko pravo građana Unije za lokalni nivo vlasti (član 16. stav (4) Ustava Rumunije), biračko pravo za Evropski parlament (član 38.), svojinska prava državljana EU (član 44. stav (2) Ustava Rumunije) i prelazak sa leva na evro (član 137. stav (2) Ustava Rumunije).

Letonski ustav od 15. februara 1922. godine,⁷⁴ je prvo dopunjen 8. maja 2003. godine i tom prilikom je dopunom člana 68. utvrđeno da će se o članstvu Letonije u Evropskoj uniji odlučiti na nacionalnom referendumu po predlogu parlamenta. Pored toga, propisano je i da značajnije izmene u uslovima članstva zemlje u EU moraju biti usvojene na referendumu ako tako zatraži polovina članova parlamenta. Ove odredbe razrađene su dopunom člana 79. kojim je uređen ustavotvorni referendum. Nakon što je Letonija postala članica Unije 23. septembra 2004. godine izvršena je druga promena ustava, kojom je član 101. dopunjen biračkim pravom državljana drugih članica EU na lokalnom nivou.

Litvanija se odlučila za austrijski pristup i donela Ustavni zakon Republike Litvanije o članstvu Republike Litvanije u Evropskoj uniji. Sam Ustav, pak, nije pretrpeo izmene u tom pogledu.

⁷⁰ Zakon o sodelovanju med državnim zborom in vlado v zadevah Evropske unije („Uradni list RS“, št. 34/2004 in 43/2010)

⁷¹ *Ibid.*, 113-131.

⁷² Prečišćen tekst Ustava Rumunije sa prenumerisanim članovima objavljen je u „Službenom listu Rumunije“, broj 758/2003

⁷³ Ustavni zakon je objavljen u „Službenom listu Rumunije“, broj 669/2003

⁷⁴ Engleski prevod letonskog ustava sa izmenama i dopunama dostupan je na internet strani:
http://www.li.lv/index2.php?option=com_content&task=view&id=84&pop=1&page=0&Itemid=433

U Poljskoj ne postoje ustavni propisi koji bi se direktno odnosili na Evropsku uniju, pa je jedina relevantna odredba član 91. Ustava Republike Poljske, prema kome, ako sporazum o osnivanju međunarodne organizacije kojem je pristupila Republika Poljska tako propisuje, propisi koje donesi ta međunarodna organizacija imaju neposrednu primenu na poljskoj teritoriji i imaju primat u slučaju sukoba normi.

U Estoniji takođe ne postoje posebne ustavne odredbe koje bi se ticale odnosa proisteklih iz članstva u Evropskoj uniji, a ustavni osnov verovatno predstavlja § 121. tačka 3) Ustava Republike Estonije od 28. juna 1992. godine,⁷⁵ prema kome parlament (*Riigikogu*) „zaključuje i otkazuje ugovore kojim Republika Estonija pristupa međunarodnim organizacijama i savezima.“⁷⁶ Sva ostala pitanja prepuštena su zakonodavcu koji je doneo Zakon o izborima za Evropski parlament⁷⁷ i Zakon o državljanima Evropske unije.⁷⁸ Evropski nalog za hapšenje, kao i izručenje estonskih državljana drugim članicama Unije i saradnja se Eurojust-om, uređeni su Zakonikom o krivičnom postupku iz 2003. godine (prečišćen tekst iz 2004. godine, i kasnije izmene i dopune).⁷⁹

4. ODNOS HRVATSKOG USTAVA PREMA EU NAKON POSLEDNJE PROMENE

Ustav Republike Hrvatske, donet 22. decembra 1990. godine⁸⁰ u vreme kada je Republika Hrvatska bila federalna jedinica bivše SFR Jugoslavije, pripremajući teren za formalnu secesiju Republike Hrvatske od tada još uvek postojeće federacije uredio je i pitanje

⁷⁵ Eesti Vabariigi põhiseadus (Riigi Teataja 1992, 26, 349; I 2007, 33, 210; I 2003, 64, 429; I 2003, 29, 174)

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Zakon i njegove izmene i dopune objavljeni su u: *Riigi Teataja* I 2003, 4, 22; 2004, 30, 208; 2004, 14, 93; 2004, 6, 32; 2003, 90, 601; 2004, 71, 501; 2004, 71, 503; 2005, 37, 281; 2006, 30, 231; 2006, 55, 408; 2009, 2, 5.

⁷⁸ Zakon i njegove izmene i dopune objavljeni su u: *Riigi Teataja* I 2002, 102, 599 i 2004, 19, 134.

⁷⁹ V. Poglavlje 19. estonskog ZKP-a

⁸⁰ Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 56/1990); Ustav od 1990. rađen je po uzoru na Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke, Ustav Kraljevine Španije i Ustav Italijanske Republike. Tako: S. Sokol, „Hrvatska kao demokratska ustavna država“, *Politička misao* 3/1998, 112-120. Verovatno je i Ustav Republike Srbije od 28. septembra 1990. godine imao svojih uticaja iako to nije pomenuto.

„udruživanja i razdruživanja“ Republike Hrvatske, polazeći od suvereniteta Republike Hrvatske upadljivo iskazanog u članu 2. tzv. Božićnog ustava, dodatno istorijski obrazloženog „Izvorišnim osnovama“ hrvatskog ustava,⁸¹ i odredbe da „[s]aveze s drugim državama Republika Hrvatska sklapa zadržavajući suvereno pravo da sama odlučuje o prenesenim ovlastima i pravo da slobodno iz njih istupa. (član 2. stav 5. Ustava)“ Donošenjem Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustava Republike Hrvatske 1997. godine, iz Ustava su brisane odredbe o položaju Hrvatske u sastavu bivše SFR Jugoslavije i dodata odredba kojom je zabranjeno „pokretanje postupka udruživanja Republike Hrvatske u saveze s drugim državama u kojem bi udruživanje dovelo, ili moglo dovesti do obnavljanja jugoslavenskoga državnog zajedništva, odnosno neke balkanske državne sveze u bilo kojem obliku (član 135. stav 2. tadašnjeg teksta Ustava,⁸² odnosno član 142. stav 2. važećeg⁸³)“.

Pre poslednje revizije, postupak za udruživanje i otepljenje (razdruživanje) mogli su pokrenuti šef države, vlada i trećina poslanika Hrvatskog sabora, o čemu parlament prethodno odlučuje dvotrećinskom većinom glasova svih poslanika. Odluka o udruživanju, odnosno razdruživanju konačno bi bila doneta na referendumu na kome je bilo potrebno da dobije većinu glasova svih birača u državi (član 141. stav 4. tada važećeg Ustava Republike Hrvatske⁸⁴). Međutim, hrvatski autori su smatali da takvim savezima nije moguće prenošenje suverenih prava tj. delova suvereniteta Republike Hrvatske, budući da je prema članu 2. stav 1. Ustava, suverenitet države „neotuđiv, nedeljiv i neprenosiv“.⁸⁵

Nakon skoro godinu dana od pokretanja postupka promene ustava, Hrvatski sabor doneo je 16. juna 2010. godine Promenu Ustava Republike Hrvatske.⁸⁶ U našoj, kako stručnoj tako i široj javnosti najviše pažnje pobudila je izmena apsolutne zabrane izdavanja hrvatskih državljana stranim državama, čime je omogućeno izdavanje državljana na osnovu međunarodnog ugovora odnosno

⁸¹ U pitanju je jedna vrsta preambule

⁸² Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 8/1998 – pročišćen tekst)

⁸³ Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 85/2010 – pročišćen tekst)

⁸⁴ Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 41/2001 – pročišćeni tekst i 55/2001 – ispravak)

⁸⁵ I. Prpić, „Napomene o shvaćanju suverena u Ustavu Republike Hrvatske“, *Politička misao* 1/2001, 5-11.

⁸⁶ Promjena Ustava Republike Hrvatske („Narodne novine”, broj 76/2010)

pravnih propisa Evropske unije.⁸⁷ Pored toga revizijom su izmenjene odredbe o odbrani i oružanim snagama budući da je zemlja postala članica Severoatlantske alijanse i unesene neke korekcije u pogledu delokruga pojedinih ustavnih organa.

Imajući u vidu smanjenje podrške hrvatske javnosti procesu integracije Hrvatske u EU, ustavotvorac se odlučio za smanjenje većine koja se zahteva za donošenje odluke o udruživanju. Prema novom rešenju, da bi takva odluka bila usvojena dovoljno je da za nju glasa većina birača koji su izašli na referendum, umesto dosadašnjeg uslova da tako glasa većina svih birača u zemlji.

Novim članom 143. stav 1. Ustava, određeno je da „Republika Hrvatska, na temelju članka 142. Ustava, kao država članica Europske unije, sudjeluje u stvaranju europskog zajedništva, kako bi zajedno s drugim europskim državama osigurala trajni mir, slobodu, sigurnost i blagostanje te ostvarila druge zajedničke ciljeve, u skladu s temeljnim načelima i vrijednostima na kojima se Europska unija zasniva.“ Stavom 2. istog člana utvrđena je mogućnost prenošenja ustavnih ovlašćenja tako što „Republika Hrvatska, na temelju članka 140. i 141. Ustava, institucijama Europske unije povjerava ovlasti koje su potrebne za ostvarivanje prava i ispunjavanje obveza preuzetih na temelju članstva.“ Zanimljivo je da Promena nije obuhvatila citirani član 2. stav 1. Ustava koji govori o neotuđivosti, nedeljivosti i neprenosivosti državnog suvereniteta, imajući u vidu citirana tumačenja te odredbe u literaturi.

U pogledu hrvatskog učešća u procesu odlučivanja na nivou Unije, ustav određuje da su građani Hrvatske, putem svojih predstavnika, neposredno predstavljeni u Evropskom parlamentu gde odlučuju o pitanjima iz nadležnosti Evropskog parlamenta (član 144. stav 1. Ustava Republike Hrvatske). Što se Sabora tiče, on učestvuje u evropskom zakonodavnom postupku u skladu sa ustavnim ugovorima, prima izveštaje od Vlade o njenom učešću u postupku odlučivanja i donošenja propisa, donosi zaključke na osnovu kojih Vlada deluje u evropskim institucijama i vrši nadzor nad njenim radom u evropskim poslovima, što se bliže uređuje posebnim zakonom. Pored Vlade, Ustav utvrđuje i učešće šefa države u radu Saveta i Evropskog saveta, u skladu sa podelom nadležnosti između organa izvršne vlasti (član 144. stav 5. Ustava Republike Hrvatske).

⁸⁷ *Ibid.*, član 4. Promene; član 9. Ustava

Članom 145. uređen je odnos nacionalnog i nadnacionalnog pravnog poretka. Pravo Evropske unije direktno je primenjivo u Hrvatskoj od strane državnih organa, jedinica lokalne i regionalne samouprave i organizacija sa javnim ovlašćenjima. Prava koja proističu iz EU ostvaruju se kao i prava koja priznaje pravni poredak Hrvatske, a hrvatski sudovi štite subjektivna prava koja se zasnivaju na . Što se hijerarhije pravnih normi tiče, Ustav samo konstatuje da se pravni akti EU koje je Hrvatska prihvatila u zajedničkim institucijama u Republici Hrvatskoj primenjuju u skladu sa pravnom stečevinom Europske unije (član 145. stav 2. Ustava Republike Hrvatske), čime je sve prepušteno praksi Suda EU .

Pravo na lokalnu i regionalnu samoupravu je dodavanjem stava 4. u član 133. prošireno i na građane drugih zemalja EU, mada Ustav nespretno koristi formulaciju „građani Evropske unije“, budući da je članom 146. utvrđeno da su državljani Republike Hrvatske građani Evropske unije. Tom odredbom se jemči uživanje prava garantovanih „pravnom stečevinom“ EU, a naročito: sloboda kretanja i nastanjivanja na području svih država članica, aktivno i pasivno biračko pravo na izborima za Evropski parlament i na lokalnim izborima u drugoj državi članici, u skladu sa propisima te države članice, pravo na diplomatsku i konzularnu zaštitu bilo koje države članice, jednaku zaštitu vlastitih državljana kada se nalaze u trećoj državi u kojoj Republika Hrvatska nema diplomatsko-konzularno predstavništvo i pravo podnošenja peticija Evropskom parlamentu, predstavki Evropskom ombudsmanu te pravo obraćanja institucijama i savetodavnim telima Evropske unije na hrvatskom jeziku, kao i na svim službenim jezicima Evropske unije, te pravo da dobije odgovor na istom jeziku (član 146. stav 1. tač. 1-4. Ustava Republike Hrvatske). Ustav propisuje da se ova prava realizuju u skladu sa uslovima i ograničenjima koja propisuju konstitutivni ugovori EU i mere prihvaćene na osnovu tih ugovora, kao i da ta prava imaju svi građani EU (član 146. st. 1. i 2. Ustava Republike Hrvatske).

Treba reći da je stupanje na snagu ovih odredbi odloženo do prijema Hrvatske u EU i da je za njihovo uvođenje u život bilo potrebno doneti ustavni zakon za sprovođenje, koji je donesen krajem oktobra iste godine, mada je veći deo materije koju je trebao da uredi prepustio zakonodavcu.⁸⁸

⁸⁸ Ustavni zakon za provedbu Ustava Republike Hrvatske od 22.10.2010. („Narodne novine”, broj 121/2010)

5. STANJE U DRUGIM ZEMLJAMA KANDIDATIMA ZA ČLANSTVO

Od kandidata za članstvo u Evropskoj uniji i tzv. potencijalnih kandidata, jedino novi crnogorski ustav sadrži odredbu vezanu za pitanje evropskih integracija. Tako prema članu 15 stav 3 „Skupština odlučuje o načinu pristupanja Evropskoj Uniji“.⁸⁹ Međutim, Ustav Crne Gore ne poznaje mogućnost prenošenja tzv. suverenih prava na međunarodne i nadnacionalne organizacije, konkretno Evropsku uniju, a nije jasno u kakvom su odnosu pomenuti stav 3 člana 15 i stav 4 istog člana prema kome „Crna Gora ne može stupiti u savez sa drugom državom kojim gubi nezavisnost i puni međunarodni subjektivitet“. Kako se za reviziju pomenute odredbe traži potvrda na državnom referendumu, na kome se za takvu promenu mora izjasniti najmanje tri petine svih birača (član 157 Ustava Crne Gore), može se postaviti pitanje praktičnog domašaja ovlašćenja Skupštine Crne Gore da odluči o načinu pristupanja, ako ona nije vlasna da odlučuje o najbitnijem aspektu pristupanja – transferu suverenih prava na nadnacionalnu organizaciju. Iako je *ratio constitutionis* pomenute zabrane verovatno sličan pomenutoj zabrani iz člana 142. stav 2. Ustava Republike Hrvatske, utisak je da ovakvo rešenje može dovesti do problema u primeni člana 15, što će se videti tek kada Crna Gora dođe u poziciju da pristupi Evropskoj uniji.

U Turskoj, koja je kandidat za članstvo u EU još od sedamdesetih godina prošlog veka, Ustav ne sadrži odredbe o mogućem članstvu Evropskoj uniji, a o mogućnosti prenosa suverenih prava dovoljno govori član 6. stav 1. Ustava Republike Turske, prema kome „suverenost je u potpunosti i *bezuslovno* u naciji (podvukao M. T.)“, koja ona vrši kroz organe propisane Ustavom (član 6. stav 2. Ustava Republike Turske).

6. PITANJE POTREBA PROMENE USTAVA REPUBLIKE SRBIJE U CILJU PRISTUPANJA EVROPSKOJ UNIJI

Što se naše zemlje tiče, iako Mitrovdanski ustav ne sadrži odredbe koje bi uredile postupak pristupanja Uniji, prenos suverenih prava i druga važna pitanja koje otvara članstvo u nadnacionalnoj

⁸⁹ Ustav Crne Gore („Službeni list CG“, broj 1/2007 od 25. oktobra 2007. godine)

organizaciji kakva je Evropska unija, imajući u vidu ovde analizirane ustavne propise, čini se da je član 97. tačka 1. Ustava Republike Srbije kojom se propisuje da: „Republika Srbija uređuje i obezbeđuje: [1.] suverenost, nezavisnost, teritorijalnu celovitost i bezbednost Republike Srbije, njen međunarodni položaj i *odnose sa drugim državama i međunarodnim organizacijama* (podvukao M.T.)“⁹⁰ dovoljan ustavni osnov za članstvo u Uniji. Sa druge strane, primeri Bugarske i Makedonije pokazuju da su ustavne promene, pogotovo one koje se tiču pravne države i sudstva postavljane kao uslov za dalje napredovanje u pristupnom procesu.⁹¹ U svakom slučaju, dosadašnja praksa pokazuje da su nacionalni ustavotvorci pristupali ustavnim promenama koja bi uredila odnose koji proističu iz članstva u Evropskoj uniji tek u završnoj fazi pristupnog procesa, tako da po ovom pitanju, za razliku od možda nekih drugih, nema potrebe za hitnom revizijom važećeg srpskog ustava.

7. ZAKLJUČNI OSVRT

Iako je napuštanjem federalističkog pristupa evropskoj integraciji, negirana i pomisao da će Evropa daljom integracijom prerasti u (saveznu) državu ili kvazidržavu, može se primetiti da je Evropska unija vremenom zadobila brojne elemente koji spadaju u takozvane federalne standarde pomoću kojih se određuje da li je neka država odnosno drugi entitet federacija ili ne.⁹² Kritika prakse i zauzetih stavova nemačkog Saveznog ustavnog suda zasniva se, između ostalog, i na tvrdnji da je vizija evropske federalne državnosti nestala mnogo pre nego što je ovaj sud pokušao da je ponovo oživi kako bi podupro svoje stavove.⁹³ Sa druge strane, bez prakse ovog suda, pripisivanje Evropskoj uniji federalnih svojstava, pa čak i karaktera federacije bilo bi znatno lakše. Bez obzira na neke zaključke ovog suda, čini se da se njemu ipak ne može pripisati *a priori* negativan stav prema evropskoj integraciji kao ideji, već se tu radi o ozbiljnoj zabrinutosti o načinu na koji se ta integracija sprovodi i

⁹⁰ Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 98/2006)

⁹¹ Za Makedoniju vid.: B. Pavlica, „O izmeni makedonskog ustava od 7. decembra 2005.“, V. Čolović (priređivač), *Pravo zemalja u regionu*, Beograd 2010, 485-499.

⁹² O merilima federacije vid. npr.: R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 2008, 370-373.

⁹³ C. Schönberger, *op. cit.*, 1217.

kojim sve putevima i stranputicama može krenuti, pogotovo u kontekstu demokratskog deficita institucija Unije.

Iz analiziranih ustavnih propisa proizilazi da nacionalni ustavi najčešće uređuju prenos tzv. suverenih prava kao najznačajniji element integracionog procesa, biračko pravo ostalih državljana EU dok u specifičnu ustavnu materiju mogu svrstati norme o upotrebi oružanih snaga na osnovu odluke organa EU kakve sadrži mađarski ustav. Ustavi se, uglavnom, ne odlučuju da postavljaju ciljeve udruživanja, a pogotovo da se upuste u određivanje forme i pravca integracije. Ako pak to i učine, politička praksa u tom slučaju pokazuje odstupanja od takvih ustavnih okova.

Imajući u vidu duboku institucionalnu i ekonomsku krizu sa kojom se Unija suočava, kao i reafirmisanje nacionalnog identiteta i ideje nacionalne države, pitanje uspeha ideje evropske integracije i opstanka ove i ovakve Evropske unije treba ozbiljno razmotriti. Na posletku, od toga će zavisi i razvoj ustavnih normi u ovoj oblasti. Iz tog razloga ni Republika Srbija ne bi trebalo da žuri sa revizijom svog ustava dok sadašnje članice ne nađu odgovor na pitanje kakvu Uniju zaista žele.

Mladen Tišma

Faculty of Law University of Belgrade

Student of the fourth year

**CONSTITUTION OF MEMBER STATE AS LEGAL BASE
AND FRAMEWORK OF EUROPEAN INTEGRATION
– with special view on the law of the Federal Republic of Germany
and the latest Revision of the Constitution of the Republic of
Croatia**

Different models of national constitutions' approaches regarding country's membership in the European Union are analyzed in the article. In that way, constitutions of old Member States and those of the new are studied separately with pointing to some constitutionally unusual provisions. Provisions of the Basic Law for the Federal Republic of Germany are analyzed with special attention in light of jurisprudence of the Federal Constitutional Court. In the next section, author considers the latest Revision of the Constitution of the Republic of Croatia and enactment of provisions towards future membership of the former Yugoslav republic in the EU with retrospective view on historical background of the Croatian constitution. In the end, some constitutional solutions in the potential candidate counties are indicated as well and consequently issue of need for the revision of the current Serbian constitution in order to establish constitutional basis for membership in the European Union.

Key words: constitution, European Union, Member State, federalism, community law, supranationality

Lidija Pejčinović
LLB

Pregledni naučni rad
UDK: 347.736

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PRESUMPTIONS FOR THE RECOGNITION OF THE FOREIGN DECISIONS ON INSTITUTING INSOLVENCY PROCEEDINGS ACCORDING TO CROATIAN AND SERBIAN LAW

U ovom radu pristupili smo uporednoj analizi pretpostavki za priznanje stranih odluka kojima se uspostavlja stečajni postupak po hrvatskom i srpskom pravu, kako bismo utvrdili razlike koje postoje u stečajnoj proceduri u navedenim zemljama. Odlučili smo se za ove nadležnosti, budući da su se zakonodavci, nakon raspada SFRJ, kada su obe države postale nezavisne, opredelili za različite pristupe u pogledu zakona koji regulišu stečajni postupak. Analizirali smo sličnosti i razlike između ovih zakona i način na koji su relevantni pravni dokumenti u domenu uporednog stečajnog prava, kao što su Evropska regulativa o stečajnom postupku i UNCITRAL Model zakon o međunarodnom stečaju, uticali na njihov razvoj. Pri tom smo pokušali da odgovorimo na pitanje zašto su se dve susedne zemlje, nakon pet decenija zajedničke pravne istorije, opredelile za različite pristupe pri usvajanju instituta stečajnog prava i koji su faktori bili presudni u ovom procesu. Posebnu pažnju posvetili smo prednostima i manama koje praksa poznaje pri primeni ovih zakona u pogledu pretpostavki za priznanje stranih odluka u stečajnom postupku u hrvatskom i srpskom pravu. Analiza je izvršena u kontekstu evropskih i međunarodnih pravnih okvira, tj. zakona i regulativa u domenu stečajnog prava, kao i zakona u navedenim državama.

Ključne reči: *stečaj, pretpostavke za priznanje stranih odluka, uporedna pravna analiza, Hrvatska, Srbija, Evropska regulativa o stečajnom postupku, UNCITRAL Model zakon o međunarodnom stečaju*

INTRODUCTION

Development of private law concepts such as private property, commercial exchange, credit and obligation, which are all inherent to modern market economy systems, has enabled persons (legal, natural) to make attempts to manipulate their assets in such a way that their overall material wellbeing is eventually improved¹. However, having in mind that one of the key consequences of a well implemented market system is its dynamic selection mechanism (which encourages efficient units to replace less efficient ones, and new and improved processes and products to replace older in accordance with the Schumpeterian concept of creative destruction²), it is not uncommon that certain entrepreneurs and firms will not be able to withstand the competitive pressure and will, by becoming insolvent, have no other recourse but to exit the market, enabling their resources to move on to more efficient business models³. It is thus apparent that insolvency, as a direct effect of market's selection mechanism, is a concept indivisible from the market economy model and, as such, has to be legally regulated through insolvency/bankruptcy law as a fundamental element of the private law system. In other word, there is a significant interdependence between regulation of insolvency and the fundamental institutes of market economy⁴, especially when we take into account that insolvency law is one of the basic instruments to protect the market system against its collapse in times of recession and crises⁵.

This is especially true for economies transitioning to market systems (much like Croatia and Serbia have done in the mid-late 1990s and early 2000s, respectively), where the selection mechanism is highly emphasized considering that the inherited economic structure is incompatible with the market system and thus has to undertake

¹ Fletcher, I. F. (1999). *Insolvency in private international law: national and international approaches*. Oxford: Clarendon Press, p. 3

² Bormann, A. & Spitsa, N. (2007). Specific features of insolvency law in the East European EU member states. *Jahrbuch für Ostrecht* 48, p. 13

³ Balcerowicz, E. & Hashi, I. & lowitzsch, J. & Szanyi, M. (2003). *The development of insolvency procedures in transition economies: a comparative analysis*. Warsaw: Center for social and economic research, p. 6

⁴ Bormann, A. & Spitsa, N. (2007). *op. cit.*, p. 11

⁵ *Ibid.*, p. 13

drastic changes, often leading to closure of many enterprises and reorganization of others⁶.

After the disintegration process and the war damages which suffered both countries, especially in the field of economy the whole system needed reconstruction and refinancing. Therefore many enterprises entered the insolvency procedure.

The insolvency procedure could be observed as a mean which is created to make the economy and market system more functional since it extinguishes the "sick elements" - which can not stand the competition and the current market conditions.

Bankruptcy laws take on an even greater importance when their potential to provide legal assurance to potential creditors is taken into consideration. Even in the case of financial distress or complete failure of the debtor, there will be a legal recourse available to assure a just distribution of the estate of the bankrupt debtor⁷. Often times the period of transition would also include a certain extent of corrective measures, which might not always be compatible with the market system, in order to avoid typical hazards such as abuse and mass closures⁸.

From the standpoint of evaluation of debtor's assets insolvency can be defined as either: 1) balance-sheet insolvency - a debtor has negative net assets (combined total of all outstanding liabilities exceeds measurable value of all assets), which is considered to be the traditional concept of insolvency or 2) cash-flow insolvency - a debtor is unable to pay off debts as they fall due (the debtor is unable to command liquidity of assets which would be sufficient to cover debts as they fall due), which is a concept developed in recent times as a reflection of the all-encompassing role of credit in today's social and commercial dealings⁹. This type of insolvency is also relevant, since one of the underlying principles of market economy is that compensation for received goods or services rendered must be paid in agreed upon deadlines¹⁰. On the other hand some creditors may act as though a debtor is insolvent, when in fact it objectively is not (irrelevant of the type of insolvency we consider), given the high

⁶ Balcerowicz, E. & Hashi, I. & lowitzsch, J. & Szanyi, M. (2003). *op. cit.*, p. 6

⁷ *Ibid.*, p. 6

⁸ Bormann, A. & Spitsa, N. (2007). *op. cit.*, p. 23; Balcerowicz, E. & Hashi, I. & lowitzsch, J. & Szanyi, M. (2003). *op. cit.*, p. 7

⁹ Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 3

¹⁰ Dr Đukić-Mijatović, M. (2009). *Vodič kroz stečajni postupak, osvrt na stečajno zakonodavstvo bivših jugoslovenskih republika*. Novi Sad: Ined-grafomedia, p. 17

enough probability that it might become insolvent in the imminent future, which is sometimes referred as imminent insolvency¹¹. It is not uncommon that a specific enterprise is insolvent considering their balance-sheet and solvent considering their cash-flow, although it could be true for big companies with long term debt. More common, debtor's financial situation considering his overall balance-sheet might be positive (if enough time were allowed for some of the assets to become liquid and subsequently realized), but his current situation might be such that there is an inability to satisfy creditors whose debts are currently mature. Nowadays, in many countries this fact can be invoked as grounds for initiating formal insolvency proceedings against the debtor. This results in the effective erosion of general confidence in the credit system whereby creditors would have to wait on their debtor's balance-sheet insolvency (which could result in significant reduction of debtor's estate) before any collective satisfaction could be sought. From the observance of this practice, some countries have eventually recognized that a timely intervention into a troubled debtor's financial affairs might lead to ultimate mitigation of insolvency in some cases and diminishing the scale on which it takes place in others, thus often shifting the focus of modern insolvency legislation to remodeling and reorganization of the financial and organizational structure of enterprises instead of their liquidation and elimination¹².

One should always bear in mind also the fact that the insolvency law has been made to protect interests of creditors and shareholders of enterprises as well, and having in mind the notion that the economy and globalization process intensively spreads and connects different parts of the world we decided to dedicate the special attention to the question of the treatment of the presumptions for recognition of foreign decisions on instituting insolvency proceedings according to Croatian and Serbian law.

INTERNATIONAL INSOLVENCY – relevant international documents

Nowadays, national insolvency laws quite often differ in their attitudes towards the rules regulating the institution of insolvency

¹¹ Jackson, T. H. & Scott, R. E. (1989). On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain. *Virginia Law Review* 75(2), p. 159

¹² Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 4

proceedings and legal consequences that proceedings have on debtors and creditors¹³. This fact is more obvious when we consider the range of legal interests of the insolvent debtor who are affected by the institution of insolvency proceeding is very extensive, and most of those legal interests are regulated extensively by national law¹⁴. Therefore, it can be said that the outcome for any interested party might be considerably materially different, depending on which national law is applied considering the facts of the case¹⁵. As globalization is progressing there is an increasing amount of insolvency cases with an international dimension. For instance, the business of the insolvent debtor or part of his assets might be situated in more than one country¹⁶, the debtor might have had dealings with one or more parties from other countries, liabilities might be owed to creditors predominantly associated with countries other than that of the debtor, or the relevant obligations might be governed by foreign law or may have been incurred outside of debtor's home country¹⁷. This has led to a considerable increase in significance of international insolvency law and the manner it is regulated on both international and national level¹⁸.

Considering its apparent importance it is no wonder that a number of legal documents relating to the matter of international insolvency have been drafted. If we consider the territory of Europe, as it is defined geographically, as most influential and important legal documents we have the EU Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings from 29th of May 2000, and EU Council Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, also known as Istanbul Convention, and on the other side the international document UNICTRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency from 30th May 1997.

¹³ *Ibid.*, p. 5

¹⁴ Garašić, J. (2006). Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 56(2-3), p. 585, Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 4.

¹⁵ Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 5

¹⁶ Hrastinski Jurčec, Lj. (2008). *International bankruptcy in Croatian legal system, in Legislation and Practice, Collection of reports presented at the Regional Conference on Insolvency*. Banja Luka: Jugoslovenski pregled, p. 430

¹⁷ Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 5

¹⁸ Garašić, J. (2006). *op. cit.*, p. 583

Although current trends in the development of international insolvency law tend to focus on unification of rules, practice has shown that this is very hard to achieve. For instance, although the EU Insolvency Regulation 1346/2000 was supposed to facilitate cross-border insolvency cases through uniform rules, inconsistencies in the interpretation of the provisions on jurisdiction have led to English and German courts passing conflicting decisions in the *Daisytek* case. On the other hand, we have attempts at standardization of rules regulating international insolvency, such as UNCITRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency. But, it is also evident, that it is extremely difficult to come up with a uniform set of guidelines which would be applicable in every country, since they all involve different economic situations that basically require different approaches. It is for that reason that Insolvency law should be tailor-made to take into account economic causes and goals, commercial customs and legal culture and also the level of development of the social system and of the institutional framework¹⁹.

Therefore, it could be then considered as more strange to find that two countries, which were developing their economies under the same communist regime for 50 years and wanting to become members of the same EU family, are now going on their different ways by defining elementary insolvency law institutes and approaches influenced by different legal documents.

RECOGNITION OF FOREIGN DECISIONS INSTITUTING INSOLVENCY PROCEEDINGS

An international element in an insolvency proceeding exists when the property of the debtor is located abroad partly or in whole, or when the creditors or insolvency debtors are persons with foreign citizenship, or have their seat or residence abroad²⁰.

Insolvency law is a set of legal norms that regulate the matter of insolvency in the formal and material sense of the word. In the material sense insolvency is defined as general enforcement on the property of the insolvent debtor due to his insolvency (1), and with the purpose of collective settlement of his creditors, whereby the debtor ceases to exist as a subject of law (2). In the formal sense insolvency

¹⁹ Bormann, A. & Spitsa, N. (2007). *op. cit.*, pp. 21-22

²⁰ Dr Čolović, V. (2002), *Međunarodni stečaj u domaćem i uporednom pravu. Strani pravni život 1(1-3)*, p. 96

represents a system of norms that regulate the actions of parties and the court in regards to instituting the insolvency proceedings, determining the conditions for opening of the proceedings, effects of the proceedings, collecting and cashing in the assets of the insolvent debtor and the settlement of his creditors.

Insolvency law with international elements is a set of legal norms that regulate conflict of jurisdiction and conflict of law, as well as the recognition and enforcement of foreign insolvency proceedings.

Concerning national insolvency law that also considers insolvency proceedings with international elements the main areas of concern are the regulation of conflicts of laws and jurisdictions and the recognition and execution of foreign insolvency proceedings²¹. We also have two modalities of such proceedings: 1) domestic insolvency proceedings with foreign elements, and 2) foreign insolvency proceedings for which recognition is requested with domestic courts²². The focus of this paper will be on the recognition of foreign decisions instituting insolvency proceedings, more specifically the presumptions for their recognition and their comparative analysis on the example of relevant legislation of Croatia and Serbia.

Although private international law norms, including those that refer to international insolvency proceedings are very diverse we can still cautiously identify two dominant principles of international insolvency law regarding the recognition of foreign decisions instituting insolvency proceedings. They are: 1) the principle of universality, as a liberal international insolvency principle, now accepted in most countries in some form, whereby the effects of an insolvency proceedings instituted in one country are recognized in other countries as well. In reality this principle is almost always restricted, considering that countries are very reserved when it comes to providing unconditional extraterritoriality to foreign decisions, which is why domestic courts use *lex fori* rules (as the law of the jurisdiction where the action is pending), or *lex loci rei sitae* rules (as the law of the jurisdiction of where the property is located) during the recognition proceedings. The other, opposing principle is: 2) the principle of territoriality, as a conservative international insolvency principle, whereby the effect of foreign decisions instituting insolvency proceedings is confined only to debtor's assets located

²¹ Garašić, J. (2006) *op. cit.*, pp. 584-585, Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 5

²² Garašić, J. (2006). *op. cit.*, p. 585

within the territorial jurisdiction of the country in which the proceedings are open²³. Enforcement of foreign decisions instituting insolvency proceedings is always conducted under the rules of *lex fori* of the country that recognizes the decision²⁴.

According to the principle of universality, once a insolvency proceeding is instituted, it has effect on entire estate of the debtor, without regard to where it is located. On the other hand, the principle of territoriality says that the only effected property is that located on the territory of the state where the proceeding was instituted, it does not effect debtor's property abroad²⁵.

But these principles have never been applied in their original form, with the notable exception of former insolvency legislation of Japan, where the principle of territoriality was strictly maintained for both inward and outward modes of application²⁶.

After we have exposed two basic principles which are dominant in the field of recognition of foreign decisions we must add that regulation of international insolvency, or insolvency proceedings with international elements, differs from state to state. However, it should be always regulated having in mind one leading idea - the settlement of creditors

Even that is the fundamental goal the newer legislation usually starts, from the unity of the insolvency proceeding and the unity of the insolvency mass. These institutes are defined in the EU Council Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, as well as many other international sources²⁷.

The ways in which the foreign decisions could be recognized are automatic or formal recognition. Supranational models adopt either the rule of automatic recognition – As it is in the EU Insolvency Regulation, or the rules of the formal recognition procedure are greatly simplified and the presumptions altered so as to facilitate easier recognition. This way it is possible to remove one of the most

²³ Jovanović-Zattila, M. Čolović, V. (2007). *Stečajno pravo*. Beograd: Dosije, pp. 226

²⁴ *Ibid.*, pp. 227

²⁵ Knežević-Bojović, A. (2009). *Stečajni postupak sa elementom inostranosti in Zbornik radova / [VI] Međunarodna konferencija Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom*. Banja Luka: Pravni fakultet, p. 228

²⁶ Knežević-Bojović, A. (2009). *op. cit.*, p. 228, Fletcher, I. F. (1999). *op. cit.*, p. 12

²⁷ Dr Čolović, V. (2002), *op. cit.*, p. 95

common practical problems related to the recognition of foreign decisions. The UNICTRAL Model Law enforceability is also not a presumption for recognition, while in the Croatian model it is²⁸.

Whether there would be automatic recognition or the recognition requires special formal recognition procedure depends actually on the civil private law concept of the jurisdiction in question. Even though, from the point of legal certainty and accordance with the system in which it should be recognized, we believe that it is better to have the request for formal recognition in order to obtain the legal cohesion – the way in which is actually solved in both Serbian and Croatian law. It is also important to emphasize that modern Serbian law, as well as Croatian does not require reciprocity any more, which would mean the introduction of the legal tolerance into the system and treatment which is placed on equal footing (this issue will also be dealt with more broadly in the next pages).

INSOLVENCY LAWS OF REPUBLIC OF CROATIA AND SERBIA

Even though it was mentioned in the 1989 Serbian Law on Enforced Settlement, Bankruptcy and Liquidation²⁹ the matter of international insolvency was regulated by the Law on Bankruptcy Proceedings or Republic of Serbia more thoroughly than ever. This law has not only been modeled on UNCITRAL Model Law, but has literally replicated its provisions³⁰. However, we find that it is necessary to alter this text to some degree and complement it with provisions from the European Insolvency Regulation 1346/2000³¹.

UNCITRAL Model Law introduces certain presumptions in the process of recognition of foreign insolvency decisions. However, it is not without its faults. One such fault which was amended in Croatian Insolvency model is the fact that UNICTRAL Model Law does not provide legal cure against a decision on recognition, whether positive or negative. This is, however changed in the 2009 Law on Bankruptcy

²⁸ Knežević-Bojović, A. (2009). *op. cit.*, p. 245

²⁹ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). Pretpostavke priznanja stečajnih postupaka sa elementom inostranosti prema pravu Republike Srbije i pravu Republike Hrvatske - komparativni prikaz. *Izbor sudske prakse* 15(6), p. 24

³⁰ Rakić-Vodinelić, V. & Šarkić, N. et al. (2006). *Simpozijum u Ohridu: prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope*. Bremen: GTZ, p. 110

³¹ Dr Đukić-Mijatović, M. (2009). *op. cit.*, p. 117

(hereinafter LB RS), where in Art. 188 the debtor and other interested parties may request the annulment or alteration of the decision. Apart from that, this model does not provide for the publishing of the submitted proposal for recognition, nor the decision on recognition (as a consequence the 2004 LBP RS did not have such provisions also, and unfortunately the 2009 LB RS does not, as well). These rules exist in the Croatian model which provides for the improved position of both domestic and foreign creditors, as well as the foreign bankruptcy administrator³².

The LBP RS was enacted in 2004 and went into force on 1st February 2005. The provisions on International Insolvency, namely Arts. 146-178 are confined to Chapter XII – Bankruptcy proceedings with international elements³³.

As far as earlier Serbian insolvency legislation is concerned we have the 1989 Law on Enforced Settlement, Bankruptcy and Liquidation that contained only four provisions that dealt with the matter of international insolvency (Arts. 160-164), which is not enough considering the importance of the matter it deals with. Also only one of them relating to the presumptions and procedure regarding the recognition of foreign decisions instituting insolvency proceedings. This was Art. 161 which read: “Decisions of foreign courts rendered in the course of enforced settlement or bankruptcy proceedings against a debtor with a seat of business, or residence on the territory of the foreign court are recognized in SRY under the conditions prescribed for the recognition of foreign judicial decisions within the law of SRY; The decision in Para. 1 of this provision shall be published in the “Official Gazette of SRY” in a manner prescribed in this law for the publication of decisions instituting enforced settlement or bankruptcy proceedings”.

Before the year of 2004, and before the insolvency law that managed to leave some traces in practice as well, and therefore to make some changes in comparison to previous state in that field we should mention that the law which was then in force was pretty much based on LRCL - Law on Resolution of Conflict of Laws with the Provisions of Other Countries, and therefore it was regulated there that without reciprocity in judiciary relation no recognition is possible.

³² Knežević-Bojović, A. (2009). *op. cit.*, p. 246

³³ Jovanović-Zattila, M. Čolović, V. (2007). *op. cit.*, p. 232; Rakić-Vodinelić, V. & Šarkić, N. et al. (2006). *op. cit.*, p. 110

This is actually also the biggest change made in the Insolvency law RS 2004, and which is of course held also in the new law. Insolvency law now stands in the relation to LRCL as *lex specialis* and it is to be consulted first when the thing from the insolvency field with foreign element has to be sold. In the end, both Croatian and Serbian legislator have chosen to no longer require reciprocity as a presumption for recognition of foreign insolvency decisions. This is an important step forward for the Serbian legislator, because up until the 2004 LBP RS, reciprocity was required by means of Art. 92 of the Law on Resolution of Conflict of Laws with the Provisions of Other Countries³⁴. However this practice is outdated and no longer desirable (it is a one-sided act that resembles the principle of talion and which can be attributed with a vengeful character). This is especially true in the time when tendencies of harmonization of insolvency law are more frequent³⁵.

The problem in interpretation and application of this rule were not specific, rather they applied on the considerations common to the recognition of all foreign judicial decisions. The effects of the recognized decision on instituting insolvency proceedings were stipulated in Art. 164, whereby the recognized decision was equated with domestic decisions, nevertheless this was only declarative in nature, considering that there were no provisions which would concern themselves with particular problems³⁶.

Compared to how LESBL regulated the matter of insolvency, all states formed in the region of former SFRY have significantly altered their legislations. Generally speaking, what they all have in common is that they have all introduced the procedures for reorganization and have further regulated the matter of international insolvency. Concerning the regulation of International insolvency, there are distinctions which are mostly rooted in the fact that some legislations

³⁴ Art. 92: Foreign judicial decision will not be recognized if there is no reciprocity. Non-existence of reciprocity is not an obstacle for recognition of foreign decisions in matrimonial disputes, as well as if the recognition and enforcement of a foreign judicial decision is requested by a Serbian citizen.

The existence of reciprocity in the view of recognition of a foreign judicial decision is assumed until proven otherwise, and in the case of doubt as to the existence of reciprocity, the explanation is that the federal organ is charged with matters of justice.

³⁵ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 27

³⁶ Rakić -Vodinelić, V. & Šarkić, N. et al. (2006). *op. cit.*, p. 106

have modeled their insolvency laws upon UNCITRAL Model Law, and others upon The EU Insolvency Regulation, or Istanbul Convention.

Until the 2004 LBP came into force the 1989 LESBL was applied as a supplemental source of law to the Law on Resolution of Conflict of Laws with the Provisions of Other Countries ("Official Gazette of SFRY, no. 43/1982, 72/1982 and "Official Gazette of SRY 46/1996), and especially the provisions of this law contained in Arts. 87-96 which consider the recognition of a foreign judicial decision³⁷.

Both Serbian and Croatian insolvency legislation differentiate between the main and special insolvency proceedings.

As it is differentiated under EU Convention there are two types of insolvency proceedings. The main bankruptcy procedure is one that was open in the country of debtor's centre of main interests, the other, opened after the main bankruptcy in other Party to the Convention is the secondary bankruptcy. Secondary proceeding is one of two types of the special procedures, and the other type of special procedure is separate procedure. Separate procedure is not mentioned in EU Convention. But the Convention regulates that also, any debtor declared bankrupt by a competent court in the main bankruptcy proceedings may be, by the virtue of that fact, be declared bankrupt in other Parties. It is assumed that the center of debtor's interests is the Party where the debtor is registered, if the debtor is a legal person. If we consider the secondary bankruptcy proceedings in the Party where the debtor does not have a main centre of interests, the effect of the proceedings are limited to the property situated in the Party where that proceeding has been instituted³⁸.

Which proceedings will be instituted relies solely on how closely the insolvent debtor is connected with the domestic country, that is to where the centre of his main interests is located³⁹. We should however differentiate between two types of special insolvency proceedings: a) Separate insolvency proceedings which can be instituted both before and after the institution of the foreign main insolvency proceedings and are unrelated to it, and b) secondary insolvency proceedings which assume that the foreign main

³⁷ *Ibid.*, p. 107

³⁸ Jovanović-Zattila, M. Čolovic, V. (2007). *op. cit.*, p. 225

³⁹ *Ibid.*, p. 233

insolvency proceeding is already instituted and recognized, and which are, as a rule subordinated to it⁴⁰.

It is worth noting that every country has its own system of founding legal persons, and also its own rules according to which it determines the national affiliation of legal persons⁴¹.

Competent court for the recognition of foreign insolvency proceedings

LBP RS also prescribes the jurisdiction of the court regarding the application of LBP RS provisions concerned with the recognition of foreign insolvency decisions (Art. 150). Both LBP RS and the new LB RS have decided not to regulate the question of exclusive jurisdiction of domestic courts, unlike the BL RC⁴².

After the main foreign insolvency proceeding is recognized in Serbia, both LB RS (Art. 199) and LBP RS (Art. 174) allow for institution of secondary insolvency proceedings in Serbia with the only condition being that the insolvent debtor has assets in Serbia. This is substantially different from other sources regulating International Insolvency, including Croatian BL RC (Art. 302)⁴³

Concerning the procedure of recognition of foreign insolvency proceedings, as we have already mentioned, there are two modalities: 1) Automatic (or *ex lege*) recognition, and 2) formal procedure of recognition. Both Serbian and Croatian legislator have opted-in for the formal procedure of recognition⁴⁴.

Art. 146 of LBP RS and Art. 174 LB RS prescribe the scope of application of the rules of International Bankruptcy which are effectively the same with the notable exception that LBP RS instead of stating when the provisions of that Chapter apply states that the insolvency proceedings with international elements are conducted when:

(1) Assistance is sought by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or

2) Assistance is sought by a foreign State in connection with a proceeding in accordance with this Law; or

⁴⁰ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 25

⁴¹ Jovanović-Zattila, M. Čolovic, V. (2007). *op. cit.*, p. 235

⁴² *Ibid.*, p. 237

⁴³ *Ibid.*, p. 247

⁴⁴ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 25

(3) A foreign proceeding and a proceeding in accordance with this Law in respect of the same debtor are taking place concurrently; or

(4) Creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under the provisions of this Law

They both go on to define what exactly a foreign insolvency proceeding is: "Foreign proceeding, within the meaning of this law, shall mean a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court or other appropriate body for the purpose of reorganization or compulsory or voluntary liquidation". We can see that the Serbian legislator meant on insolvency proceedings or other proceedings equivalent to an insolvency proceeding instituted in another state.

If we carefully analyze we may see that the certain presumptions and documentation are needed in order to recognize the foreign court decision (Art. 161 BLP RS, Art. 182 BL RS) and that was actually the case also in previous law (Art 87 LRCL), but now it is done in a more detailed way.

Filling the request for recognition of foreign insolvency proceedings and necessary documentation

In order to enable domestic court to decide about the recognition of foreign insolvency decision in foreign procedure, certain documentation is needed to be submitted, as a proof that the judicial procedure took place and started in the foreign country. To domestic – national court the request for recognition of a foreign court decision on insolvency is submitted, or in other words the decision about starting the insolvency procedure. The request is submitted with the all additional documentation, as well as with notification to the domestic court if there is any other procedure commenced-started in the foreign country considering the debtor, which should be known to the foreign representative⁴⁵. The foreign representative submits one of the following documents:

⁴⁵ Jovanović-Zattila, M. Čolović, V. (2007). *op. cit.*, p. 241

1. authenticated copy of the decision instituting insolvency proceedings abroad which contains decision about the nomination of a foreign representative;

2. the approval of the foreign court about the beginning of the procedure and about naming of the legal representative

3. some other proof about the starting of the procedure and naming of the foreign representative.

Domestic court may request that the needed documents be submitted in the national official language, or in the language of the court by which the decision would be made (Art. 161 LBP RS). LBP RS states explicitly about the recognition of the foreign procedure and from the analysis of the law it is clearly visible that it deals with the recognition of the foreign decisions, first of all the one of the opening the insolvency procedure as the most important. Of course that does not exclude the possibility of recognition of the other decisions linked with the insolvency procedure, and in the same time it means the possibility for the other measures to be taken by the domestic court in order to protect the property of the insolvent debtor or the interests of creditors⁴⁶.

According to Art 162(2) of LBP RS The domestic court may accept the documents even though they are not authenticated, if it considers them to be valid as they are authenticated.

Legislator defines that as a centre of main interests of the insolvent debtor would be defined seat or residence - if the debtor is natural person, if something opposite is not proven. This mean that foreign insolvency procedure would be recognized if it fulfills the conditions linked to the procedure itself, foreign representatives, requests which are to be submitted with the necessary documentation, as well as competency in the sense that the request for the recognition of the foreign insolvency procedure has to be submitted to the court which could obtain jurisdiction. Otherwise foreign insolvency procedure would be recognized whether as the main or secondary, in accordance with its performance which are requested under the Insolvency law⁴⁷.

For the recognition of foreign procedure about instituting of the insolvency proceedings in Croatia the Commercial court on whose

⁴⁶ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 26

⁴⁷ Jovanović-Zattila, M. Čolovic, V. (2007). *op. cit.*, p. 242

territory the operational unit or the assets of the insolvent debtor are located is in charge⁴⁸.

The additional documentation which should be submitted to the Croatian court is the following, beside the request for recognition:

1. The original or authenticated copy of the decision, or the authenticated translation into the Croatian language
2. certification of the relevant foreign body about the enforceability of the decision
3. the signatures of the creditors along with suitable evidence

Croatian court would have to state precisely while issuing the decision about the recognition of a foreign court decision also the effects which recognized decision might provoke. That is important, since sometimes, when it is useful, as an effect determines the opening of the secondary procedure on the territory of Republic Croatia.

This kind of confirmation is normally going to be published in the Official Journal RH, but it should be also submitted to the person who proposes the procedure.

It is important to notice that in each and every law the legal order is the most preventing factor for a decision to be recognized, if it does not fall under the scope of what the legal order expects, since it is not possible to recognize the decision if it is opposed to legal order neither by Croatian current law, nor Serbian current or any other previous law, which dealt with the matter of insolvency.

Keeping public order as an presumption for recognition

The obligation to respect the domestic legal order is made in order to ensure that if some action, which should be done and is linked with insolvency procedure on the domestic territory, is not in accordance with public legal order of the country in question, then the domestic court should negate to provide such an action according to Art. 152 LBP RS / Art. 179 LB RS. Respect of the legal public order is foreseen under the conditions for the recognition of foreign decisions. Legal public order is determined by the highest legal acts in each and every state. The norms of the public order present in the hierarchy the highest norms and principles that are made in one state –

⁴⁸ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 28

but unfortunately it is not always easy to determine exactly what the legal public order encompasses⁴⁹.

LBP RS explicitly states that the court is capable and able to deny performing any of the actions established by this law, if such kind of act would be in discordance with public legal order of RS. It is clear that the whole concept of constitutional and legal order is structured in that way in the both of jurisdictions analyzed.

It should be investigated whether in the right or wrong way the application of procedural or substantive law has been made and whether the effects of such a decision would be opposite with the foreign legal order. More often we have the situation that because of this reason some of the effects of the foreign decision are negated but that the decision itself is approved. The one and only problem we are inevitably facing when dealing with this is that the notion of public legal order itself is pretty much abstract and indeterminate in a clear and precise way. Also Croatian law posts as one presumption for the recognition of foreign insolvency decisions that the rules are not in conflict with the public legal order (BL RC Art. 311(3))⁵⁰.

Regarding the concept the centre of debtor's main interests, some legislations might give preference to the registered seat of the debtor and others might give preference to the factual, for instance Serbian legislator gives preference to the factual.

Faced with such reality it is possible that a insolvent debtor might have a factual seat in a country that is not familiar with this criterion and that, for instance, his registered seat in Republic of Serbia. It should be accepted that in such a case a court of Republic of Serbia would be competent for initiating the main insolvency proceeding⁵¹.

A foreign representative has a right of direct access to courts of RS, which establishes the jurisdiction of the specific court only in the matter of deciding upon the request of the foreign representative. Domestically appointed insolvency administrator in accordance with the provisions of LBP RS has the right to perform actions in a foreign country, if he is allowed to do so by the law of that country On the

⁴⁹ Art. 91, LRCL: Foreign court decision will not be recognized if it is in conflict with the foundations of civil society which are determined as such by the Constitution of SRY.

⁵⁰ Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). *op. cit.*, p. 27

⁵¹ *Ibid.*, p. 28

other hand it is evident that even if under the law of a foreign country jurisdiction to conduct an insolvency proceeding has some organ other than the court of that country, there will be no impediments for recognition of such decisions even though in Serbia only courts have the jurisdiction to institute and conduct insolvency proceedings⁵².

Concerning Croatian Law, there are three fundamental presumptions for the recognition of a foreign decision instituting insolvency proceeding:

- 1) if it has been issued by a court or other body which has, according to Croatian laws,
international authority,
- 2) if according to the law of the state where the decision has been issued, the decision may be executed,
- 3) if the recognition of this decision would not be contrary to the public order of the Republic of Croatia.

Croatian Insolvency legislation foresees a principle of indirect international jurisdiction of a foreign court if the seat of business activities of the insolvent debtor is located in the territory of that foreign state.

The mention of business activities suggest that it is in fact the factual seat of the insolvent debtor that is considered, however, Croatian law construes it as the registered seat. This is a *presumptio iuris tantum* because a different solution would devalue the legislators objective of conducting the insolvency proceedings by the court located where there is the greatest number of creditors, in other words where the debtor really conducts his business. In case a special insolvency proceeding was instituted in a country on whose territory the debtor only has his some or all of his assets, Croatian legislator has foreseen the possibility of recognition of the decisions from such proceedings even when the main or special insolvency proceeding was instituted in the Republic of Croatia against the same debtor.

The second presumption – that the foreign decision is enforceable, means that the decision actually produces legal effects in the country it was rendered. We should notice that here we cannot afford to wait for the validity of the decision, since that would leave a lot of space for abuse by the debtor which could end up harmful for his creditors⁵³.

⁵² *Ibid.*, p. 26

⁵³ *Ibidem*

Examination of presumptions for recognition of decision instituting insolvency proceedings – special formal procedure

Both Croatian and Serbian legislator have selected to use the formal procedure of recognition, which is considering the type of proceedings and seriousness of its consequences, a very good solution. Next important step is determining which court has the jurisdiction to perform recognition of foreign decisions (LBP RS – Art. 150).

Regarding the formal requirements for documentation attached to the request for recognition of a foreign decision Croatian legislator has decided to require all conditions to be fulfilled cumulatively, while Serbian legislator allows for alternative filing of any of the three possible proofs about the existence of the foreign insolvency proceedings. The proceedings might be recognized in both legislations as either main insolvency proceedings or special.

Both Croatian and Serbian legislator have given much significance to the urgency of the procedure, since stalling could seriously endanger the prospects of the creditors. Again, in accordance with UNCITRAL Model Law Serbian legislator provides the possibility of providing aid until a final decision has been reached. Such aid includes the suspension of enforcement on debtor's property that is located in Republic of Serbia. However the court might deny providing aid if it determines that providing such aid would interrupt the conduct of the main foreign proceeding.

INDEX OF LITERATURE

Balcerowicz, E. & Hashi, I. & Iowitzsch, J. & Szanyi, M. (2003). The development of insolvency procedures in transition economies: a comparative analysis, Warsaw: Center for social and economic research

Bormann, A. & Spitsa, N. (2007). Specific features of insolvency law in the East European EU member states, *Jahrbuch für Ostrecht*, 48

Dr Čolović, V. (2002), *Međunarodni stečaj u domaćem i uporednom pravu*, *Strani pravni život*, 1(1-3)

Dr Đukić-Mijatović, M. (2009). vodič kroz stečajni postupak, osvrt na stečajno zakonodavstvo bivših jugoslovenskih republika, Novi Sad: Ined-grafomedia

Fletcher, I. F. (1999). *Insolvency in private international law: national and international approaches*, Oxford: Clarendon Press

Garašić, J. (2006) Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56(2-3)

Hrastinski Jurčec, Lj. (2008). International bankruptcy in Croatian legal system, in *Legislation and Practice, Collection of reports presented at the Regional Conference on Insolvency*, Banja Luka: Jugoslovenski pregled

Jackson, T. H. & Scott, R. E. (1989). On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain, *Virginia Law Review*, 75(2)

Jovanović-Zattila, M. Čolović, V. (2007). *Stečajno pravo*, Beograd: Dosije

Knežević-Bojović, A. (2009). Stečajni postupak sa elementom inostranosti in Zbornik radova / [VI] Međunarodna konferencija Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom, Banja Luka: Pravni fakultet

Rakić -Vodinelić, V. & Šarkić, N. et al. (2006). *Simpozijum u Ohridu: prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope*, Bremen: GTZ

Šarkić, N. & Stanivuk, B. (2007). Pretpostavke priznanja stečajnih postupaka sa elementom inostranosti prema pravu Republike Srbije i pravu Republike Hrvatske - komparativni prikaz, *Izbor sudske prakse*, 15(6)

INDEX OF LEGAL SOURCES

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

EU Council Convention on Certain International Aspects of
Bankruptcy

EU Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings

Bankruptcy Law (1996) Republic of Croatia: Official Gazette of
the Republic of Croatia No. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00 and 123/03

Law on Bankruptcy (2009) Republic of Serbia: Official Gazette
of the Republic of Serbia No. 104/2009

Law on Bankruptcy Proceedings (2004) Republic of Serbia:
Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 84/04

Law on Enforced Settlement, Bankruptcy and Liquidation
(1989) Republic of Serbia: Official Gazette of SFRY no. 84/89 and
Official Gazette of the Republic of Serbia 37/93, 28/96

LL.B. Lidija Pejčinović,

**KOMPARATIVNA ANALIZA PRIZNAVANJA STRANIH
ODLUKA U POSTUPCIMA INSOLVENTNOSTI U
HRVATSKOM I SRPSKOM PRAVU**

This paper will comparatively consider and analyze presumptions for recognition of foreign decisions instituting bankruptcy/insolvency proceedings in Croatian and Serbian law, in order to see and determine the differences made in insolvency proceedings of those two states. We chose to go through those two jurisdictions since they both formed different approaches, after the disintegration process of SFRY, in their insolvency rules, when each state obtained its independence. We would also like to pay attention here to the relations of aforementioned laws and the way they were influenced by relevant legal documents considering comparative insolvency law approach, such as European Regulation on Insolvency Proceedings and UNCITRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency, and to try to determine the reasons why two neighboring countries which shared similar historical development through five decades of the 20th century, are now developing completely opposite notions of adoption of insolvency law institutes and what factors were influential in this process. We would try to point out advantages and disadvantages in application of these laws especially in the field of presumptions for recognition of foreign decisions instituting bankruptcy/insolvency proceedings in Croatian and Serbian law, since trying to deal with the bigger amount of data would be inappropriate for the concept of this work, but we will try to put all that in the European framework and actual international framework of laws and regulations made in the field of insolvency law.

Key words: *insolvency, presumptions for recognition of foreign decisions, comparative legal analysis, Croatia, Serbia, European Regulation on Insolvency Proceedings, UNCITRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency*

Dr Božidar Jeličić

Fakultet za pravne i poslovne studije
Novi Sad

Pregledni naučni rad
UDK 341.9 (4-672 EU)

NEKI ASPEKTI POLOŽAJA PRIVATNOG PRAVA EU U DOSADAŠNJEM RAZVOJU KOMUNITARNOG PRAVA

Unifikacija pravila međunarodnog privatnog prava u EU/EZ (u daljem tekstu EU) predstavlja jednu od bitnih pretpostavki za uspešno ostvarivanje postavljenih integracionih ciljeva država članica EU. Zbog toga se ovom pitanju počela posvećivati dužna pažnja od samog početka integracionog procesa. Međutim, ostvareni rezultati u ovoj oblasti otvaraju brojna pitanja, koja se kreću od dileme da li se moglo postići više, pa do toga da li se moglo ići brže i krupnijim koracima. Jedan od modela traženja odgovora, na ova i brojna druga pitanja, možda se nalazi i u pozicioniranju mesta privatnog prava EU u ukupnom razvojnom procesu prava EU. Činjenica je da je međunarodno privatno pravo EU delilo i deli sudbinu ukupnog razvoja prava EU, ali istovremeno stoji i zapažanje da postoje i određene razvojne posebnosti. Osetljivost i složenost materije, zadiranje u državni suverenitet, prosto je nametnulo državama članicama "opreznost" u pristupu ovoj materiji. Posledica toga su i dve faze u procesu regulisanja materije privatnog prava u EU - do Amsterdamskog sporazuma i nakon njega. Naravno, Amsterdamski sporazum je predstavljao prekretnicu u regulisanju ove materije stvaranjem uslova da se ona prevede na teren sekundarnog prava EU, ali nije značilo razrešenje svih spornih pitanja. To je bio samo jedan od bitnih koraka ka efikasnijem postupku regulisanja ove materije ali i dalje su ostali suštinski problemi vezani, pre svega, za pitanje spremnosti država članica da se suoče sa ograničenjem svog suvereniteta u korist EU.

Ključne reči: *Privatno pravo EU, izvori privatnog prava EU, pravni osnovi privatnog prava EU, formalni izvori privatnog prava EU, komunitarizacija privatnog prava EU.*

I POSTAVKA PROBLEMA

Postignuti rezultati o oblasti privatnog prava EU mogu se posmatati u odnosu na najmanje dve reperne tačke. S jedne strane, to je opšti tok regulisanja ove materije na nivou međunarodne zajednice u celini, a sa druge strane, ona se može smestiti u okvire posmatranja razvoja prava EU. Naravno, zavisno od postavke problema možemo doći do različitih viđenja i različitih zaključaka. Međutim, veliko je pitanje da li se, ovako postignuta saznanja, mogu /i da li je potrebno/ porediti. Ove dve zajednice se suštinski međusobno razlikuju i to ne treba posebno podvlačiti. Dovoljno je reći da "međunarodna zajednica" po definiciji, predstavlja zajednicu koja se temelji na strukturi sačinjenoj od subjekata međunarodnog prava i međunarodnom pravu, kao izraza zajedničkih vrednosti i interesa.¹ Evropska unija je deo međunarodne zajednice, ali je utemeljena na svojim autentičnim principima koji su zasnovani na ograničavanju suvereniteta i njegovom podređivanju "višim" ciljevima integracionog procesa. Imajući ovo u vidu, dolazimo do logičnog zaključka da se ove dve situacije suštinski razlikuju, pre svega u pogledu principa na kojima države grade svoj odnos prema materiji privatnog prava, te u činjenici spremnosti prihvatanja stepena unifikacije koji se postiže usaglašenom regulativom.

Ako rezimiramo dosadašnje rezultate u razvoju privatnog prava EU pred nama se otvaraju brojna pitanja. Na prvom mestu to je pitanje: da li su dosadašnji rezultati postignuti u oblasti privatnog prava EU na nivou uspešnosti razvoja prava EU? Ovo pitanje se nameće logično, jer je od početka evropskog integracionog procesa /osnivanja Evropske zajednice za uglj i čelik – EZUČ, Evropske

¹ Više o tome videti: V. Dimitrijević, R. Stojanović, *Međunarodni odnosi*, Beograd, 1996. godina str. 363 i 364. S. Avramov, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo, Savremena administracija*, Beograd, 2003. godina, str. 71.

ekonomske zajednice – EEZ, Evropske zajednice za atomsku energiju - EZAE/ prošlo više od 50 godina² i u njenom razvoju su postignuti značajni rezultati, ali je dinamika razvoja prava EU tekla uzlaznim i silaznim linijama, što je pratilo tok procesa evropskih integracija, koji je prošao kroz različite faze - od uspona do stagnacije i kriza.³

Da li se u regulisanju privatnopravne materije moglo postići više ili ne? Odgovor se mora tražiti u opštem konetkstu razvoja prava EU, ciljevima i prioritetima koje su države članice postavljale pred EU, te dilemama i otporima vezanim za veće prodore u sferu državnog suvereniteta. Neke činjenice ukazuju da ova materija nije uživala prioritetan položaj u interesovanju država članica. Pažnja država članica je dugo vremena bila usmerena na ekonomske teme. Šta više, prvobitan cilj EEZ je isključivo bio vezan za uspostavljanje zajedničkog tržišta.⁴ Materija privatnog prava dobija svoje mesto u pravnom sistemu EU tek krajem šesdesetih godina. To je vreme kada započinje regulativni proces u ovoj oblasti, donošenjem dve konvencije iz materije privatnog prava i to:

- Konvencija o uzajamnom priznavanju trgovačkih društava i korporacija, iz 1968. godine, i
- Konvencija o nadležnosti i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, iz 1968. godine.

Ovakav odnos, očigledno, nije mogao ostati bez posledica na regulisanje materije privatnog prava. Međutim, ovo ukazuje na svu relativnost pokušaja zauzimanja čvrstih stavova i zaključaka u vezi dinamike, obima i "kvaliteta" regulisanja ove materije. Ako se krene od pretpostavke ili utiska da je ovo bila dugo vreme "usputna" ili "nametnuta" tema, onda ostvareni rezultati mogu biti drugačije vrednovani, kao rezultati koji nadmašuju pažnju koja im je posvećivana.

² Evropska ekonomska zajednica je formirana Rimskim ugovorom koji je potpisan 25. marta 1957. godine, a stupio na snagu 1. januara 1958. godine. Istovremeno je potpisan i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju. Šest godina ranije, 18. aprila 1951. godine potpisan je Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik, koji je stupio na snagu 23. jula 1952. godine. Ovim ugovorima postavljeni su temelji današnje Evropske unije.

³ Vidi: B.Košutić, Uvod u evropsko pravo, Zavod za udžbenike, Beograd, 2006. godina, str. 29 i dalje.

⁴ Vidi: R. Vukadinović, Prvo Evropske unije, Kragujevac, 2006. godine, str. 184.

Da li danas možemo govoriti o privatnom pravu EU? Odgovor na ovo pitanje direktno je povezano sa prethodnim izlaganjem. Dileme i nedoumice koje se ovde otvaraju vezane su za "ne/dovoljnu sadržajnu ispunjenost" privatog prava EU, kao zasebne pravne discipline u okviru prava EU, te za neposredne prepreke sa kojima se suočava proces njegove izgradnje, a koje su posebno iskazane u njihovoj pravnoj prirodi - autonomnosti i nadnacionalnom karakteru pravnih pravila. Uz naglasak da je reč o korpusu pravnih pravila u razvoju, možemo reći da ta dilema nalazi svoje razrešenje, između ostalog, u činjenici da se materija privatnog prava EU izborila za poseban status proučavanja na pojedinim fakultetima u okviru doktorskih studija. Značajan podsticaj u tom pravcu, kao i uspešnijem pozicioniranju međunarodnog privatnog prava EU, dao je Amsterdamski sporazum iz 1997. godine, stvarajući pravne pretpostavke za uvođenje ove materije u prostor sekundarnog prava EU.

II PRAVNI OSNOV ZA REGULISANJE MATERIJE PRIVATNOG PRAVA EU

1. Moguće dileme

Danas je opšte prisutno i prihvaćeno mišljenje da je prvobitni osnov za regulisanje materije privatnog prava sadržan u Ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, zaključen u Rimu 1957. godine (tzv. Rimski ugovor). On je kasnije preuzet Matrihtskim sporazumom iz 1992. godine i "smešten" u trećem stubu Evropske Unije. Amsterdamski sporazum iz 1997. godine dovodi do suštinske promene ovog pravnog osnova, što je stvorilo mogućnost "prevođenja" materije privatnog prava na teren sekundarnog prava EU.

Moguće dileme se javljaju u vezi prvobitnog pravnog osnova. U čemu se one sastoje? Član 220. Rimskog ugovora predviđa da države članice vode međusobne pregovore kako bi obezbedile pogodnosti svojim državljanima, a koje se, između ostalog, odnose na uzajamno priznavanje trgovačkih društava i firmi i pojednostavljenje postupaka kojima se uređuje uzajamno priznanje i izvršenje presuda sudskih organa i arbitražnih odluka. Kao što se može videti, pomenuti

član samo konstatuje pravo koje inače državama uopšte, a samim tim i državama članicama EU, pripada kao subjektima međunarodnog prava. Ugovorni kapacitet, uključujući slobodu određivanja sadržaja ugovora, predstavlja jednu od osnovnih karakteristika pravnog subjekiviteta država, odnosno sastavni deo njihovog suvereniteta.⁵ Praktično, pomenutim članom Rimskog ugovora državama članicama nije se moglo dodeliti nešto, što im kao subjektima međunarodnog prava već pripada. Države članice su mogle i bez člana 220. Rimskog ugovora, da pristupe međusobnom regulisanju materije privatnog prava međunarodnim ugovorima.

Drugo, sadržaj člana 220. je orijentisan na dva neposredna pitanja koja su povezana sa materijom privatnog prava. To je uzajamno priznavanje trgovačkih društava i firmi i priznanje i izvršenje presuda sudskih organa i arbitražnih odluka. Međutim, materija privatnog prava koja je bila predmet regulisanja (međunarodnih ugovora – konvencija)⁶ između država članica, postavljena je daleko izvan okvira člana 220. Rimskog ugovora. Tako su, pored Konvencije o uzajamnom priznavanju trgovačkih društava i korporacija i Konvencije o nadležnosti i izvršavanju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koje su usvojene 1968. godine, donete i Konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obligacione odnose iz 1980. godine, Konvencija o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997. godine i Konvencija o nadležnosti, o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima iz 1998. godine. Ovo je jasna potvrda pretpostavke da se pravni osnov za donošenje međunarodnih ugovora - konvencija u materiji privatnog prava, ipak, ne temelji samo na rešenju iz člana 220. Rimskog ugovora, već da izvire iz ugovornog kapaciteta država kao subjekata međunarodnog prava.

Naravno, ova dilema ne umanjuje značaj člana 220. Rimskog ugovora. U njemu su sadržane smernice i svojevrсни sporazumni izraz namera, spramnosti i preuzetih obaveza država članica da ostvaruju tešnju saradnju po određenim pitanjima materije privatnog prava.

⁵ Vidi: S. Avramov, M. Kreća, n. delo. str. 470.

⁶ U međunarodnom saobraćaju pored tradicionalnog naziva ugovor, uobičajeni su i drugi nazivi, među kojima i naziv – konvencija.

Vidi: S. Avramov, M. Kreća, n. delo str. 464 – 466.

Amsterdamski sporazum iz 1997. godine predstavlja nesumnjivo kvalitativan pomak unapred u utvrđivanju pravnog osnova za regulisanje privtnopravne materije EU. Pravnim osnovom iz Amsterdamskog ugovora nadležnost u regulisanju ove materije preneti je na organe EU (Savet EU, odnosno Evropski parlament i Savet EU), čime je ova materija praktično preseljena na teren sekundarnog prava EU. Naravno, ovo nije značilo osporavanje prava i mogućnosti da države članice i dalje u ovoj oblasti međusobne odnose regulišu putem međunarodnih ugovora - konvencija.

2. Pravni osnov – od Rima do Lisabona

Razgovor o pravnom osnovu za regulisanje materije privatnog prava u EU može se podeliti u dve celine, koje, istovremeno, predstavljaju dve razvojne faze u ovoj oblasti prava EU. Prva faza bi obuhvatala period od Rimskih ugovora do Amsterdamskog sporazuma, a druga, period nakon usvajanja Ugovora iz Amsterdama, preciznije period nakon stupanja na snagu ovog Ugovora, 1. maja 1999. godine.

Prva faza -Usvajanje Rimskih ugovora 1957. godine zaokružilo je početak nove ere u izgradnji odnosa među državama Evrope. Utemeljena na funkcionalističkom pristupu Žana Monea,⁷ integracija je bila, pre svega, usmerena na ekonomske aspekte saradnje država članica, odnosno uspostavljanje "zajedničkog evropskog tržišta". O dominantnom značaju ovog cilja najbolje govori činjenica da je Evropska ekonomska zajednica dugo vremena u svakodnevnoj komunikaciji nazivana " Zajedničko evropsko tržište" (ZET).⁸ Dominiranje ekonomskih ciljeva (u odnosu na šire društvene i političke ciljeve), međutim, nije bilo smetnja da države članice, u samom startu, iskažu interesovanje za ostale oblasti saradnje, uključujući i materiju privatnog prava. Ovo interesovanje je izrečeno u članu 220. Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici u kome se kaže:

⁷ Vidi: B. Košutić, n.delo, str. 41.; M. Prokopijević, Evropska unija, Službeni glasnik, 2009. godina, str. 167-169.

⁸ Vidi: R. Vukadinović, n. delo, str. 179.

" Države članice vode međusobne pregovore, ako je to potrebno, da bi obezbedile sledeće pogodnosti svojim državljanima:

- zaštita ličnosti kao i uživanje i zaštita prava pod istim uslovima pod kojima ih svaka država priznaje svojim državljanima,
- ukidanje dvostrukog oporezivanja unutar Zajednice,
- uzajamno priznavanje trgovačkih društava i firmi u smislu st. 2. čl. 58, zadržavanje pravnog subjektiviteta u slučaju premeštanja sedišta iz jedne u drugu državu, kao i mogućnost udruživanja trgovačkih društava ili firmi na koje se primenjuju pravni propisi različitih država,
- pojednostavljenje postupka kojima se uređuju uzajamno priznavanje i izvršavanje presuda sudskih organa i arbitražnih odluka."⁹

Kao što se može videti, član 220. označava dve oblasti (vidi u prethodnom izlaganju) u materiji privatnog prava kojima države članice treba da posvete pažnju u međusobnim odnosima, te, istovremeno, limitira načine regulisanja ove materije na nivo međudržavnih odnosa tj. međunarodnih ugovora. Da li je reč o skromnim naznakama mogućnosti, inicijative i podsetnika ili je reč o smelijem usmeravanju država članica i određivanju – trasiranju budućih pravaca kretanja u materiji privatnog prava (kao dela ukupnih tendencija integracionog procesa)? Skloniji smo konstataciji da je reč o vizionarskom pristupu, skromnog obima, ali dalekosežnog dometa. Ovaka stav se logično nameće sam po sebi, ako se uzmu u obzir izuzento složeni problemi i prepreke sa kojima se suočio proces razvoja zajednica u svojim pokušajima da težište integracija proširi na društveno-političke prostore. Ova situacija je kulminirala početkom šesdesetih godina na pitanju traženja puteva i mogućnosti političke saradnje država članica. Osnova nesporazuma bila je smeštena u nespremnosti pojedinih država članica da žrtvuju sopstveni suverenitet zarad širenja integracija iz sfere ekonomije u političku oblast.¹⁰

⁹ Ugovor o Evropskoj uniji, od Rima do Mاستrihta, Beograd, 1995. godina, str. 156.

¹⁰ Vidi: B. Košutić, n. delo, str. 29 i 30.

Posledice ovakvog stanja će se osećati sve do 1986. godine, do usvajanja Jedinstvenog evropskog akta.¹¹

Nasuprot krizi u ostvarivanju širih društvenih i političkih oblika integracija, ekonomska sfera je beležila izvanredne rezultate. Najznačajniji među njima je impresivan uspeh u ostvarivanju zajedničkog tržišta koje je uspostavljeno godinu i po dana pre postavljenog roka, 1. jula 1968. godine.¹²

Pravni osnov iz člana 220. Rimskog ugovora nije doživeo promene Mastihtskim sporazumom iz 1992. godine. Političke promene koje su pokrenute Jedinstvenim evropskim aktom iz 1986. godine¹³ i uobličene Sporazumom iz Mastrihta, nisu donele nikakve novine u oblasti regulisanja materije privatnog prava. Član 220. je u celosti preuzet iz Rimskog ugovora i uz promenu numeracije unet kao član 293. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.¹⁴ Svojevrsnu podršku rešenju iz člana 293. dao je i Ugovor o osnivanju EU svojim članom K 3 (2)(c), sadašnji član 31. Ugovora o EU.¹⁵ Ovo govori u prilog konstatacijama da u Evropskoj uniji nisu bili sazreli uslovi koji bi doveli do promena u oblasti regulisanja materije privatnog prava u skladu sa konsenzusom, koji je, inače, postignut na širem političkom planu integracija.

Period između Rimskih ugovora i Mastihtskog sporazuma, iako nije doneo novine u formulisnju pravnog osnova za regulisanje materije privatnog prava, pokazao je da su države članice povlačile hrabrije poteze u ovoj oblasti. Nakon perioda "početnog zatišja" (kad ovo kažemo mislimo na konkretne rezultate u ovoj oblasti, a ne na inicijativne i pripremne aktivnosti država članica), 1968. godine su usvojene dve konvencije koje su neposredno sadržajno pratile okvire člana 220. Rimskog ugovora, a 1980. godine usvojena je Rimka konvencija o pravu koje se primenjuje na obligacione ugovore, koja je sadržajno nadmašivala okvire član 220. Naravno, potrebno je

¹¹ Vidi: B. Košitić, n. delo, str. 31-33.

¹² Vidi: R. Vukadinović, n. delo, str. 211.

¹³ Jedinstveni evropski akt je donet 28. februara 1986. godine, a stupio je na snagu 1987. godine.

¹⁴ Vidi: M. Janjević, Reformski ugovor iz Lisabona, Službeni glasnik, Beograd, 2008. godina, str. 275.

¹⁵ Vidi: M. Janjević, n. delo, str. 276.

pomenuti i Konvenciju o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997. godine i Konvenciju o nadležnosti, o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima iz 1998. godine, koje su usvojene ali nisu stupile na snagu, odnosno nisu ratifikovane.

Druga faza – Usvajanjem Amsterdamskog sporazuma 1997. godine, odnosno njegovim stupanjem na snagu 1999. godine, regulisanje materije privatnog prava prebačeno je na teren sekundarnog prava EU, čime je ona "izvučena" iz zagrljaja suvereniteta država članica. Rešenje iz Amsterdamskog sporazuma sadržano je u članu 65. Ugovora o Evropskoj zajednici i glasi:

"Mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice i koje se usvajaju po proceduri predviđenoj u članu 67, u meri koja je neophodna da se osigura dobro funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, obuhvataju:

- (a) poboljšanje i pojednostavljenje:
- sistema pograničnog dostavljanja i notifikovanja sudskih i vansudskih dokumenata;
 - saradnju u oblasti dobijanja dokaza;
 - priznanje i izvršenje presuda u građanskim i komercijalnim stvarima, uključujući i slučajeve vansudskih odluka;

(b) unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i na sukob nadležnosti;

(c) eliminisanje prepreka za dobro funkcionisanje građanskih postupaka, ukoliko je potrebno podsticanjem usklađenosti pravila o građanskom postupku koja važe u državama članicama."¹⁶

Mere iz ovog člana, kako je u njemu navedeno, sprovode se po proceduri utvrđenoj u članu 251,¹⁷ kako to predviđa član 67.¹⁸ Tom

¹⁶ Vidi: M. Janjević, n.delo, str. 306.

¹⁷ Vidi: M. Janjević, n.delo, str.370.

¹⁸ Vidi: M. Janjević, n.delo, str. 306 i307.

procedurom je predviđen postupak saodlučivanja Evropskog parlamenta i Saveta EU.

U tom smislu, možemo slobodno reći da se radi o pravnom osnovu koji kvalitativno menja odnos EU prema materiji privatnog prava, prenoseći nadležnost regulisanja ove materije sa država članica na organe EU. Naravno, države članice su u pojedinim oblastima, poput porodičnog prava, zadržale za sebe ekskluzivno pravo "veta" u sistemu odlučivanja,¹⁹ ali to nimalo ne umanjuje značaj i domet ovog rešenja.

Pravni osnov utemeljen Amsterdamskim ugovorom nije više samo načelna konstatacija postojeće mogućnosti, koja državama članicama inače sleduje po međunarodnom pravu, već "zakonski" osnov za postupanje i odlučivanje organa EU. Na ovaj način, materija privatnog prava u svom tretmanu (i ukupnom položaju) izjednačava se sa ostalim oblastima komunitarnog prava. Više se ne postavlja pitanje nadležnosti Evropskog suda pravde, a propisi kojim se reguliše ova materija postaju sastavni deo pravnih tekovina EU – *acquis comunitaire*. Na ovaj način materija privatnog prava "uspostavlja korak" sa ostalim oblastima komunitarnog prava, iskazujući opštu karakteristiku i tendenciju konvergentnog pravca kretanja integracionih tokova razvoja EU.

Naravno, usvajanje novog pravnog osnova ne predstavlja osporavanje prava država članica da ovu pravnu materiju međusobno regulišu putem međunarodnih ugovora. Međutim, aktuelna praksa govori da EU u potpunosti napušta ovaj mehanizam regulisanja materije privatnog prava, počevši od 1999. godine.

Drugo, Amsterdamski ugovor sadržajno proširuje broj oblasti u privatnom pravu koje mogu biti predmet sekundarne regulative. Kao što je u članu 65. rečeno to su:

1. dostavljanje i notifikovanje sudskih i vansudskih dokumenata,
2. saradnja u oblasti dobijanja dokaza,
3. priznanje i izvršenje presuda u građanskim i komercijalnim stvarima, uključujući i slučajeve vansudskih odluka,

¹⁹ Član 67. tačka 4. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

4. unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i na sukob nadležnosti.

Sadržajno proširenje je posebno iskazano u tački b) člana 65. kojim se širom otvaraju vrata procesu unifikacije privatnog prava EU, odnosno započetom poslu unifikacije kolizionog privatnog prava EU. Na ovom mestu ćemo pomenuti i Lisabonski sporazum koji je usvojen 13. decembra 2007. godine, a koji je trebalo da stupi na snagu 1. januara 2009. godine. Njegovo stupanje na snagu je odloženo zbog neuspelog referenduma u Irskoj 2008. godine. Međutim, nakon uspešno ponovljenog referenduma u Irskoj 2. oktobra 2009. godine i saglasnosti Češke države, ovaj sporazum je konačno stupio na snagu 1. decembra 2009. godine.

Pravni osnov za regulisanje materije privatnog prava u Lisabonskom Ugovoru sadržan je u naslovu IV pod nazivom "Prostor slobode, bezbednosti i pravde". Njemu je posvećeno Poglavlje 1 (član 61. stav 4.), kao i Poglavlje 3, pod nazivom "Sudska saradnja u građanskim stvarima", (član 65).

Lisabonski sporazum ne donosi novine u ovoj oblasti, već ponavlja rešenja iz Amsterdamskog ugovora, uz nijansiranu promenu sistema zaštite interesa država članica u oblasti porodičnog prava.²⁰ U tom smislu, Lisabonski sporazum više skreće pažnju na sebe kao pravni akt koji je donet kao zamena za neuspeli Ustav EU,²¹ kao dokument koji je izazvao veliku pažnju stručne i političke javnosti, te kao akt koji je izbegao suočavanje sa demokratskom proverom građana država članica EU – referendumom i ostao u domenu

²⁰Tačka 3. člana 65, predviđa sledeće:

"Odstupajući od tačke 2, mere za saradnju između država članica u oblasti porodičnog prava utvrđuje Savet, u skladu s posebnom zakonskom procedurom. One se utvrđuju jednoglasno, posle konsultovanja Evropskog parlamenta;

Savet, na predlog Komisije, može usvojiti odluku kojom se utvrđuju aspekti porodičnog prava koji u prekograničnim okvirima mogu biti predmet pravnih akata koji se donose po redovnom zakonskom postupku. Savet odlučuje jednoglasno, posle konsultovanja Evropskog parlamenta.

Predlozi iz drugog stava dostavljaju se nacionalnim parlamentima. U slučaju protivljenja nekog nacionalnog parlamenta, on, u roku od šest meseci od dana dostave, obaveštava da nije usvojio odluku. Ukoliko nema protivljenja, Savet može usvojiti navedenu odluku."

²¹ Vidi: M. Prokopijević, n.delo, str. 653-656.

"posrednih", dobro proverenih i sigurnih oblika demokratskog izjašnjavanja, zasnovanih na saglasnostima parlamenata država članica.²²

III IZVORI PRIVATNOG PRAVA EU - RAZVOJ

U izvore privatnog prava EU spadaju konvencije i regulative (uredbe) Saveta EU (Evropskog parlamenta i Saveta) koje se odnose na materiju privatnog prava, a koje su donete u skladu sa odgovarajućom važećom procedurom EU. Ova dva, suštinski različita pravna akta, najslikovitije su obeležili razvojne etape regulisanja materije privatnog prava u okvirima EU. Oni u sebi, istovremeno, sadrže dve međusobno suprotstavljene tendencije. S jedne strane, to je potreba i želja država članica da izgrade kvalitetnija rešenja u regulisanju privatnopravne materije u međusobnim odnosima, a sa druge strane, oni ukazuju na uporišne tačke otpora država članica bržim i čvršćim integracionim oblicima, kao i na njihovu spremnost da svoje interese podrede zajednički postavljenim ciljevima. Ovo praktično znači da razvoj izvora privatnog prava, nije samo lokalno-tematskog karaktera, već predstavlja istovremeno i posledicu i uzrok ukupnih razvojnih kretanja u EU.

U predhodnom izlaganju naznačili smo dve etape u razvoju pravnog osnova za regulisanje privatnopravne materije. To su periodi od Rimskih ugovora do Amsterdama i period nakon stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora. U prvom periodu, koji je trajao četrdeset godina, jedini način regulisanja materije privatnog prava između država članica su konvencije, koje predstavljaju, samim tim, i jedini formalni neposredni izvor privatnog prava EU. U drugom periodu, u skladu sa promenom pravnog osnova u Ugovoru o osnivanju EZ, izvori privatnog prava se prevode na teren sekundarnog prava. To znači, pored konvencija koje postaju prošlost, izvore privatnog prava sačinjavaju i sekundarni pravni akti odgovarajućeg sadržaja – regulative (uredbe) Saveta EU (Evropskog parlamenta i Saveta EU).

²² Ovo je pitanja koje može ostaviti "mrlju" na ovaj dokument, jer se u državama članicama EU daleko manje značajna pitanja podvrgavaju – referendumskoj proveru.

1. Konvencije kao izvori privatnog prava EU

Od donošenja Rimskih ugovora do stupanja na snagu Amsterdamskog sporazuma, 1. maja 1999. godine u EU je doneto više konvencija koje su posvećene materiji privatnog prava. Prve konvencije su donete deset godina nakon usvajanja Rimskih ugovora. Reč je o Konvenciji o uzajamnom priznavanju trgovačkih društava i korporacija iz 1968. godine i Konvenciji o nadležnosti i izvršavanju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (tzv. Briselska konvencija) iz 1968. godine. Briselska konvencija je stupila na snagu 1. februara 1973. godine, za razliku od Konvencije o uzajamnom priznavanju trgovačkih društava i korporacija koja nije imala šanse da bude oživotvorena. Konvencije su označile prve korake Zajednice u oblasti privatnog prava. Ti početni koraci su se držali okvira pravnog osnova iz Rimskog ugovora o osnivanju EEZ, član 220, što se donekle može tumačiti i kao izraz opreza država članica na "teritoriji" koja na samom početku integracionog procesa i nije imala predznak prioriteta.

Oprez je bio prisutan i u samom određenju opsega Briselseke konvencije. Naime, Komisija EEZ je na samom početku svog rada smatrala da Konvencija treba da se odnosi samo na priznanje i izvršenje sudskih odluka, kako je to inače određivao član 220. Ugovora. Tek kasnije, države članice su prihvatile predlog Odbora da se u buduću Konvenciju uključe i pravila o direktnoj nadležnosti sudova država.²³ Ovome treba dodati i činjenicu da je za donošenje pomeutih konvencija bio potreban zamašan vremenski period od deset godina, a za stupanje na snagu, odnosno okončanje ratifikacionog postupka, petnaest godina. Samo na izradi Briselske konvencije utrošeno je efektnih devet godina rada i napora organa EEZ i država članica. Predlog Briselske konvencije donet je od strane Komisije EEZ 22. oktobra 1959. godine.

Možda se realna pozicija materije privatnog prava, na samom početku integacionog procesa, može preciznije odrediti u poređenju sa procesom uspostavljanja zajedničkog evropskog tržišta. Proces

²³ Vidi: V. Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo EU, Pravo EU, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd, 1996. godina, str. 242.

stvaranja zajedničkog tržišta je trajao deset i po godina, okončan je 1. jula 1968. godine, naravno uz ogromnu regulativu koja je pratila ovaj tok aktivnosti.

Donošenje Briselske konvencije dalo je podstreka hrabrijim nastupima u EU u domenu materije privatnog prava. Već sledeće godine nakon usvajanja Briselske konvencije, oktobra 1969. godine, na sednici Komisije EU utvrđeni su ciljevi i pravci unifikacije međunarodnog privatnog prava u granicama EU, što je praktično značilo pokretanje mehanizma koji će dovesti do usvajanja Rimske konvencije. Tom prilikom izneti su predlozi koji su daleko nadmašivali okvire člana 220 Rimskog ugovora, a odnosili su se na oblast stvarnog prava, obligacionog prava, izvođenje dokaznog postupka i pitanje forme ugovora.²⁴ Ovo je prilično jasno ukazivalo na dve stvari. S jedne strane, to je činjenica da je razvoj integracionog procesa nemoguć bez ravnomernog razvoja svih oblasti prava EU. S druge strane, implicitno se nametnulo pitanje limitiranosti pravnih okvira uspostavljenih Rimskim ugovorima.

Rimska konvencija je usvojena nakon više od deset godina rada, 19. juna 1980. godina, a stupila je na snagu 1. aprila 1991. godine. Ona predstavlja samo delimičan uspeh i delimičnu realizaciju prvobitnih ciljeva. Njen predmetni obuhvat ostao je u granicama oblasti obligacionog ugovornog prava, a i proces usvajanja i ratifikacije Konvencije koji je trajao duže od 20 godina ukazuje na velike razlike između država članica u sagledavanju potrebe i prednosti regulisanja ove materije.²⁵

Trend napuštanja okvira člana 220 Rimskog ugovora o EEZ, započet Rimskom konvencijom, a iniciran u fazi njene pripreme, nastavljen je i kasnije nakon usvajanja Rimske konvencije. On se iskazuje i kroz fazu pripreme, pa i donošenja, Konvencije o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim

²⁴ Vidi: G. Knežević, Međunarodno privatno pravo EU, Pravo EU, Zbornik radova, Službeni glasnik, Beograd, 1996. godine, str. 179.

²⁵ U toku donošenja Rimske konvencije u članstvo su primljene V. Britanija, Danske i Irska 1973. godine, a u toku ratifikacije Grčka 1979. godine i Španija i Portugalija 1986. godine. Konvenciju su u Rimu potpisale Belgija, Nemačka, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg i Holandija. Konvencija je stupila nakon sedme ratifikacije koju je izvršila Irska.

stvarima, koja je usvojena 1997. godine i Konvencije o nadležnosti, o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima, usvojene 1998. godine. Međutim, pomenute konvencije nisu stupile na snagu pre ratifikacije Sporazuma iz Amsterdama, tako da je EU svoju pažnju usmerila na prevođenje ove materije na polje sekundarnog prava.

Konvencije kao izvori privatnog prava EU, možemo slobodno reći, postaju samo istorijski aspekt privatnog prava EU. Naravno, osnivački ugovori ne isključuju mogućnost za njihovo donošenje, ali je veoma mala verovatnoća da će to biti korišćeno u budućnosti. Njihov značaj za razvoj privatnog prava EU je nesumljiv i može se svesti na dva aspekta. Prvi se odnosi na to da su njima izvršeni prvi pionirski prodori u oblasti privatnog prava EU i određeni njegovi razvojni pravci, a drugi je sadržan u činjenici da su njima uspostavljeni temelji privatnog prava EU, te da su njihova rešenja ostala suštinska osnova za izgradnju sekundarnih izvora privatnog prava EU.

2. Sekundarno pravo – izvori privatnog prava EU

Kad govorimo o sekundarnim izvorima privatnog prava EU mislimo na određenu vrstu sekundarnih pravnih akata EU i utvrđenu proceduru za njihovo donošenje. Reč je o uredbama – regulativama Saveta EU²⁶ (Saveta EU i Evropskog parlamenta) i redovnoj zakonskoj proceduri predviđenoj članom 2. tačka 239) Ugovora iz Lisabona o izmenii dopuni Ugovora o EU i Ugovora o osnivanju EZ (izmenjeni član 251. Ugovora o EZ), odnosno proceduri saodlučivanja.²⁷ Kad je reč o proceduri, potrebno je pomenuti da Lisabonski sporazum predviđa i mogućnost da se pojedini aspekti ove materije podvrgnu i posebnoj zakonskoj proceduri u skladu sa članom 2. tačka 66) Lisabonskog sporazuma (izmenjeni član 65 Ugovora o EZ). Pravni osnov za njihovo donošenje sadržan je, kako smo već

²⁶ Sekundarni izvori prava EU, pored uredbe, obuhvataju uputstva, odluke i preporuke i mišljenja. Više o sekundarnim pravnim aktima pogledati: R. Vukadinović, n.delo, str. 114-119; B.Košutić, n. delo, str. 179-186.

²⁷ Pored procedure saodlučivanja iz člana 251, Ugovor o EZ predviđa i proceduru saradnje u članu 252, proceduru davanje mišljenja i davanje saglasnosti. Reč je o procedurama zasnovanim na nadležnosti Saveta EU i Evropskog parlamenta.

pomenuli u ranijem izlaganju, u Amsterdamskom sporazumu, a period primene počinje danom njegovog stupanja na snagu, maja meseca 1999. godine. Do sada je u EU usvojeno više regulativa, a trenutno važeće su:

- Regulativa Saveta (EZ) o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima od 22.12.2000. godine, odnosno Regulativa Saveta br. 44/2001 ili tzv. Brisel I Regulativa;
- Regulativa Saveta (EZ) o stečajnom postupku, od 29. maja 2000. godine, odnosno Regulativa Saveta (EZ) br. 1346/2000;
- Regulativa Saveta (EZ) o saradnji između sudova država članica u ostavljanju /uzimanju/ dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima od 28. maja 2001. godine, odnosno Regulativa Saveta (EZ) br.1206/2001;
- Regulativa Saveta (EZ) o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka o bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera od 27. novembra 2003. godine, odnosno Regulativa Saveta br. 2201/2003 ili tzv. Brisel IIa Regulativa;
- Regulativa Evropskog parlamenta i Saveta o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima, od 13. novembra 2007. godine, odnosno Regulativa Evropskog parlamenta i Saveta br.1393/2007, (umesto Regulative Saveta br.1348/2000 od 29.maja 2000. godine);
- Regulativa Evropskog parlamenta i Saveta o zakonu koji se primenjuje na vanugovorne obaveze, od 11. jula 2007. godine, odnosno Regulativa Evropskog parlamenta i Saveta br. 864/2007 ili tzv. Rim II.

Na ovom mestu treba pomenuti i Regulativu Saveta o uspostavljanju opšteg okvira aktivnosti Zajednice za unapređenje sudske saradnje u građanskim stvarima – Regulativa 743/2002. od 25. aprila 2002. godine. Regulativa je vremenski određena za period do 31. decembra 2006. godine.

Uvidom u sadržaj pomenutih regulativa može se zaključiti da je većina njih predstavljala "samo" zamenu za ranije donete (ili u postupku donošenja) konvencije u ovoj oblasti. Izuzetak predstavljaju Regulativa br. 1206/2001 i Regulativa 864/2007.

Prevođenje materije privatnog prava EU na teren sekundarnog prava EU predstavlja značajan napredak u regulisanju ove materije. O tim prednostima bilo je reči u predhodnom izlaganju. Međutim, još uvek je otvoreno pitanje vezano za nivo efikasnosti i ubrzavanje toka u regulisanju materije privatnog prava. Procedura donošenja propisa sekundarnog prava je jednostavnija od procedure usvajanja međunarodnih ugovora, ali regulisanje ove materije, u svakom slučaju, nije samo pitanje procedure. Period od deset godina možda je isuviše kratak za neke ozbiljnije zaključke. Posebnu pažnju izaziva nepoznanica u vezi sa širenjem oblasti unifikacije privatnog (kolizionog) prava EU. Da li će organi EU (Komisija EU, kao nosioc inicijative, Savet EU i Evropski parlament kao zakonodavni organi) smoći dovoljno snage da preskoče te granice ? To je pitanje na koje će, možda vrlo brzo, dati odgovor regulative - uredbe koje se nalaze u fazi pripremi.

Božidar Jeličić, PhD,

Faculty for Business and legal studies,
Novi Sad

THE UNIFICATION OF THE RULES OF THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW IN THE EU

The unification of the rules of the International Private Law in the EU/EC (EU hereinafter), represents one of the important prerequisites for the successful realisation of the EU member states' established goals of integration. That is why this matter was given due attention from the very beginning of the integration process. However, the achieved results in this field open many questions, which range from the dilemma whether more could have been accomplished, to whether it could have been accomplished more quickly and with bigger steps. One of the models for looking for the answer, to this and many other questions, might also be found in the locating of the EU Private Law in the total developmental process of the EU Law. It is a fact that EU's International Private Law, shared and shares the destiny of the total development of the EU Law, but it is equally plausible that there are also certain developmental distinctions between them. The sensitivity and the complexity of the subject, interference with state sovereignty, had simply imposed „caution“ on member states in approaching this matter. The consequence of which were also the two phases of the process of regulating the matter of EU's Private Law – until and after the Amsterdam agreement. Of course, the Amsterdam agreement, represented a turning point in its regulation by creating the conditions to transfer it to the terrain of the secondary law of the EU, but did not signify the resolution of all issues at question. It was only one of the important steps toward a more efficient regulation of this matter, while the essential problems remained, concerning, primarily, the readiness of the EU member states to confront the limitation to their sovereignty to the advantage of the EU.

Key words: *Private Law of the EU, sources of EU Private Law, the legal basis of the Private Law of the EU, formal sources of the Private Law of the EU, communitization of EU Private Law.*

mr Mihajlo Babin¹

Miloš Eric²

Fakultet za ekonomiju, finansije i administraciju
(FEFA), Beograd

Pregledni naučni rad
UDK: 339.923:061.1EC

ULOGA FISKALNIH PRAVILA³

Fiskalna pravila predstavljaju važan instrument ograničavanja zaduživanja države i akumulacije javnog duga. Istraživanjem obeležja i primera fiskalnih pravila, uz poseban osvrt na fiskalna pravila Evropske monetarne unije, je omogućeno razmatranje usvojeni fiskalnih pravila u Srbiji.

Ključne reči: fiskalna pravila, budžetski deficit, javni dug, maastrichtski kriterijumi.

1. Uvod

Oblast istraživanja u ovom radu su obeležja fiskalnih pravila, osnovni oblici fiskalnih pravila i konkretna fiskalna pravila u pojedinim zemljama. Uloga fiskalnih pravila u vođenju fiskalne politike može se definisati sintagmom “rules of thumb” – putokazi jer se fiskalnim pravilima daju smernice za vođenje fiskalne politike. Sprovođenje konkretnih mera fiskalne politike u kratkom roku, i pored postojanja fiskalnih pravila, se bazira na diskrecionoj proceni nosilaca fiskalne politike. Dejstvo fiskalnih pravila je usmereno ka ispunjenju određenog cilja i upravo postojanje fiskalnih pravila omogućava

¹ Univerzitet Singidunum, Fakultet za ekonomiju, finansije i administraciju (FEFA), Beograd

² Univerzitet Singidunum, Fakultet za ekonomiju, finansije i administraciju (FEFA), Beograd

³ Objavljivanje ovog rada je realizovano u okviru projekta “Unapređenje konkurentnosti Srbije u procesu pristupanja Evropskoj uniji” Ministarstvo nauke Republike Srbije, br. 47028, za period 2011-2014. godine.

analizu i ocenu pojedinih mera diskrecione fiskalne politike kroz prizmu ispunjenja definisanog cilja.

2. Obeležja fiskalnih pravila

Iako je istraživanje u pojedinim radovima zasnovano na odvojenom razmatranju vođenja fiskalne politike na osnovu diskrecionih mera (Taylor, 2000) i fiskalnih pravila (Kopits, 2001) ili pak u svetlu teorijski suprotstavljenih koncepata (Taylor, 1993), suštinsko obeležje odnosa diskrecionih mera i fiskalnih pravila predstavlja njihova komplementarnost, a ne supstitutivnost.

Fiskalna pravila se propisuju parlamentarnom odlukom na bazi diskrecione procene iz čega proističe da se ranije ustanovljena pravila mogu promeniti istovetnom procedurom. Nedvosmisleno se može zaključiti da fiskalna pravila predstavljaju statički oblik diskrecione procene nosilaca ekonomse politike iz prošlosti.

Principi fiskalnih pravila definišu pravni okvir za propisivanje fiskalnih pravila. Uopštenost principa obezbeđuje kredibilitet i fleksibilnost za propisivanje fiskalnih pravila. Kredibilitet fiskalnih pravila se obezbeđuje dugoročnim karakterom postavljenih principa fiskalnih pravila, dok je istovremeno obezbeđena i fleksibilnost u konkretizaciji fiskalnih pravila prema specifičnostima privrede i prilagođavanje pravila promenjenim okolnostima.

Moguće je definisati deset principa za propisivanje fiskalnih pravila u državama članicama Evropske monetarne unije (Buiter, 2003, str 84.). Iako je nesumnjivo postojanje specifičnosti u vođenju fiskalne politike u uslovima članstva države u monetarnoj uniji, sa druge strane navedena obeležja imaju univerzalan karakter i mogu biti smernice za propisavanje fiskalnih pravila bez obzira na monetarni režim.

Principi fiskalnih pravila su:

1. jednostavnost
2. obezbeđivanje solventnosti države
3. obuhvatanje konsolidovanog državnog sektora i centralne banke
4. neutralnost prema veličini javnog sektora
5. sprečavanje procikličnog delovanja fiskalnih instrumenata
6. primenjivost u dugom roku
7. prilagođenost polaznom stanju i strukturi privrede
8. prilagođenost nivou države članice i za celu evro zonu
9. kredibilnost
10. celovitost i konzistentnost u sprovođenju.

Studija Međunarodnog monetarnog fonda (u daljem tekstu:MMF) (Kopits, Symansky, 1998, str. 18-20) daje detaljan opis optimalnih principa na osnovu kojih treba propisivati fiskalna pravila prema iskustvima zemalja koje su uvele fiskalna pravila. Iako se principi propisivanja fiskalnih pravila suštinski ne razlikuju od citiranih, posebno značajan je dat principu adekvatnosti fiskalnog pravila koji se odnosi na usmerenost fiskalnog pravila prema određenom cilju.

Naime, ukoliko je cilj propisivanja fiskalnog pravila smanjenje inflacije, onda je potrebno predvideti zabranu zaduživanja države kod centralne banke ili kao u slučaju pravila u Indoneziji zabraniti zaduživanje države na domaćem finansijskom tržištu. Ukoliko je makroekonomska stabilnost ugrožena zbog spoljne neravnoteže izazvane visokim nivoom javnog duga, sledi da je neophodno ograničiti nivo budžetskog deficita. Razlog propisivanja fiskalnih pravila je nastao posle II svetskog rata u cilju uspostavljanja i održavanja makroekonomske stabilnosti. Naime, tokom rata je javna potrošnja značajno povećana radi finansiranja vojne industrije, a nakon rata ključni izvor povećanja javne potrošnje su predstavljali rashodi za obnovu zemlje. Posle izvesnog perioda, fiskalna pravila su ili formalno ukinuta (Holandija 1950-ih) ili se fiskalna pravila više

nisu primenjivala (u Japanu je njihova primena obustavljena 1975. godina, a kasnije se isto dogodilo i u Nemačkoj).

Moguće je predvideti klasifikaciju fiskalnih pravila u sledeće grupe (Kopits, Symansky, 1998, str. 2):

1. U prvoj grupi se nalaze pravila o uravnoteženom budžetu i pravila kojima se propisuje ograničavanje budžetskog deficita. Postoje tri osnovna oblika fiskalnih pravila o budžetskom bilansu:

a. propisuje se uravnoteženost između konsolidovanih javnih prihoda i javnih rashoda (odnosno zabrana akumulacije zaduživanja države) ili ograničava procentualni odnos budžetskog deficita i bruto domaćeg proizvoda (u daljem tekstu: BDP-a)

b. propisuje se uravnoteženost između strukturnih javnih prihoda i javnih rashoda (prilagođenih za kretanje poslovnog ciklusa) ili se ograničava procentualni odnos strukturnog budžetskog deficita i BDP-a

c. propisuje se uravnoteženost između tekućih javnih prihoda i javnih rashoda (odnosno dozvoljeno je zaduživanje države samo za realizaciju kapitalnih rashoda - investicija).

2. U drugoj grupi se nalaze pravila kojima se ograničava nivo zaduženosti države. Mogući oblici u okviru ove grupe fiskalnih pravila su:

a. propisivanje zabrane finansiranja budžetskog deficita iz domaćih finansijskih izvora

b. propisivanje zabrane zaduživanja države kod centralne banke ili ograničavanje zaduživanja države u određenom procentualnom iznosu javnih prihoda ili javnih rashoda u prethodnim godinama.

3. U trećoj grupi se nalaze fiskalna pravila o nivou javnog duga i određenom nivou rezervi. U okviru ove grupe postoje dva oblika fiskalnih pravila:

a. propisuje se ograničenje nivoa bruto (ili neto) javnog duga u određenom procentualnom iznosu BDP-a

b. propisuje se ciljana vrednost nivoa rezervi vanbudžetskih fondova (kao što su fondovi socijalnog osiguranja) u određenom procentualnom iznosu prema godišnjim obavezama fondova.

3. Mاستrihtski kriterijumi

Poseban značaj za istraživanje okvira u kome je potrebno predvideti fiskalna pravila u Srbiji imaju fiskalna pravila koja definišu uslove konvergencije zemalja članica Evropske unije za pristupanje Evropskoj monetarnoj uniji (u daljem tekstu: EMU). Navedena pravila su propisana u okviru “The Protocol on the Excessive Deficit Procedure (EDP)⁴”, koji predstavlja poseban deo Ugovora o Evropskoj uniji (1992) - Ugovora iz Mاستrihta (u daljem tekstu: mastrihtski kriterijumi). Mastrihtski kriterijumi su definisani u formi “zlatnih brojeva” jer propisani maksimalni nivoi godišnjeg budžetskog deficita i ukupnog nivoa javnog duga predstavljaju kvantifikaciju pretpostavke o odgovornoj fiskalnoj politici. Formalno najvažniji oblik kontrole je propisivanje limita budžetskog deficita na nivou od 3% BDP-a godišnje, dok nivo javnog duga ne bi trebalo da prelazi 60% BDP-a.⁵ Mastrihtski kriterijumi nisu proizvoljno određeni, jer se godišnja stopa privrednog rasta u razvijenim zemljama Zapada kreće na godišnjem nivou od 3%, a dugoročni zajmovi i krediti države sežu i do 20 godina (Jurković, 2002, str. 128).

Ipak, ideja o ograničenju budžetskog deficita na godišnjem nivou od 3% BDP-a potiče iz Nemačke, u kojoj važi “zlatno pravilo” o opravdanosti deficitarnog finansiranja jedino u slučaju javnih investicija.⁶ Koncept “zlatnog pravila” je zasnovan na pretpostavci da je zaduživanje radi izvođenja javnih investicija opravdano, jer će javne investicije u budućnosti stvoriti dodatnu vrednost čiji će

⁴ Protokol o proceduri u slučaju prekomernog nivoa deficita

⁵ Ili da se smanjuje zadovoljavajućom brzinom

⁶ Nivo budžetskog deficita od 3% BDP-a je određen na osnovu diskrecione procene da je vrednost javnih investicija u toku jedne godine 3% BDP-a

oporezovani deo biti upotrebljen radi servisiranja akumuliranog javnog duga.

Na sličan način je i određena maksimalna visina javnog duga na nivou od 60% BDP-a. Naime, u periodu usvajanja mastrihtskih kriterijuma prosečan nivo javnog duga je u zemljama članicama Evropske unije iznosio 60% BDP-a, pa je održavanje javnog duga na tom nivou propisano kao dugoročni cilj i konvergencioni kriterijum (za države sa višim nivoom javnog duga). Međutim, u praksi ovaj kriterijum nije bio poštovan. Negativan efekat nepridržavanja ovog kriterijuma je posebno očigledan u slučaju Grčke koja se, posebno usled dejstva svetske ekonomske krize, nalazi u veoma teškoj ekonomskoj situaciji.

Navedeni kriterijumi su dopunjeni smernicom da srednjoročni budžetski bilans⁷ treba da bude uravnotežen ili u blagom suficitu. Važnost ove odredbe se ogleda u činjenici da je potrebno odrediti nivo deficita kojim se obezbeđuje da budžetski bilans ni tokom trajanja recesije ne bude viši od propisanog maksimalnog deficita od 3% BDP-a. Stoga je radi ispunjenja pravila potrebno utvrditi nivo budžetskog bilansa koji je prilagođen cikličnim promenama. Nivo budžetskog deficita prilagođen cikličnim promenama je bio predmet analiza i izračunavanja i njegova vrednost je procenjena na nivou od 1,6% BDP-a u Francuskoj i Italiji, 1,4% BDP-a u Španiji i 1,1% BDP-a u Nemačkoj (European Commission, 2000).

Predviđen je takodje i proces nadgledanja vođenja fiskalne politike. Po pravilu svake godine do 1. decembra, zemlje članice EU su obavezne da dostave Evropskoj komisiji i EKOFIN Savetu odgovarajuće programe. Zemlje članice EMU su obavezne da dostave programe stabilizacije, dok su ostale članice EU obavezne da pripreme programe konvergencije radi ispunjavanja mastrihtskih kriterijumima. Osnovni cilj propisivanja obaveze za pripremu navedenih programa je

⁷ Ciklično prilagođen budžetski bilans u srednjem roku

obezbeđivanje kontrole vođenja fiskalne politike i koordinacije vođenja fiskalne politike u zemljama članicama EU i EMU.

Programi stabilizacije i konvergencije moraju da sadrže sledeće podatke:

1. srednjoročne ciljeve koji određuju vođenje fiskalne politike kojim se obezbeđuje da budžetski deficit na godišnjem nivou neće biti veći od 3% BDP-a, održivost vođenja fiskalne politike u dugom roku, mere prilagođavanja fiskalne politike ka dostizanju srednjoročnog cilja (projekcije ciljnih vrednosti na godišnjem nivou do momenta ispunjenja cilja) i projekciju kretanja nivoa javnog duga
2. projekcije kretanja makroekonomskih varijabli (privredni rast, nezaposlenost, inflacija)
3. definisanje i opis sprovođenja mera kojima će se ispuniti postavljeni ciljevi
4. analizu uticaja potencijalnih promena kretanja varijabli iz tačke 2. na nivo budžetskog bilansa i javnog duga
5. zemlje koje nisu članice EMU treba da definišu srednjoročne ciljeve vođenja monetarne politike i uticaj mera monetarne politike na nivo cena i stabilnost deviznog kursa
6. u okviru programa je potrebno predvideti podatke vezane za prethodnu, tekuću i projekcije za najmanje tri naredne godine.

Proces razmatranja i procene realnosti programa stabilizacije i konvergencije sprovodi EKOFIN Savet na osnovu smernica Evropske komisije i Komiteta za ekonomiju i finansije. Na osnovu preporuke Evropske komisije, EKOFIN Savet može da objavi “rano upozorenje (eng. early warning)” zemlji članici EU. Takva odluka se donosi u slučaju da se utvrdi značajnije odstupanje vođenja fiskalne politike od srednjoročnog cilja ili se predlažu mere prilagođavanja usmerene ka srednjoročnom cilju.

Evropska komisija donosi akte u kojima su sadržani “saveti za vođenje fiskalne politike (eng. policy advice)”. Cilj donošenja datih akata je direktno obraćanje zemlji članici čija fiskalna politika odstupa

od postavljenih pravila. U njima se definišu veze između fiskalne konsolidacije i strukturnih reformi, uključujući i kvalitet i održivost vođenja fiskalne politike u dugom roku, kao i način upotrebe mera fiskalne politike u otklanjanju makroekonomskih neravnoteža.

Evropska komisija je u sledećim slučajevima preporučila EKOFIN Savetu da donese odluku o ranom upozorenju: tokom 2002. Portugalu, Nemačkoj i Francuskoj, a 2004. Italiji. Evropska komisija je 21.01.2003. uputila Francuskoj rano upozorenje u cilju sprečavanja nastajanja prekomernog nivoa budžetskog deficita. Konačno, 12. juna 2008. Rumuniji je upućena preporuka u kojoj su sadržani saveti za vođenje fiskalne i ekonomske politike.⁸

U slučaju da određena zemlja članica EU prekorači propisani godišnji nivo budžetskog deficita od 3%, EKOFIN Savet razmatra da li je prekoračenje nivoa deficita kratkoročno i predstavlja izuzetak, pri čemu postoji uslov da nivo deficita ne odstupa značajno od ciljnog nivoa. U slučaju da nivo deficita ne odstupa značajnije od ciljanog nivoa, postoji blaži oblik fiskalne neravnoteže za koji nisu propisane sankcije. Međutim, ukoliko se proceni da budžetski deficit nema navedena obeležja, započinje procedura EDP-a u kojoj su definisani rokovi u kojima zemlja članica mora da sprovede efektivne mere kojima će korigovati vođenje fiskalne politike i smanjiti nivo deficita. Neuspeh u sprovođenju propisanih mera može prouzrokovati započinjanje sledeće faze od strane EKOFIN Saveta u kojoj zemlji članici mogu biti uvedene finansijske sankcije.

Ekonomska kriza je uticala na povećanje nivoa budžetskog deficita u većini evropskih zemalja i potrebi sprovođenja korektivnih mera u srednjem roku (trenutno zemlje članice imaju različite rokove za sprovođenje korektivnih mera: npr. do 2011: Bugarska, Finska i Malta, dok je u slučaju pojedinih zemalja članica taj rok značajno duži do 2014.

U slučaju Irske i Grčke ili finansijske 2014/15 godine u slučaju Velike Britanije)

⁸ Rumunija nije član EMU pa su u preporuci sadržane i saveti za vođenje monetarne politike

(http://ec.europa.eu/economy_finance/sgp/deficit/countries/index_en.htm). Trenutno od 27 zemalja članica EU, procedura EDP-a nije propisana samo za dve zemlje: Švedsku i Estoniju.

4. Primeri fiskalnih pravila

Definisanje fiskalnih pravila na nacionalnom nivou može imati dvojaki karakter:

1. u slučaju zemalja koje konvergiraju ka EMU, fiskalna pravila na nacionalnom nivou pružaju dodatne smernice radi ispunjenja maastrichtskih kriterijuma

2. pojedine zemlje su razvile specifična fiskalna pravila kao rezultat unutrašnjeg konsenzusa o značaju održivosti javnih finansija.

Evropske zemlje u tranziciji su se već u prvim godinama tranzicije suočile sa maastrichtskim kriterijumima pa su i vođenje fiskalne politike prilagođevale konvergenciji ka EMU. Stoga je razumljivo što neka specifična fiskalna pravila nisu propisana u zemljama u tranziciji, osim na primer zabrane zaduživanja države kod centralne banke u Mađarskoj ili modifikacije datog pravila u Slovačkoj o ograničenju nivoa zaduživanja države kod centralne banke.⁹ U Estoniji je propisivanje fiskalnih pravila i vođenje restriktivne fiskalne politike doprinelo uspehu usvojenog monetarnog režima (valutni odbor) i pozitivno uticalo na makroekonomsku stabilnost. Postignuta su dva važna efekta: povećana je stopa privrednog rasta uz snižavanje stope inflacije.

Iako nije postala deo EMU, Velika Britanija je propisala strožija fiskalna pravila u odnosu na maastrichtske kriterijume:

- „zlatno“ pravilo budžetskog bilansa deficitarno finansiranje budžeta je dopušteno jedino za investicije (maastrichtski kriterijumi ne razdvajaju deficitarno finansiranje budžeta za tekuće i kapitalne javne rashode)
- neto javni dug će biti održavan na stabilnom nivou tokom poslovnog ciklusa, u okviru trenutnog nivoa od 40% bruto domaćeg proizvoda.

⁹ U određenom procentu prošlogodišnjih javnih prihoda

Dakle, kako je Velika Britanija imala niži nivo javnog duga od mastrihtskog kriterijuma, logičan sled je propisivanje održavanja nivoa javnog duga na tadašnjem nivou od 40% BDP-a.

Na Novom Zelandu¹⁰ je ispunjenje cilja vođenja odgovorne i održive fiskalne politike postavljeno u fleksibilnije okvire. Naime, osnovno opredeljenje je promenljivost fiskalnih pravila jer se vođenje fiskalne politike utvrđuje na početku mandata novog parlamentarnog saziva. Svakako da je pozitivna strana ovog koncepta demokratičnost i otvorenost za vremensko prilagođavanje, ali se sa druge strane otvara prostor za česte izmene fiskalnih pravila nakon izbornih ciklusa. U uslovima političke nestabilnosti, koja je već dugo imanentna za Srbiju, ovakvo rešenje bi samo stvorilo institucionalnu osnovu i posledično opravdanje za usvajanje novih fiskalnih pravila. Suštinski, često usvajanje novih pravila bi samo predstavljalo drugačiju formu promenjenih diskrecionih procena i ciljeva novoizabrane Vlade.

5. Uvođenje fiskalnih pravila u Srbiji

Proces uvođenja fiskalnih pravila u Srbiji je započet u okviru aranžmana sa Međunarodnim monetarnim fondom radi uspostavljanja fiskalne odgovornosti u narednom periodu. Nivo javnog duga je u periodu 2001-2008 kontinualno smanjivan sa nivoa 169,3% BDP-a u 2001. godini na nivo od 25,6% BDP-a na kraju 2008. godine. U 2009. su na povećanje učešća javnog duga u BDP-u negativno uticala dva faktora: smanjenje BDP-a i povećanje javnog duga. Do kraja 2009. učešće javnog duga u BDP-u je povećano na nivo od 31,3% BDP-a (www.mfin.gov.rs). Samim tim, održavanje javnog duga u narednom periodu će svakako predstavljati važan izazov u vođenju fiskalne politike, a uvođenje fiskalnih pravila stvara uslove za unapređenje upravljanja javnim dugom.

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu su definisana opšta i posebna fiskalna pravila.

Uvedena su dva opšta fiskalna pravila (član 27e Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu):

¹⁰ U literaturi se Novi Zeland veoma često kao primer zemlje sa razvijenim fiskalnim pravilima

1. Ciljni godišnji fiskalni deficit iznosiće u srednjem roku 1% BDP-a srednjem roku i
2. Dug opšteg nivoa države, ne uključujući obaveze po osnovu restitucije, neće biti veći od 45% BDP-a.

Prvo fiskalno pravilo suštinski uvodi ograničenje povećanja tekućih javnih rashoda jer se posebnim fiskalnim pravilima kao ciljevi fiskalne politike navode: promena strukture javne potrošnje u pravcu smanjenja tekućih rashoda i povećanja javnih investicija. Posebnim pravilima o načinu povećanja plata u javnom sektoru i penzija do 2015. godine je upravo omogućeno sprovođenje navedenih ciljeva. Važno je istaći da će se posebna fiskalna pravila primenjivati i nakon 2015. godine sve dok se učešće penzija u BDP-u ne smanji na nivo od 10% BDP-a, a plata u javnom sektoru na nivo od 8% BDP-a.

Posebnim fiskalnim pravilom se reguliše da se prilikom izračunavanja deficita konsolidovane opšte države za 2011. godinu, rashodi i izdaci ne uključuju deo javnih investicija koji je veći od 4% BDP-a, a u periodu 2012-2015 deo javnih investicija koji je veći od 5% BDP-a. Sa druge strane, mogućnost povećanja deficita za finansiranje javnih investicija je ipak ograničena jer je propisano da deo javnih investicija iznad navedenih najviših nivoa ne sme da bude veći od 2% BDP-a. Imajući u vidu da je opštim pravilom propisano da je ciljni godišnji deficit u srednjem roku na nivou od 1% BDP-a i da je deficit radi finansiranja javnih investicija moguće povećati za još najviše 2% BDP-a, može se zaključiti da je zakonodavac upravo imao u vidu mastrihtske kriterijume jer je kroz ova dva pravila propisano da ukupni deficit ne sme da bude veći od 3% BDP-a.

Opisana pravila o deficitu konsolidovane opšte države će svakako doprineti sprečavanju povećanja javnog duga iznad propisanog nivoa u drugom opštem fiskalnom pravilu na nivou od 45% BDP-a. Rešenje prema kome je u slučaju da dug opšteg nivoa države bude veći od 45% BDP-a, bez duga po osnovu restitucije, Vlada obavezna da Narodnoj skupštini, zajedno sa budžetom za narednu godinu, podnese i program za smanjenje duga predstavlja važnu odrednicu kojom se dodatno obezbeđuje stabilizacija javnih finansija.

Zakonom je definisano i obrazovanje novog nezavisnog, savetodavnog tela Fiskalnog saveta. Fiskalni savet ima 3 člana koja na period od 6 godina bira Narodna skupština na predlog (član 92b Zakon o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu):

- a) predsednika Republike koji predlaže predsednika Fiskalnog saveta
- b) ministra finansija koji predlaže jednog člana
- c) guvernera Narodne banke predlaže jednog člana

Narodna skupština bira članove Fiskalnog saveta čija je osnovna uloga da daje nezavisnu i kredibilnu ocenu mera ekonomske politike koje predlaže Vlada u cilju ostvarivanja kvantitativnih fiskalnih ciljeva. Tome doprinosi i činjenica da je mandat članova Saveta za dve godine duži od izbornog ciklusa, umanjujući njihovu zavisnost od političkih prilika. Takođe, Fiskalni savet procenjuje postojanje osnova za aktiviranje odredbi o izuzetnim okolnostima (predviđeno je da Vlada samo izuzetno i privremeno može da odstupa od fiskalnih pravila u slučajevima prirodnih katastrofa i eksternih šokova koji ugrožavaju zdravlje ljudi, nacionalne bezbednosti i pada privredne aktivnosti) i verovatnoću da će Vladin plan prilagođavanja omogućiti povratak na poštovanje fiskalnih pravila. Dakle, navedenim rešenjima Fiskalni savet dobija nadzornu ulogu nad predlozima Vlade. Može se smatrati da upravo opisane nadležnosti omogućavaju veću kontrolu nad vođenjem fiskalne politike i usaglašavanje mera izvršne vlasti sa stavovima nezavisnih stručnjaka. Međutim, značaj i uticaj Fiskalnog saveta na vođenje odgovorne fiskalne politike će svakako zavisiti od kredibiliteta koji tokom rada Fiskalnog saveta bude bio stvaran.

6. Zaključak

Zajedničko obeležje svih fiskalnih pravila je obezbeđivanje održivosti vođenja fiskalne politike i sprečavanje akumulacije javnog duga. Pridržavanjem pravila o nivou budžetskog deficita se omogućava i ispunjenje pravila o maksimalnom nivou javnog duga. Za privredu u tranziciji, poput Srbije, je veoma važno propisivanje i sprovođenje fiskalnih pravila kako bi se predupredili negativni efekti na razvoj privrede u narednom periodu.

7. Literatura

1. Botman D., Edison H., N' Diaye P., (2007), Strategies for Fiscal Consolidation in Japan, IMF Working Paper 07/37.
2. Botman D., Honjo K., (2006), Options for Fiscal Consolidation in the United Kingdom, IMF Working Paper 06/89.
3. Buiter W. (2003) , Ten commandments for a fiscal rule in the E(m)U, Oxford Review of economic policy, Vol. 19, No.1
4. Claeys P., (2006), Policy mix and debt sustainability: evidence from fiscal policy rules, *Empirica*, 33, str. 89-112.
5. European Commission, (2000), "Public finances in EMU-2000", Directorate General for Economic Affairs.
6. Jurković P. (2002), Javne financije, Masmedia, Zagreb
7. Kopits G. (2001), Fiscal Rules: Useful Policy Framework or unnecessary ornament, IMF Working Paper 01/145.
8. Kopits G. (2004), Rules- based fiscal policy in emerging markets, IMF, Palgrave Macmillan.
9. Kopits G., Symansky S. (1998), Fiscal policy rules, IMF Occasional Paper 162.
10. Musgrave R., (1997), Reconsidering the fiscal role of government, *The American Economic Review*, Vol. 87, No. 2.
11. Tanzi V. (2005), The economic role of the state in the 21st century, *Cato journal*, 25, 3.
12. Taylor, J.B. (1993), Discretion versus policy rules in practice, *Carnegie- Rochester Conference Series on Public Policy* 39, str. 195-214.
13. Taylor, J.B. (2000), Reassessing discretionary fiscal policy, *The Journal of Economic Perspectives*, 14; 3; str. 21-36.
14. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, "Službeni glasnik RS, br. 73/10".
15. <http://ec.europa.eu>
16. www.mfin.sr.gov.rs

mr Mihajlo Babin
Miloš Erić

THE ROLE OF FISCAL RULES

Fiscal rules are an important instrument of restricting public debt accumulation and expanding. Research of characteristics and examples of fiscal rules, with special review of European monetary union rules, has created pre-conditions for analysis of adopted fiscal rules in Serbia.

Key words: *fiscal rules, budget deficit, public debt, Maastricht criteria.*

Doc. dr Milan Počuča

Pravni fakultet Univerziteta Privredna Akademija Novi Sad

Pregledni naučni rad

UDK 347.627.2:340.5

RAZVOD BRAKA U UPOREDNOM PRAVU

U radu su prikazana rešenja instituta razvoda braka u nekoliko evropskih država. Može se konstatovati, da je u većini država devedesetih godina prošlog veka izvršena reforma porodičnog zakonodavstva. Pravci u kojima su izvršene reforme liberalizovale su uslove i postupak razvoda braka. Krivica, kao uslov za razvod braka, i dalje je prisutan u određenom broju evropskih zemalja, ali u tim zemljama prisutan je mešoviti sistem razvoda braka. Pored krivice, brak se, može razvesti i zbog neslaganja naravi, poremećenih bračnih odnosa. Većina evropski država razlikuje dva načina na koji se brak može razvesti, a to je po zahtevu – tužbi jednog bračnog partnera ili na osnovu sporazuma bračnih partnera. Pored brzog načina za prestanak braka, sporazumni razvod braka je rasprostranjen i iz razloga njegove ekonomičnosti. Sporazumni razvod braka je jeftiniji od skupih sudskih postupaka. Razvod braka možemo razlikovati i prema organu pred kojim se sprovodi. Odnosno pored sudskog razvoda braka, prisutan je i administrativni razvod braka. Tako Rusija i Danska poznaju administrativnu registraciju razvoda braka, a koja podrazumeva sporazum bračnih partnera. Embrione administrativnog razvoda braka nalazimo i u engleskom pravu.

Ključne reči: razvod, brak, krivica, sporazum.

I – Uvod

Jedna od najpoznatijih definicija braka nastala još u Starom Rimu od pravnika i filozofa Herenijusa Modestina, glasi: „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio“ odnosno prema prevodu dr. Obrada Stanojević: „Brak je odnos muža i žene, zajednica svih oblika života, ustanova božanskog i ljudskog prava.“¹

Na ovoj definiciji braka, nastaloj u rimskom pravu, kolevci savremenog civilnog prava, kasnije su se razvile, u savremenim pravu, definicije braka. Tako možemo naći definicije braka, u engleskoj porodičnopravnoj literaturi: „Brak je dobrovoljna zajednica jednog muškarca i jedne žene, koja isključuje sve druge“.² Takođe srećemo i stav, da je brak „dozvola za stvaranje dece, kao način kreacije legitimnih naslednika“.³

Francusko pravo, što se pripisuje Buržoaskoj revoluciji iz 1804. godine, brak shvata kao ugovor kojim muškarac i žena ostvaruju međusobnu zajednicu koju zakon sankcioniše i koju mogu raskinuti svojom voljom.⁴ Takođe, pod tim pojom se podrazumevaju svi odnosi koji nastaju između jednog muškarca i jedne žene prihvatanjem zakonskih pravila od bračnih drugova – sa pravima i obavezama koje im pripadaju.⁵

Rimokatolička crkva u svom Corpus juris canonici, brak određuje kao: savez kojim muž i žena uspostavljaju zajednicu života koja je usmerena prema dobru supružnika i prema rađanju i vaspitavanju dece i određuje jedinstvo bračnog ugovora i sakramenta.⁶

¹ Herenijus Modestinus, Herennius Modestinus, D.23,2,1, iz Rimsko pravo, dr. Obrad Stanojević, Dosije, Beograd, 1997., str. 146; +89

² Cases Hyde v. Hyde and Woodhouse, B. Jonathan Herring, Famalz Law, Exter College Oxford University, Second edition, 2004., str. 34

³ B. Hoggett, D. Pearl, E. Cooke, P. Bates, Family Law and Societu, London, Butterworths, 2003.;

⁴ Marcel Ferdinand Planiol iz Obiteljsko pravo, M. Alinčić, D. Hrbar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać-Graovac, treće dopunjeno i izmenjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007.;

⁵ Francis Lemeunier, Droit civil, Editions J. Delmas et Cie, Paris, Le Mariage, D1;

⁶ Can. 1055 §1. The matrimonial covenant, by which a man and a woman establish between themselves a partnership of the whole of life and which is ordered by its nature to the good of the spouses and the procreation and education of offspring, has been raised by Christ the Lord to the dignity of a sacrament between the baptized. §2. For this reason, a valid matrimonial contract cannot exist between the baptized without it being by that fact a sacrament. Corpus juris canonici, Kodeks kanonskog prava Rimokatoličke crkve, proglašen 1917, a stupio je na snagu u 1918., <http://www.vatican.va/archive/ITA0276/-INDEX.HTM>;

Srpska pravoslavna crkva u Bračnim pravilima, paragrafom 1, određuje, da je brak sveta tajna kojom se dva lica raznoga pola, na način propisan Crkvom, vezuju doživotnom duhovnom i telesnom vezom, radi potpune životne zajednice i rađanja i vaspitanja dece.⁷

Serijetsko pravo, brak definiše kao čvrstu vezu zdrave ljudske prirode koja ima za cilj potomstvo, krepcost i udaljenje od razvrata i sklad muške snage i ženske slabosti. Brak ostvarije društveni interesa, očuvanje ljudskog roda, spas od moralne anarhije, spas od raznih bolesti i duševni mir i zadovoljstvo.

Institucija braka nije samo pojam u pravnoj nauci, obzirom da je, iz navedenih definicija, njegova prevashodna funkcija ostvarivanje potomstva, stvaranje naslednika porodičnih materijalnih i moralnih vrednosti, a šire posmatrano i produžetak ljudske rase. Zbog toga je brak većita filozofska zagoneta, i stalna sociološka i psihološka razmatranja.

Prema Kantu, brak je zajednica dve osobe različitog pola radi posedovanje seksualnih atributa partnera.⁸

Među sociolozima nalazimo definiciju braka, kao prirodnu (polnu) i društvenu vezu osoba suprotnog pola, istorijski promenljivu u pogledu oblika (heterizam, promiskuitet, grupni brak, poligamiski i monogamijski brak), u pogledu forme (neformalni, faktički, crkveni, građanski ..) i u pogledu funkcije (emotivne, poslen, psihičke, socijalne, duhovne, ekonomske ..).⁹

Brak je, prema iznetom, društveno korisna institucija, koju sačinjavaju muškarac i žena, sa ciljom zajedničkog života i rađanja i odgajanje potomaka, novih članova društvene zajednice. Pravo priznaje samo onaj brak zasnovan u skladu sa propisima date države. Brak poslovno i pravno sposobni žena i muškarac dobrovoljno zasnivaju u zakonom propisanim uslovima. Brak mogu zasnovati i poslovno nesposobna lica, ali pod uslovima propisanim zakonom.

Brak je instiucija koja se zasniva sa neogreničenim trajanjem, sve dok ne nastupi smrt jednog bračnog partnera. Smrt je prirodan način prestanka braka, koji se i zasniva sa ciljem, da traje „dok ih smrt ne rastavi“.

Međutim u životu se mnoge stvari ne mogu planirati, nastupe događaji koje nismo mogli planirati, nismo ih želeli, alo dogode se. Tako i zasnovani brak može postati „životna greška“, postaje zajednica života kakvu jedan ili oba partner nisu očekivali, nisu želeli.

⁷ Paragraf 1 Bračnih pravila Srpske pravoslavne crkve, <http://www.rastko.rs/bogoslovlje/bracna-pravila/index.html>;

⁸ B.I. Kant, *Metarphysics of Morals*, Cambridge University Press, 1996., str.62, i *Lectures on Ethics*, str. 167, iz Igor Primorac, *Etika i seks*, Beograd, 2007., str. 100;

⁹ Mirko Mladenović, *Osnovi sociologije porodice*, Beograd, 1984., str. 29;

U takvim situacijama, za partnere postaju dve mogućnosti; nastaviti život u lošoj zajednici, ili takvu zajednicu raskinuti pravno i faktički. U prvoj situaciji nastavak zajedničkog života može biti uslovljeno nepostojanjem zakonskih pretpostavki da se brak raskine, a brak može opstati i zbog moralnih, socioloških razloga sa potisnutim nezadovoljstvom partnera. Bračnu zajednicu, koja nije ispunila njihova očekivanja, partneri mogu prekinuti pravnom institucijom razvodom braka, kao jednom od načina prestanka braka.

Postoji i treći način prestanka braka, a to je poništaj braka, jer prilikom zaključenja braka nisu bili ispunjeni zakonom propisani uslovi.

Smrt je prirodan način prestanka braka, i na ovakav model okončanja zajednice života uobličene u brak, po pravilu, ne možemo svojom voljom uticati. Suprotno tome, razvodom svesno partneri odlučuju o prestanku braka, oni žele da brak prestane. Ta želja može biti jednostrano izražena volja jednog bračnog partnera ili oba bračna partnera, da se brak okonča. Prestanak braka razvodom je sve prisutniji način prestanka braka. Sa razvojem civilizacije, emancipacijom žena sve je prisutniji i rašireniji razvod braka. Od 1980. do 2005. godine u zemljama Evropske unije broj razvoda brakova se povećao za 55%, a za isti period se smanjio broj sklopljenih brakova za 22,3%. Samo se u Španiji za vremenski period od 25 godina broja razvoda brakova povećao za 183%.¹⁰ U SAD brak je u dubljoj krizi, jer se tamo razvodi svaki drugi brak.¹¹ Ovo su zapanjujući i zabrinjavajući podaci obzirom, da je, u ne tako dalekoj prošlosti, prvoj polovini dvadesetog veka, u mnogim državama Evrope (posebno onim sa jakim uticajem katoličke crkve), razvod braka nije postojao kao način prestanka braka.

Prema psihološkim i sociološkim istraživanjima najčešći uzroci razvoda braka su: nezadovoljstvo, nepostojanje međusobne povezanosti bračnih partnera, doživljaj usamljenosti partnera u braku, odnosno međusobni odnos ne zadovoljava jednog ili oba partnera i to ih ometa da nastave dalju zajednicu života. Takođe razlozi su i takozvane letalne bolesti za brak, kao što su; preljuba, nasilje, prezir, poniženje, mržnja, nedogovoren disbalans moći, divergentan lični razvoj (alkoholizam, kocka, kriminal). Razvod je jedan od najstresnijih životnih događaja za pojedinca, odmah posle smrti drage osobe.

¹⁰ „Pres“ od 10. Oktobra 2007., iz Porodično pravo, Slobodan I. Panovov, Službeni glasnik, Beograd, 2008., fusnota 499;

¹¹ „Politika“ 28. april 2010. godine, članak „Razvod braka – Epidemija ugrožava Ameriku“;

Psihološkom i sociološkom pristupu razvodu braka neću se baviti, mada je to vrlo značajan aspekt ovog problema, zadržaću se na pravnom razmatranju razvoda braka, i to pravnom institutu razvod braka baviću se pristupom njegovor uporednog pregleda u nekoliko evropskih država.

II – Istorijat razvoda braka

Brak je mogao prestati razvodom još u starom veku. Pravo, da brak prekine razvodom pripadalo je samo mužu. A prvi uzroci zbog kojih je brak mogao razvesti, bili su: preljuba i neplodnost žene. U staroj Grčkoj muž je u slučaju neverstva i neplodnosti morao oterati ženu, ili mu je, ako to ne učini, pretio gubitak građanskih i političkih prava.¹² Takođe, i po osnivanju Rima razvod braka je bila privilegija muškaraca, a ovim pravom su se mogli koristiti zbog preljube, podmetanje tuđeg deteta, pijanstva, propremanje otrova. Kasnije, je pravo na razvod braka dobila i žena. Razvod - *divorcium* se u Rimu, mogao obaviti kroz dva oblika. Prvi je *repidium* – razvod po jednostranoj želji muža iz opravdanih razloga (*repudium ex isuta causa*) ili bez opravdanih razloga (*repudium sine isuta causa*).

Srednji vek (u Evropi) je pod jakim uticajem hrišćanstva, a taj uticaj se naročito ogledao u instituciji razvoda braka, koji je bio isključen ili dozvoljen u izuzetnim slučajevima. Jer, „I reče: Zato ostaviće čovek oca svog i mater, i pilepiće se k ženi svojoj, i biće dvoje jedno telo. Tako nisu više dvoje, nego jedno telo; a šta je Bog sastavio čovek da ne rastavlja.“¹³ Katolička crkva ne dozvoljava razvod braka, a pravoslavna crkva dozvoljava razvod samo u slučaju preljube, i to je samo pravo muža. Vreme je pokazalo, da je ipak, brak zajednica dvoje ljudi (muškarca i žene) sa svom osobinama svojstvenim čoveku kao ljudskom biću, sa svim manama i vrlinama, te ljudi i u braku mogu činiti greške. Kao posledicu priznanja, da je brak ipak zajednica ljudi, a ne božja tvorevina, pravoslavna crkva je kasnije uvela i druge razloge za razvod braka, a katolička crkva je uvela mogućnost prestanka bračne zajednice pomoću: rastave od stola i postelje (*separatio quod toro ex menso*) i poništaja braka.

U protestanskim zemljama, kao što su: Danska, Norveška, Švedska i Engleska razvod braka je uveden tokom šesnestog i sedamnestog veka.

Shvatanje braka, kao svetovne institucije koja se ne može raskinuti voljom čoveka već samo voljom Božjom, prekinuto je

¹² D. Smiljanić, M. Mijušković; Drama braka i porodice, „Rad“, Beograd, 1965. Str. 112;

¹³ Prva knjiga Novog zaveta, Jevanđelje po Mateji, glava XIX, 5-6;

francuskom buržoaskom revolucijom. Tada je brak proglašen za običan građanski ugovor, i kao svaki ugovor i ovaj se može raskinuti – razvodom braka. Brak se mogao razvesti, po sporazumu partnera; takođe brak se mogao razvesti po volji samo jednog partnera zbog neslaganja naravi, a takođe i iz uzroka: osuda na kaznu zbog nečasnog dela, zločina, zlostavljanja i teške uvrede, naročito teške povrede pravila ponašanja, napuštanja jednog supruga od strane drugog ako je trajalo najmanje dve godine, napuštanje zemlje iz političkih razloga, duševno oboljenje i odsutnost koja je trajala pet godina). Građanskim zakonikom iz 1804. godine, uslovi za razvod braka se pooštravaju, da bi izmenama iz 1916. godine pravni institut razvoda braka bio ukinut.

Slobodniji pristup razvodu braka iz Buržoaske revolucije, ostavilo je veliki trag na zakonodavstva mnogih evropskih zemalja, a takođe i onih van evropskog kontinenta. Danas je razvod braka dozvoljen u većini zemalja, a izuzetci su one u kojim razvod nije dozvoljen.

U savremenim društvima oseća se tendencija stvaranja uslova, da se zajednica života zasnovana brakom može uvek raskinuti, ako jedan ili oba bračna partnera u toj zajednicu osećaju nezadovoljstvo, međusobnu netrpeljivost, teskobu i slično. Tako karakteristika savremenog porodičnog prava je, da se povećava broj neskrivljenih brakorazvodnih uzroka, a uvodi se i sporazumni razvod braka.

U zavisnosti od načina na koji regulišu uslove zbog kojih se brak može razvesti, razlikujemo pravne sisteme po tome, da li se kao uslov za razvod braka traži krivica; ili zajedno egzistiraju razvod iz razloga krivice jednog partnera i razvod bez krivice; ili krivica nije potrebna. Savremena građanska prava razvijala su se u pravcu potpunog napuštanja skrivljenih brakorazvodnih uzroka, mada i dalje postoje pravni sistemi sa mešovitim brakorazvodnim uzrocima. Međutim, u teoriji možemo pronaći braniocce postojanja razvoda braka zbog krivice jednog partnera, jer bi napuštanje ovog razloga za razvod braka „duboko povredilo one naše građane koji cene integritet braka i ne žele da brak redukuju na ugovor neodređenog trajanja.“¹⁴

Tekovina savremenog građanskog prava uslovljena emancipacijom žena, njihovim sve većim uključivanjem u radne i upravljačke procese, kao i savremeni brži, dinamičniji način života, jeste i sporazumni raskid braka. I ovde postoje različita pravna rešenja. Tako nalazimo sisteme, prema kojima sporazumni razvod braka nije moguć od proteka određenog perioda po sklapanju braka – period čekanja (period razmišljanja). Takođe, postoji i razlika prema sadržini sporazuma o razvodu braka, da li se sporazumevaju samo o

¹⁴ Gledon Ana-Mari, *The Transformation of Family Law*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1996;

razvodu braka, ili je potrebno da sporazum sadrži i pitanja kojima regulišu staranje o deci, imovinski odnosi (izdržavanje, podela imovine i slično).

Devedesetih godina prošlog veka, preporučen je od strane Evropske unije insisut – porodično posredovanje.¹⁵ Porodično posredovanje, pre razvoda brka odnosno u postupku razvoda braka, uvode mnoga evropska zakonodavstva (Velika Britanija, Nemačka, Švajcarska, Belgija, Austrija, Rusija).

IV – Razvod braka u evropskim državama

Uporedno pravni prikaz razvoda braka u zemljama na evropskom kontinentu, započeću prikazm načina na koji je ovaj pravni institut regulisan u pojedinim zemljama Evropske unije, kao i evropske držav van EU.

4.1. Velika Britanija

Zakonom o reformi razvoda (Divorce Reform Act) iz 1969. godine izvršena je reforma razvoda braka u Velikoj Britaniji. Zakon o bračnim pitanjima (Matrimonial Causes Act) iz 1973. godine, preuzeo je Zakon o reformi. Reforme su nastavljene Zakonom o bračnim i porodičnim postupcima (Matrimonial and Family Proceeding Act) iz 1984. godine.

Tako, sada, u engleskom pravu uzrok za razvod braka je nepopravljiv slom braka. Slom braka postoji, odnosno partner koji traži razvod braka, mora da dokaže krivicu drugog partnera, te da je zbog toga nemoguće nastaviti dalju bračnu zajednicu. Krivica je preljuba, zbog koje je partneru, koji traži razvod, dalja bračna zajednica nepodnošljiva, zbog koje ne može dalje živeti sa preljubnikom, i ne živi minimum dve godine.

Brak se može razvesti, nepopravljiv slom braka postoji i u slučaju kada bračni parnteri ne žive zajedni dve odnosno pet godina. U slučaju, kada ne žive zajedni dve godine, tuženi mora da se saglasi sa razvodom, a njegova saglasnost nije potrebna u slučaju odvojenosti života u trajanju od pet godina. U slučaju razvoda, zvog odvojenog života, postoji obaveza bračnih partnera da se dogovore o pitanju dece i imovinskim pitanjima. Ako se partneri ne dogovore o ovim pitanjima, sud može odbiti da razvede brak.

Zanimnjiva je praksa sudova povodom razvoda braka, a koji predstavlja prelazak u administrativni postupak razvoda braka.

¹⁵ Preporuka Saveta Evrope No(98), Cilj porodičnog posredovanja jeste rešavanje konflikta u porodici, pomaganje boljoj komunikaciji u porodici, prijateljsko uređenje spornih odnosa, obezbeđivanje ličnih kontakta između roditelja i dece, socijalni i ekonomski aspekti razvoda, skraćivanje vremena rešavanja sporova;

Odnosno, braka se razvodi tako što službenik pregleda zahteve stranaka, odobrava navode koji podržavaju tužbu i predaje predmet sudiji na automatsko donošenje odluka. Može se reći, da je ovo jedna vrsta registracije razvoda.¹⁶

Zakonom o reformi razvoda, kasnije pretočen u Zakon o bračnim pitanjima postao je zajedno sa Zakonom o nasilju u porodice 1996. godine sastavni deo Zakona o porodičnom pravu (Family Law Act). Novina je u tome, što se uvode postupci sa ciljem očuvanja braka. To su postupak posredovanja, savetovanja i razmišljanja, kao i druge mere koje bi dovele do pomirenja ili bar do spasavanja odnosa, s ciljem da se odnosi nastave tako da štetan uticaj na stranke i njihovu decu bude smanjen.¹⁷

Prema Zakonu o porodičnom pravu nepopravljiv slom braka postoji, kada postoji izjava jednog bračnog partnera o tome, a sve pod uslovom da je prošla godinu dana od sklapanja braka, kao i da je prošao rok za razmišljanje i razmatranje.

4.2. Irska

U Irskoj, kao zemlji pod snažnim uticajem Katoličke crkve, hrišćanska dogma „dok nas smrt ne rastavi“ trajala je do kraja 1996. godine. Naime te godine je donet Zakon o porpdičnom pravu -Family Law (Divorce) Act koji predviđa mogućnost, da se brak razvede ali pod dosta ograničavajućim uslovima.

Uslovi za razvod braka propisani su članom 5, a to su: odvojeni život bračnih partnera u periodu od četiri godine, te da ne postoje nikakvi izgledi za pomirenje, odnosno uspostavljanje nove zajednice života između bračnih partnera.

Sud može odbiti zahtev za razvod braka, i pored ispunjavanja uslova, ako nije zadovoljan sporazumu o podeli imovine, koji treba da odgovara interesima dece i oba bračna druga. Ovo ovlašćenje sud ima na osnovu člana 5 stava 1 poc c, a u skladu sa članom 41 (3) 2 Ustava Republike Irska.

4.3. – Francuska

Francuski Građanski zakonik (Code civile), prema novelama od 1. januara 2005. godine poznaje četiri modela koje bračni partner/i mogu koristiti, ako odluče da razvodu braka. To su: sporazumni razvod braka, razvod braka na zahtev jednog bračnog partnera uz saglasnost

¹⁶ Michael Freeman; *The Family Law Act*, London, 1996., iz Goran Kovaček Stanić „Uporedno porodično pravo“, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Novi Sad, 2002.;

¹⁷ Isto

drugog, razvod zbog poremećenih bračnih odnosa i razvod zbog krivice jednog bračnog partnera.

Šezdeset procenata brakova u Francuskoj razvedu se po modelu sporazumnog razvoda braka. Zahtev za sporazumni razvod braka podnose oba bračna partnera i nije potrebno da navode razlog zbog kojih žele da raskinu bračnu zajednicu, ali moraju predvideti nacrt sporazuma o pitanju dece i imovine (član 230 stav 1). Zahtev za sporazumni razvod braka ne može se podneti u roku od šest meseci od dana zaključenja braka (član 230 stav 3). Posle podnošenja zahteva sledi razgovor sudije sa svakim partnerom posebno, pa zajedno, zatim sledi period razmišljanja i usaglašavanja oko posledica razvoda (pitanje dece i imovine). Ako se sudija uveri, da je namera bračnih partnera da brak razvedu, dekretom (presudom) prihvata sporazum o razvodu braka, kao i sporazum o pitanju dece i imovinskim odnosima. Takođe, sudija ima ovlašćenje da odbije zahtev za sporazumni razvod braka, ako utvrdi da se sporazumom ne štite dovoljno interesi dece ili jednog partnera.

Razvod braka na zahtev jednog bračnog partnera, a uz saglasnost drugog, postoji u onom slučaju, kada jedan od bračnih partnera podnese zahtev za razvod braka iz razloga koji potiču od oba bračna partnera i zbog kojih je nastavak bračne zajednice dalje nepodnošljiv. Ako drugi bračni partner pred sudijom ne osporava činjenice iz zahteva, sudija tada brak razvodi bez utvrđivanja na kom bračnom partneru je krivica za razvod.

Ako drugi bračni partner ne prizna činjenice iz zahteva za razvod braka jednog bračnog partnera, sudija ne razvodi brak.

Model razvoda braka po francuskom Code civile, je irazvod braka zbog poremećenih bračnih odnosa ili prema terminologiji iz Zakonika – razvod zbog produženog sloma zajedničkog života. Ovaj uslov za razvod braka nastupa, ako su bračni partneri živeli odvojeno šest godina, (član 237). Takođe ovaj uslov za razvod braka nastupa i zbog mentalne poremećenosti jednog bračnog partnera u periodu od šest godina, tako da ne postoji više zajednica života i ne postoje mogućnosti da se ona u budućnosti nastavi (član 238 stav 1). Međutim prema stavu 2, sudija može odbiti zahtev za razvod takvog braka, ako nađe da bi razvod imao ozbiljne posledice na bolest bračnog partnera. U zahtevu za razvod braka, supružnik koji traži razvod, mora naznačiti i način rešavanja pitanja dece i imovinskih odnosa. U slučaju, da drugi bračni partner dokaže, da bi razvod njega (zbog starosti ili dužine trajanja braka) ili decu doveo u izuzetno tešku materijalnu ili morlanu situaciju, sudija može odbiti razvod braka. Na odvojenost života može se pozvati samo bračni partner koji je prvi podneo zahtev za razvod braka – glavni zahtev. Drugi bračni partner može podneti kontra zahtev – protivtužbu za razvod braka, kojom se ističe krivica partnera

koji je podneo prvobitni zahtev. Sudija može prihvatiti kontrahtev, odbaciti prvobitni zahtev, i dosuditi razvod na osnovu krivice partnera koji je podneo prvobitni zahtev (član 241).

Razvod braka po osnovu krivice jeste treći model, koji poznaje francuski Code civile. Razvod jedan bračni partner traži iz razloga koji se može pripisati krivici drugog partnera, a koje predstavljaju teške povrede dužnosti i obaveze koje braka podrazumeva, i koje dalji nastavak života čine nepodnošljivim. To mogu biti: preljuba, alkoholizam, porodično nasilje, osim nekih posebnih slučajeva koji ukazuju na određen nedostatak brige za porodicu.¹⁸ Razlog za razvod po osnovu krivice jednog partnera može biti i osuda na kaznu za teško krivično delo. Razvod može biti dosuđen na osnovu krivice jednog supružnika i na osnovu podeljene krivice. Sud može, ako to zahtevaju stranke, razvesti brak po osnovu krivice jednog partnera bez naovđenja konkretnih razloga koji su doveli do krivice.

4.4. Nemačka

Nemačka je izvršila reformu razvoda braka 1976. godine, kada su odredbe o razvodu braka vraćene u Građanski zakonik.

U Nemačkoj se brak može razvesti: na zahtev jednog bračnog partnera zbog neskrivljenog brakorazvodnog uzroka – neuspeh braka; ili po sporazumu.

Neskrivljeni uzrok za razvod braka naziva se scheitern – neuspeh braka. A neuspeh braka postoji, ako braćna zajednica partnera više ne postoji i ne može se očekivati, da će se u budućnosti nastaviti: supružnici su živeli odvojeno najmanje godinu dana i ne može se očekivati da će ponovo živeti zajedno (član 1565). Nepobitno se pretpostavlja, da postoji neuspeh braka, ako su braćni partneri živeli godinu dana odvojeno i oba zahtevaju razvod braka, ili samo jedan a drugi se saglasi sa tim, ili ako su živeli odvojeno tri godine (član 1566). Član 1567 propisuje, šta se podrazumeva pod odvojenim životom braćnih partnera, a to je: ako između njih ne postoji zajedničko domaćinstvo i ako jedan od partnera odbija ponovno uspostavljanje zajednice, odbijajući zajednički braćni život. Zajedničko domaćinstvo ne mora postojati čak ni u slučaju kada supružnici žive pod istim krovom. I pored ispunjenosti uslova – neuspeh braka, sud može odbiti zahtev za razvod braka, ako je to u interesu maloletnog deteta ili dece rođene u tom braku. Brak se takođe ne može razvesti i kada bi razvod za partnera – tuženog koji se protivi razvodu, izazvao izuzetne teškoće zbog posebnih okolnosti u tolikoj

¹⁸ Jacqueline Rubellin-Devich, How Matters Stand Now in Relation to Family Law Reform, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.) 2000, str. 154-158;

meri da se opstanak braka čini izuzetno potrebnim, uzimajući u obzir i interese tužioca (član 1568).

Bračni partneri koji traže sporazumni razvod braka, moraju sudu dostaviti detaljan sporazum o svim pitanjima koji nastaju kao posledica razvoda, a to su pitanje dece i imovinski odnosi. Dok se ova pitanja ne reše, brak se ne može razvesti.

Postupak miranja i posredovanja, postoji, ali kao neobavezna faza u postupku razvoda braka.

4.5. Švajcarska

Švajcarski građanski zakonik iz 1907. Godine, poznati kao "*Swiss civil code of 10 December 1907*", je među prvim evropskim civilnim zakonima, koji je poznavao instituciju razvoda braka. Značajne reforme u regulisanju materije razvoda braka izvršene su 1998. godine.

Izvršenom reformom liberalizovani su uslovi za razvod braka, odnosno napušten je koncept krivice, kao uzroka za razvod braka.

Brak razvodi sud, a bračni partneri podnose zahtev za sporazumni razvod braka, ili jedan partner traži razvod zbog činjenice, da je zajednički život postao nepodnošljiv, ili da je bračna zajednica bila prekinuta više od četiri godine.

Sporazumom o razvodu braka, bračni partner moraju u potpunosti rešiti – urediti posledice razvoda braka: pitanje dece (starateljstvo, izdržavanje ...) i imovinsko pravne odnose (podela imovine, izdržavanje ...). Na jednom ročištu bračni partneri podnose sporazum za razvod braka koji sadrži dogovor o svim posledicama razvoda. Posle dva meseca partneri treba pismeno da potvrde svoju odluku i sudija razvodi brak.

Za razvod braka nadležan je sud kantona u kome supružnici imaju prebivalište, a nije potrebno da partnere zastupaju advokati.

4.6. Austirja

Austrija, kao država sa značajnom populacijom rimokatoličke veroispovesti, pripada pravnom koceru država koje su zadržale krivicu kao jedan od uzroka za razvod braka.

Austrijski Zakon o braku predviđa tri načani na koji se brak može razvesti. Pored već navedenog razvoda braka zbog krivice jednog bračnog partnera, prisutan je i razvod braka zbog objektivnih okolnosti, a brak se može razvesti i po sporazumu bračnih partnera.

Razvod braka po osnovu krivice postoji; u slučaju preljube drugog bračnog partnera, u slučaju fizičkog zlostavljanja, kao i u slučaju nanošenja psihičke boli. Nema pravo na razvod braka zbog krivice drugog bračnog partnera, ako je podnosilac zahteva za razvod

oprostio skrivljeno ponašanje ili je smatrao da takvo njegovo ponašanje nije neposredno uništilo brak.

Razvod braka iz uzroka koji se ne mogu podvesti pod krivicu, prema austrijskom Zakonu o braku su: psihičke smetnje koje imaju za posledicu poremećeno ponašanje; duševno oboljenje; zarazna bolest; prekid zajedničkog života u trajanju od tri godine i ne postoji mogućnost dalje bračne zajednice života.

Brak se može razvesti i po sporazumu bračnih partnera. Da bi se brak razveo po sporazumu nije dovoljna samo volja partnera, već je potrebno, da su odvojeno živeli u periodu od najmanje šest meseci, priznanje da je došlo do poremećenih bračnih odnosa; potrebno je, dalje, da se sporazumom dogovore o svim pitanjima posledica razvoda, staranju i izdržavanju dece, imovinske odnose.

4.7. Danska

U Danskoj se brak može razvesti administrativno i sudski, prema Zakonu o zaključenju i prestanku braka od 25. juna 1996. godine.

Administrativni razvod braka obavlja guverner okruga, koji donosi odluku o razvodu. Na ovaj način se može razvesti brak samo u slučaju; da oba bračna partnera pristaju na razvod i ako se detaljno dogovore o svim posledicama razvoda. Na ovaj način se razvede 90% brakova u Danskoj.¹⁹

Razvod braka je moguć po zahtevu jedne strane iz razloga krivice drugog partnera, ili usled nemogućnosti dalje zajednice, pod uslovima: ako bračni partneri nisu živeli zajedno dve godine; usled preljube; sadističkog ponašanja jednog partnera prema drugom ili detetu; stupanje protivno zakonu u novi brak; odvođenje deteta protivno zakonu iz zemlje i njegovo zadržavanje u inostranstvu. U ovim slučajevima, brak se razvodi pred sudom.

Preljuba, kao uzrok za razvod braka ne postoji, ako su partneri pristali na preljubu ili se odrekli prava na razvod odmah po saznanju za nju. Rok za podnošenje tužbe iz ovog razloga je: subjektivni – šest meseci i objektivni – dve godine o izvršene preljube.

Rok za podnošenje zahteva za razvod braka zbog sadističkog ponašanja je: subjektivni – godinu dana od saznanja i objektivni – tri godine od skrivljenog ponašanja.

Zbog odvođenja deteta u inostranstvo, rok za podnošenje zahteva traje svo vreme dok je dete u inostranstvu, a po povratku deteta – godinu dana.

¹⁹ Ring G. Olsen, Ring L., *Eherecht in Dänmark* u knjizi Süß R. Ring, op. citat, str.395;

Obzirom, da se 90% razvedenih brakova razvodi po sporazumu u administrativnom postupku, jasno je da se samo, neznatnih, 10% brakova se razvodi iz razloga krivice.

4.8. Belgija

Razvod braka u Belgiji regulisan je njihovim Građanskim zakonikom, a postupak razvoda Sudskim zakonikom. Postoje dva modela po kojima se brak može razvesti. Prvi način je po zahtevu jednog bračnog partnera, a takođe se može razvesti sporazumom bračnih partnera.²⁰

Na osnovu zahteva jedne strane, brak sud razvodi ako utvrdi, da postoji neslaganje naravi partnera koje se ne može popraviti, odnosno više ne mogu nastaviti zajednički život. Brak se razvodi i posle odvojenog života u trajanju od najmanje šest meseci.

U sporazumnom razvodu braka, moraju se utvrditi posledice razvoda braka po maloletnu decu. Potrabna je pismeno izjašnjenje javnog tužioca (ministère public) o sadržini sporazuma. Sudija može tražiti izmenu sporazuma u delu koji se odnosi na posledice razvoda po maloletnu decu. Ako je mišljenja, da sporazum nije u interesu maloletnog deteta, sudija može saslušati dete, može pozvati roditelje da izmene sporazum u tom delu ili, čak, i da odustanu od sporazuma. Sporazum o vršenju roditeljske dužnosti posle razvoda, može biti izmenjen sudskom odlukom.

4.9. Rusija

Porodičnim zakonom Ruske Federacije,²¹ drugim delom, reguliše materijau braka (sklapanje braka, razvod braka, poništaj braka). Odredbama o razvodu braka reguliše: razloge za razvod braka, postupak razvoda braka u građanskom matičnom birou i pred sudom, pitanja vezana za posledice razvoda braka.

Specifičnost razvoda braka u Ruskoj Federaciji, jeste u tome što postoje dva organa, dva postupka za razvod braka. Jedan je administrativan postupak pred državnim organom za registraciju građanskih stanja, a drugi postupak je sudski i sprovodi ga sud.

Administrativni razvod braka moguće je u sledeće dve situacije:

- saglasnost bračnih partnera za razvod braka, i da nemaju zajedničku decu;
- zahtev za razvod braka podnosi jedan bračni partner, a razvod traži od drugog bračnog partnera koji je u sudskom postupku

²⁰ http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi;

²¹ Porodični zakon Ruske Federacije, usvojen od strane Državne Dume 8.12.1995., a objavljen 29.12.1995., usvojen od

proglašen odsutnim, ili je poslovno nesposoban, ili je osuđen na kaznu zatvora u trajanju dužoj od tri godine, a sve to nezavisno od toga da li imaju zajedničku maloletnu decu.

Pred sudom se razvodi brak po zahtevu jednog bračnog partnera i po sporazumu, ako imaju maloletnu decu. Brak se razvodi pred sudom i u onom slučaju, kada se jedan partner protivi razvodu, a dalje trajanje bračne zajednice je nemoguće usled neslaganja naravi. U ovom poslednjem slučaju, sprovodi se postupak mirenja bračnih partnera, koji traje tri meseca.

Sporazumni razvod braka sprovodi sud, ali ne utvrđuje motive zbog kojih se brak razvodi. Ako bračni partneri imaju zajedničku maloletnu decu, sporazum mora da sadrži elemente o čuvanju, vaspitanju i izdržavanju dece. Sa sporazumom o maloletnoj deci potrebna je saglasnost suda. Nije neophodno, da sporazum sadrži imovinke odnose bračnih partnera, a u slučaju da imovinski odnosi utiču i na interese trećih lica, imovinski odnosi se mogu rešiti i u naknadnom postupku.

4.10. Grčka

Građanskim zakonikom iz 1983. godine Grčka je revidirala razvod braka, jer je uveden razvod braka koji se ne zasniva na krivici, kao i razvod braka po sporazumu.

Grčki pravni poredak, sada, poznaje; razvod braka zbog teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa usled kojih je zajednički život nemoguć; i razvod braka po sporazumu.

Zahtev za razvod braka zbog teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa podnosi jedan bračni partner, i nije neophodna krivica drugog bračnog partnera. Ovaj brakorazvodni uzrok uvek je pristutan u slučaju kada su bračni partneri živeli odvojeno duže od četiri godine, i u slučaju nestalnosti bračnog partnera protiv koga je podnet zahtev za razvod braka.²² Nestalnost bračnog partnera, kao uslov za razvod braka, dokazuje se sudskom presudom o nestalnosti, s tim što se mora podneti posebna tužbe za razvod braka. Trajna poremećenost bračnih odnosa, a koja se može tumačiti kao krivica, postoji uvek u slučaju: bigamije, preljube ili napada na telesni integritet bračnog partnera koji zahteva razvod.

Brak se može razvesti po sporazumu bračnih partnera, pod uslovom; da je trajao najmanje godinu dana pre podnošenja zahteva, da saglasnost za razvod mora biti obostrana i data posle perioda razmišljanja data na dva ročišta u razmacima od minimum šest meseci. Ako bračni partneri imaju zajedničku maloletnu decu, sporazum mora da sadrži i odredbe o starateljstvu, ličnim kontaktima i

²² <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/GreeceApp02.pdf>

izdržavanju deca, a sa predlogom se mora saglasiti i sud. Ako sud oceni da sporazum nije u skladu sa interesima maloletne dece, može od bračnih partnera zatražiti novi sporazum.

4.11. Rumunija

Liberalizacija razvoda braka u Rumunije nastala je 1993. godine, tako da se sada brak može razvesti, po zahtevu jednog partnera, samo iz jednog razloga – trajnog sloma braka. Brak se, takođe, može razvesti i na osnovu sporazuma bračnih partnera.

Trajni slom braka, kao uzrok zbog koga jedan bračni partner može zahtevati razvod braka, postoji onda, kada su bračni odnosi toliko poremećeni da dalju bračnu zajednicu čine nemogućom. Potrebno je, da je poremećenost bračnih odnosa trajala duže. U praksi trajni slom braka postoji; kada je jedan bračni partner bez opravdanog razloga napustio drugog, neopravdano odbijanje zajedničkog života, preljuba, nasilničko ponašanje. U slučaju, da je bračni partner koji traži razvod svojom radnjom izazvao krizu u braku, sud može odbiti tužbu za razvod braka po principu *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (niko ne sme da se koristi spopstvenom greškom).²³

Sporazumno se brak može razvesti, pod uslovom da su bračni partneri u braku proveli duže od jedne godine i da nemaju zajedničku maloletnu decu. Sporazumni razvod braka potpisuju oba bračna partnera, a period čekanja iznosi dva meseca, posle čega sud poziva partnere, da se izjasne da li ostaju pri predlogu. Ako izjave da ostaju, brak se razvodi. U sporazumu se ne navode razlozi za razvod braka.

5. Zaključak

Prikazom rešenja razvoda braka u nekoliko evropskih država može se zaključiti, da je u većini država devedesetih godina prošlog veka izvršena reforma porodičnog zakonodavstva. Pravci u kojima su izvršene reforme liberalizovale su uslove i postupak razvoda braka.

Krivica, kao uslov za razvod braka, i dalje je prisutan u određenom broju evropskih zemalja, ali u tim zemljama prisutan je mešoviti sistem razvoda braka. Pored krivice, brak se, može razvesti i zbog neslaganja naravi, poremećenih bračnih odnosa. Sa druge strane, veći broj evropskih država je napustio koncept krivice kao uslov za razvod braka, i njihova zakonodavstva su predvidela da se brak može razvesti zbog poremećenih bračnih odnosa.

²³ Presuda Vrhovnog suda br. 634/1978., iz Oancea, D.C. Scheidung und nahehelicher Unterhalt in Rumänien, iz S. Hofer, D. Henrich, D. Schwab,

Većina evropski država razlikuje dva načina na koji se brak može razvesti, a to je po zahtevu – tužbi jednog bračnog partnera ili na osnovu sporazuma bračnih partnera.

Razvod braka po zahtevu jednog bračnog partnera podnosi se pred nadležnim sudom. U državama koje poznaju krivicu, mora se dokazati postojanje krivice drugog bračnog partnera, a to je obično preljuba, grubo ponašanje i slično, a prisutan je i razlog napuštanje bračne zajednice u određenom vremenskom periodu. U državama, koje kao uslov za razvod braka, poznaju poremećene bračne odnose dokazuje se ova činjenica, odnosno u čemu se sastoje poremećeni bračni odnosi, kao i činjenica da su poremećeni odnosi tako duboki i ne daju mogućnost da se bračna zajednica nastavi u budućnosti. Odvojeni bračni život određeni vremenski period, takođe, je razlog zbog koga sud može usvojiti tužbu za razvod braka usled poremećenih bračnih odnosa.

Sporazumni razvod braka, je dosta izražen način prestanka braka. Osim saglasnosti volja bračnih partnera, da se brak razvede, kako smo videli, zakoni nekih država predviđaju da sporazum sadrži i obavezan dogovor o posledicama braka: dogovor o staranju i izdržavanju dece, kao i dogovor o imivinskim odnosima bračnih partnera. Sporazumni razvod braka može biti ograničen, odnosno ne može se dozvoliti zbog kratkog trajanja bračka ili zbog postojanja maloletne dece.

Pored brzog načina za prestanak braka, sporazumni razvod braka je rasprostranjen i iz razloga njegove ekonomičnosti. Sporazumni razvod braka je jeftiniji od skupih sudskih postupaka.

Razvod braka možemo razlikovati i prema organu pred kojim se sprovodi. Odnosno pored sudskog razvoda braka, prisutan je i administrativni razvod braka. Tako Rusija i Danska poznaju administrativnu registraciju razvoda braka, a koja podrazumeva sporazum bračnih partnera. Embrione administrativnog razvoda braka nalazimo i u engleskom pravu.

Milan Počuča, PhD,

Faculty of Business Academy, Novi Sad

DISSOLUTION OF MARRIAGE IN COMPARATIVE LAW

The paper presents solution for the institution of the dissolution of marriage in several European countries. One can conclude that in most countries during the 1990s there was a reform of family law. One of the directions of reform is liberalization of marriage dissolution proceedings. Blame, as a condition for dissolution of marriage, is still present number of European countries, but in these countries there is a mixed system of dissolution of marriage. Besides blame, marriage can be dissolved due to incompatibility, disrupted marital relations. Most European countries distinguish two ways of dissolving a marriage, and that is upon a petition- action of one spouse or divorce based on mutual consent of the spouses. Besides the fast dissolution of marriage, divorce by mutual consent is also common because of its economic advantages. Divorce by mutual consent is cheaper than expensive court proceedings. Dissolution of marriage can be distinguished to the body before which it is conducted. This means that besides court dissolution of marriage, there is also an administrative registration of dissolution of marriage which entails a mutual agreement of the spouses. There are beginnings dissolution of marriage in English law as well.

Key words: divorce, marriage, blame, consent

Mr sc. Mirela Čokić

viši asistent

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Pregledni naučni rad

UDK: 347.736(497.6:497.11)

**INDICIJE ZA UVOĐENJE PRE PACK INSTITUTA U
STEČAJNO ZAKONODAVSTVO BOSNE I
HERCEGOVINE
(sa osvrtom na pravo Republike Srbije)**

Stečajni plan predstavlja osnovni instrumentarij za provođenje postupka reorganizacije nad insolventnim privrednim društvom. Kako bi se izvršila uspješna sanacija i nastavilo nesmetano poslovanje neophodno je postojanje osnovnih ekonomskih parametara – kapaciteta. Postojanje odgovarajućih materijalnih osnova ukazuje na mogućnost primjene određene vrste stečajnog plana. Stečajni plan u svakom slučaju predstavlja odgovarajuću kombinaciju više diferentnih modaliteta koji će dovesti do potpune sanacije privrednog društva i nastavka njegovog poslovanja, a što je osnovni cilj reorganizacije. Koji modalitet će biti primjenjen to zavisi od postojeće ekonomske – materijalne situacije u privrednom društvu. Kvalitet pripremljenog i prihvaćenog stečajnog plana od strane stečajnih povjerilaca će nužno zavisti i od potvrde stečajnog suda. Naime, Zakon o stečajnom postupku Federacije BiH i Republike Srpske propisuje mogućnost podnošenja stečajnog plana zajedno sa prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka, kao i nakon otvaranja stečaja sve do završnog ročišta. U ovom prvom slučaju, kada se stečajni plan podnosi istovremeno sa prijedlogom za stečaj evidentno je postojanje pre pack instituta (unaprijed pripremljenog stečajnog plana) koji je već od 2009 godine podrobnije normiran u Zakonu o stečaju Republike Srbije. S obzirom da ovaj institut garantuje dobar ishod za insolventna privredna društva, nužno je njegovo uvođenje i detaljnije regulisanje i u stečajno zakonodavstvo BiH.

Ključne riječi: *stečaj, stečajni plan, pre pack (unaprijed pripremljen stečajni plan), privredno društvo, stečajni sud, ZOSP FBiH/RS, ZOS R Srbije.*

1. Uopšte o problematici stečaja i stečajnom planu

Insolventnost privrednog društva generira veliki broj problema ekonomske i pravne naravi. Koji od postupaka, odnosno instituta će se primjeniti u konkretnom slučaju zavisi od materijalne osnove, odnosno ekonomskih uslova koji postoje u datom privrednom društvu. Ovdje se nameće veliki broj pitanja, kao što su, da li postoje odgovarajući ekonomski parametri koji bi dozvolili nastavka poslovanja datog privrednog društva i namirenje stečajnih povjerilaca? Zatim, da li je insolventnost privrednog društva nužno znači otvaranje stečajnog postupka ili mogućnost sanacije i nastavka poslovanja? Kada ekonomski parametri ukazuju na mogućnost sanacije, šta je sa stečajnim postupkom i odnosom nasparam reorganizacije? Kada i do kada se može podnijeti stečajni plan? Kada i u kojim slučajevima podneseni stečajni plan predstavlja pre pack institut?

Dakle, ne mali broj problema je prisutan u de iure i de facto smislu, tačnije u sudskoj i poslovnoj praksi privrednih društava. S obzirom na to ovim radom ćemo se pokušati fokusirati na postojeće probleme koji egzistiraju u stečajnom zakonodavstvu BiH.

Reorganizacija stečajnog dužnika zahtjeva sastavljanje, prihvatanje, te kasniju potvrdu stečajnog plana od strane stečajnog suda. Stečajni plan je uslovljen insolventnošću (stečajem) privrednog društva. Predstavlja osnovni akt za pokretanje postupka reorganizacije (sanacije). Sastoji se iz dva dijela i to, pripremne osnove i osnove za provođenje postupka reorganizacije. Od kvaliteta (kombinacije modaliteta – mjera) stečajnog plana zavisi i uspješnost postupka reorganizacije. Neki od autora, definišu stečajni plan kao „...akt ugovorne prirode donesen saglasnošću kvalifikovane većine stečajnih poverilaca, o modalitetima reorganizacije stečajnog dužnika, koji potvrđuje nadležni sud i ima snagu izvršnog naslova za sve nepriviligovane poverioce.“¹ Evidentno je da se njegova osnovna funkcija ogleda u namirenju potraživanja stečajnih povjerilaca i saniranju insolventnog privrednog društva.

¹ Velimirović M., Stečajno pravo, Pravni fakultet Univerzitet Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2010., str. 193.

2. Indicije za postojanje pre pack instituta u stečajnom zakonodavstvu BiH

Karakteristika uspješno sastavljenog stečajnog plana je kombinacija raznovrsnih mjera odnosno, modaliteta koji su taksativno normirani u odredbi člana 142., Zakona o stečajnom postupku FBiH² (dalje: ZOSP FBiH), Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske³ (dalje: ZOSP RS) i u članu 157., Zakonom o stečaju Republike Srbije⁴ (dalje: ZOS R Srbije).

Naime, primjena samo jednog modaliteta ne nudi garanciju za uspješnu sanaciju privrednog društva, zbog toga postoji potreba za kombinacijom više njih.

Pravo na podnošenje stečajnog plana ima stečajni dužnik i stečajni upravnik. Prema zakonskoj odredbi člana 143., stav 1., ZOSP FBiH i RS stečajni dužnik može podnijeti stečajni plan zajedno sa prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka. Dakle, to može biti onaj plan koji je već prethodno sastavljen i usvojen od strane stečajnih povjerilaca. Ukoliko je to to tako, onda to ukazuje na postojanje pre pack⁵ instituta (unaprijed pripremljen stečajni plan) i u stečajnom zakonodavstvu BiH. Navedeni institut je nedavno recipiran (američki zakon o bankrotu)⁶ i normiran u novom ZOS-u R Srbije 2009 godine.⁷

Za razliku od prethodno pripremljenog stečajnog plana prema zakonskoj odredbi člana 143., stav 1., ZOSP-a FBiH/RS-a moguće je podnošenje i klasičnog plana reorganizacije. U ovom slučaju stečajni plan podnosi stečajni upravnik ali tek nakon otvaranja stečajnog postupka. Pored stečajnog upravnika pravo na podnošenje ovako

² Zakon o stečajnom postupku (Službene novine FBiH br.: 29/03, 32/04, i 42/06)

³ Zakon o stečajnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske br.: 67/02, i 77/02, 38/03, 96/03, 78/07 i 26/10)

⁴ Zakon o stečaju (Službeni glasnik Republike Srbije br.: 104/09)

⁵ „...Pre pack administration has received its name because the administrator packages up the business assets and completes their sale before a creditors meeting is held. It is not necessary to involve the failing business's creditors with this negotiation or gain their approval.“ „...Pre pack uprava je dobila svoje ime, jer je administrator pre packa svu poslovnu imovinu (imovinu privrednog društva) prodao i prije nego što bi povjerioci i održali svoj sastanak. To se ne mora smatrati nedostatkom u poslovanju povjerilaca, nego bi se s njima pregovaralo ili dobilo njihovo odobrenje.“- Naš prevod [www. http://coopermatthews.com/phoenixing.html](http://coopermatthews.com/phoenixing.html) preuzeto 13. 03. 2011.

⁶ The Bankruptcy Code USA, Chapter XI., 1978.

⁷ Čl. 155., st. 4., čl. 156., 158., 159. i 160. ZOS R Srbije

sastavljenog stečajnog plana ima i stečajni dužnik. U vezi sa tim, bitno je istaći da se prema zakonodavstvu BiH „pre pack“ i klasični stečajni plan može podnijeti sve do završnog ročišta. Stečajni plan koji se podnese nakon završnog ročišta neće se uzeti u obzir i razmatrati.⁸

3. Opravdanost uvođenja pre pack instituta u BiH pod uticajem stečajnog zakonodavstva R Srbije

Unaprijed pripremljen plan reorganizacije (stečajni plan) u stečajnom zakonodavstvu R Srbije nudi niz novih rješenja kojima se na mnogo bolji način prevazilaze poslovne teškoće u privrednom društvu. Osnovna dva parametra koja ukazuju na to su, prevazilaženje poslovnih teškoća na brz i efikasan način uz minimalan utrošak vremena, te redefiniranje dužničko-povjerilačkih odnosa u insolventnom privrednom društvu.⁹ U osnovi sa podnošenjem pre pack stečajnog plana veće su šanse, za brz oporavak insolventnog privrednog društva (u najkraćim rokovima koji mogu trajati i do nekoliko dana 25 – 90 dana), zadržavanje što većeg broja radnika, nastavak poslovanja, očuvanje djelatnosti privrednog društva i postizanje dogovora između povjerilaca.¹⁰ U odnosu na klasični stečajni plan normiran ZOSP-om FBiH/RS-a (član 142 – 194.) evidentne su pozitivne strane koje nudi prethodno pripremljen stečajni plan prema zakonskim propisima R Srbije. To se prvenstveno odnosi na uštedu vremena i finansijskih sredstava, koja bi se inače utrošila pri provođenju klasične reorganizacije ili pri eventualnom otvaranju stečaja.

U članu 155., stav 4., ZOS-a R Srbije propisano da je plan reorganizacije koji se podnosi istovremeno sa prijedlogom za pokretanje stečajnog postupka, unaprijed pripremljen plan reorganizacije (koji mi u ovom radu nazivamo pre pack institutom).¹¹ Dakle, u stečajnom zakonodavstvu R Srbije ovaj naziv je recipiran i koristi se kao naziv za jednu novu, posebnu vrstu plana reorganizacije.

⁸ Čl. 143., st. 1. ZOSP FBiH/RS

⁹ Dukić – Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak (Osvrt na stečajno zakonodavstvo bivših jugoslovenskih republika) (Drugo dopunjeno izdanje), Mala Knjiga, Novi Sad, 2010., str. 90.

¹⁰ Spasić, S., Pre pack kao šansa za srpsku privredu, Pravo i privreda, br. 7–9., Beograd 2010., str. 243.

¹¹ Čl. 155., st. 4. ZOS R Srbije: „Ako se plan reorganizacije podnosi istovremeno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka njegov naziv se menja u unapred pripremljen plan reorganizacije, a sadržina i postupak koji se na njega primenjuje određuju se u skladu sa odredbama ovog zakona kojima se to pitanje uređuje.“

Kad se podnese unaprijed pripremljen plan reorganizacije, sud je dužan da u roku od tri dana donese rješenje o pokretanju prethodnog postupka o ispitivanju uslova za otvaranje stečaja u skladu sa pre pack institutom.¹² Tačnije, potrebno je da sud ocijeni da je pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unaprijed pripremljenim prijedlogom uredno i da pre pack ispunjava uslove koji su propisani članom 158., ZOS R Srbije.¹³ Ukoliko nisu ispunjeni uslovi iz člana 158., ZOS-a R Srbije, sud može odbaciti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka po prethodno pripremljenom planu, bilo ex officio ili po osnovu primjedbi zainteresovanih osoba. U tom smislu, uslovi nisu ispunjeni ako:

- 1) plan nije u skladu sa zakonom;
- 2) planom nisu obuhvaćeni poverioci koji bi, da su obuhvaćeni planom, mogli da svojim glasanjem utiču na odluku o usvajanju plana;
- 3) je plan nepotpun ili neuredan, a naročito ako nisu poštovane odredbe ovog zakona o ovlašćenim podnosiocima, sadržini i roku za podnošenje plana reorganizacije, a nedostaci se ne mogu otkloniti ili nisu otklonjeni u roku koji je odredio stečajni sudija;
- 4) utvrdi da ne postoji stečajni razlog iz člana 11. ovog zakona.“

Dakle, prethodno pripremljen stečajni plan mora da zadovolji sve zakonom propisane uslove u protivnom, neće se razmatrati i bit će odbačen.

U pogledu troškova po osnovu prethodnog postupka, pravilo je da onaj ko podnosi prijedlog za otvaranje stečajnog postupka uz unaprijed pripremljen plan reorganizacije je i u obavezi da ih predujmi u roku od tri dana od dana dobijanja sudske naloga. Ukoliko predlagač to ne učini sud će obustaviti prethodni postupak i odbaciti prijedlog za otvaranje stečaja.¹⁴ Interval trajanja prethodnog postupka koji je pokrenut pre packom je od 30 do 45 dana.¹⁵ Naime, to je dovoljan vremenski interval za ispitivanje (ne)postojanja uslova za otvaranje stečaja po unaprijed pripremljenom planu reorganizacije. Ispitivani uslovi u privrednom društvu mogu i ne zadovoljiti, te ukazati na nepostojanje osnova za otvaranje stečaja. U tom slučaju je

¹² Čl. 159., st. 1. ZOS R Srbije

¹³ Čl. 158. ZOS R Srbije

¹⁴ Čl. 159., st. 4. u vezi sa čl. 160., st. 7. ZOS R Srbije

¹⁵ Čl. 159., st. 8. ZOS R Srbije „Stečajni sudija može zaključkom produžiti ovaj rok za najviše 15 dana, ukoliko to zahtevaju razlozi složenosti poslovanja i dužničko poverilačkih odnosa u vezi sa stečajnim dužnikom ili postupanje po primedbama iz stava 5. tačka 2) ovog člana ili postupanje stečajnog dužnika po nalogu suda.“

stečajni sudija dužan da odbaci prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u skladu sa unaprijed pripremljenim planom reorganizacije, a najkasnije u roku od pet dana prije nego što se održati ročište za glasanje povjerilaca o pre pack-u.¹⁶

Sa druge strane, ako sud procijeni da unaprijed pripremljen plan ispunjava uslove i ako se na ročištu za glasanje usvoji, sud će istovremeno rješenjem, otvoriti stečajni postupak i potvrditi usvajanje pre pack-a, te nakon toga obustaviti stečajni postupak.¹⁷ Odlučivanje o još nekim značajnim, pobližim i detaljnijim pitanjima koja se tiču unaprijed pripremljenog plana reorganizacije je u nadležnosti Ministra. Prema zakonskim propisima R Srbije Ministar je dužan da odredi sadržaj i uslove za što jednostavniju realizaciju pre pack-a u praksi.¹⁸

4. Pozitivne strane instituta pre pack u zakonodavstvu i praksi

U ZOSP-u FBiH/RS u članu 143., stav 1., tek da postoje osnovi za uvođenje instituta pre pack-a u BiH stečajno zakonodavstvo BiH. Stečajno zakonodavstvo BiH nažalost ne propisuje detaljnije uslove za realizaciju prethodno pripremljenog plana reorganizacije (pre pack-a). Nasuprot tome, prema propisima R Srbije i SAD-a pre pack nudi niz novina i prednosi u odnosu na klasični stečajni plan – klasičnu reorganizaciju. Smatramo da bi bilo korisno uvođenje ove vrste stečajnog plana i u ZOSP FBiH/RS prvenstveno zbog, brzine i efiksanosti odvijanja postupka reorganizacije u privrednom društvu, a potom i zbog uštede finansijskih sredstava. Podsjećanja radi, načelo hitnosti kao jedno od osnovnih načela postupka stečaja, a time i reorganizacije bi se najbolje realiziralo s primjenom pre packa, koje predstavlja idealno rješenje za unaprijeđenje privrednog sistema BiH.¹⁹

Pre pack podnosi stečajni dužnik zajedno sa prijedlogom za otvaranje stečajnog postupka jer on najbolje poznaje vlastitu finansijsku situaciju u privrednom društvu, a ima najviše interesa da sanacija

¹⁶ Čl. 159., st. 13. ZOS R Srbije

¹⁷ Čl. 160. st. 3. ZOS R Srbije

¹⁸ Čl. 160., st. 9. ZOS R Srbije

¹⁹ Stečajni postupak i postupak reorganizacije su ograničeni zakonskim rokovima. S obzirom na činjenicu da se rokovi ne mogu formalno-pravno ispoštovati (narušenost uslijed postojanja prethodnog pitanja i sl.), smatramo da je prethodno pripremljen plan reorganizacije jedno od boljih rješenja za ubrzavanje postupka reorganizacije, a time i za realizaciju načela hitnosti.

uspije.²⁰ Naime, pre pack u tom slučaju predstavlja samo poziv stečajnim povjeriocima da se izjasne (prihvate/neprihvate) o unaprijed pripremljenom planu reorganizacije.²¹ Stečajni povjerioci mogu vrlo brzo dati svoj pristanak na ponuđeni stečajni plan i u tom slučaju dolazi do otvaranja stečaja uz unaprijed pripremljen plan reorganizacije nakon čega se obustavlja stečaj, a nastavlja se sa sanacijom.²² U ovom slučaju stečajni dužnik se dogovora sa povjeriocima prije nego se podnese prijedlog za otvaranje stečaja, dok kod klasične reorganizacije dogovor postiže pred sudom.²³

Povjerioci koji imaju pravo da glasaju i odlučuju o unaprijed pripremljenom planu reorganizaciju su svi oni koji su bili poznati sudu, dok to nije slučaj kod klasične reorganizacije.²⁴ Kod unaprijed pripremljenog plana manji broj povjerilaca daje bolje izgleda da se pre pack brže usvoji i realizira, a povjerioci koji čak nemaju ni obezbjeđeno pravo mogu da prethodno postignu dogovor sa stečajnim dužnikom.²⁵

Kada su u pitanju upravljačka prava stečajnog dužnika, ona po osnovu unaprijed pripremljenog plana reorganizacije ne prelaze na druga lica, a imovinska ostaju u rukama akcionara. Za razliku od navedenog klasični stečajni plan, a time i postupak reorganizacije umnogome redukuje prava upravljanja i poslovanja stečajnog dužnika, te imovinska prava akcionara.²⁶

Iz ovoga bi se moglo zaključiti da su inicijalni faktori koji opredjeljuju za pre pack u odnosu na klasičnu reorganizaciju sljedeći:

1. brzina i efikasnost,
2. ušteda finansijskih sredstava,
3. poseban položaj i dogovor povjerilaca,
4. nastavak poslovanja i djelatnosti privrednog društva,
5. posebna upravljačka prava stečajnog dužnika i
6. imovinska prava akcionara.

Iako unaprijed pripremljen plan reorganizacije nudi ovako primamljiva rješenja za insolventna privredna društva, ipak mnoga

²⁰ Velimirović M., nav.delo, str. 202.

²¹ Dukić – Mijatović M., nav.delo, str. 92.

²² Brzinom postupka kod pre pack-a diriguju stečajni povjerioci, koji su najčešće kvalifikovani i imaju najviše interesa da se nastavi poslovanje privrednog društva.

²³ V. šire - Spasić, S., nav.delo, str. 246.

²⁴ Velimirović M., nav.delo, str. 202.

²⁵ Spasić, S., nav.delo, str. 246.

²⁶ Ibidem

nisu u mogućnosti da ga prihvate i realizuju. Razlog za to najčešće nalazimo u nesređenim knjigovodstvenim i finansijskim prilikama u privrednom društvu.

Kada je riječ o finansijskoj i ekonomskoj opravdanosti unaprijed pripremljenog stečajnog plana sud o tome ne vodi računa. Pretpostavlja se, da su povjerioci o tome vodili računa prilikom prihvatanja stečajnog plana. No, prihvaćen stečajni plan ne mora nužno biti i potvrđen od strane suda. O stečajnom planu već su se unaprijed saglasili povjerioci i prihvatili ga, čime su se stvorile pretpostavke za smanjenje troškova²⁷ i ubrzanje postupak u odnosu na klasični postupak reorganizacije i eventualni stečaj privrednog društva.²⁸

5. Porast pre pack stečajeva i pozitivni primjeri u privrednom sistemu SAD

Prema posljednjim podacima iz 2010 godine, u SAD-u se broj pokrenutih/otvorenih stečajnih postupaka po osnovu unaprijed pripremljenog plana reorganizacije u 2009 godini utrostručio u odnosu na isti u 2008 godini.²⁹ Uspjeh američkog privrednog sistema posebno je došao do izražaja nakon svjetske ekonomske krize, čime su se stvorile sve pretpostavke za recipiranje navedenog instituta i u srbijansko stečajno zakonodavstvo. Postoje indicije i za uvođenje pre pack instituta u stečajno zakonodavstvo BiH na osnovu člana 143., stav 1.

Pozitivna iskustva i značajni ekonomski rezultati zabilježeni u američkom privrednom sistemu na osnovu pre packa su potisnuli klasičnu reorganizaciju i eventualni stečaj privrednog društva u drugi plan. Naime, poglavlje XI Zakona o bankrotu SAD-a normira klasičnu reorganizaciju koja traje po nekoliko mjeseci, pa čak i do nekoliko godina (u našoj sudskoj i poslovnoj praksi to je vremenski interval od 3 – 5 godinan nekad i više). Pozitivni primjeri u američkoj sudskoj praksi pokazuju u jednom istraživanju da je od ukupno 146 privrednih društava i 30 pre pack planova uspješno realizovano njih 18 % po osnovu unaprijed pripremljenog plana reorganizacije. Tako se samo od vodećih kompanija tipa CIT Group Inc, Charter Communications

²⁷ West Law Bussiness 26.02.2009., Prepack Bankruptcy: Avoid Chapter 11 s Casino

²⁸ Dukić – Mijatović M., nav.delo, str. 93.

²⁹ www.reuters.com/article/2009/11/09/us-bankruptcy-prepacks-industre/preuzeto/02.03.2011/

Inc, Lear Corp and Six Flags Inc, u državi uz pomoć pre packa uspjelo sačuvati čak 124 biliona dolara ukupne imovinske vrijednosti.³⁰

Uspjeh je zabilježen, u pogledu brzine, efikasnosti odvijanja postupka reorganizacije kao i u smanjenja troškova u odnosu na one rezultate koje bilježi tradicionalna reorganizacija i stečaj. Tako poglavlje XI Zakona o bankrotu SAD-a normira klasičnu reorganizaciju, koju često nazivaju „slobodni pad“.³¹ U tom kontekstu, klasična reorganizacija predstavlja nesigurnost i neizvjesnost u pogledu sanacije privrednog društva, dok s druge strane pre pack bilježi mnogo eklatantnije primjere u praksi. Prilog k tome je i činjenica da je s krajem 2009 godine u SAD-u postignuta uspješna sanacija značajnog broja privrednih društava. Jedan od primjera zabilježen u poslovnoj i sudskoj praksi SAD-a je primjena pre packa kojim se uspjelo sanirati privredno društvo i spasiti od stečaja u roku od samo 25 dana.³² Ovaj primjer zasigurno predstavlja rekord u pogledu uštede vremena i finansijskih sredstava uopšte, a i u odnosu na klasični postupak reorganizacije.

Zbog svih tih karakteristika i prednosti koje nudi pre pack (zaključuje se za 90 dana ili pak za kraće vrijeme), odnosno unaprijed pripremljen plan reorganizacije postoje tendencije za njegovo uvođenje i u stečajno zakonodavstvo BiH. U stečajnom zakonodavstvu Srbije ovaj institut se odnedavno počeo primjenjivati (ZOS R Srbije 2009 godine), pa je za očekivati u skorije vrijeme i neke od pozitivnih primjera u sudskoj i poslovnoj praksi.

³⁰ Ibidem

³¹ Dukić – Mijatović M., nav.delo, str. 90. – fusnota 263.

³² <http://www.androvett.com/blog/2009/11/13/legal-news/prepack-bankruptcies-skyrocketing/>..... preuzeto /02.03.2011./..... „Because of the lengthy time and expense involved in traditional Chapter 11 proceedings, it's not surprising that the number of prepacks are rising," says Rhett Campbell of Thompson & Knight. Mr. Campbell and a legal team from Thompson & Knight recently concluded a prepack bankruptcy plan in just 25 days, one of the fastest on record.“ „...Zbog dugog vremena i troškova koje uključuje primjena tradicionalnog Poglavlja 11 u postupku reorganizacije, ne iznenađuje da se broj prepack-a povećava," kaže Rhett

Campbell Thompson & Knight. Gospodin Campbell i pravni tim od Gospodina Thompson-a & Knight – a nedavno su zaključili prepack stečajni plan (unaprijed pripremljen plan reorganizacije) u samo 25 dana, što predstavlja jedan od najbržih rekorda.“ – Naš prevod.

6. Zaključak

Klasični stečajni plan koji je normiran u ZOSP FBiH/RS u odnosu na unaprijed pripremljen plan reorganizacije (pre pack), ima određene manjkavosti. Navedene manjkavosti bi se mogle prevazići uz uvođenje unaprijed pripremljenog plana reorganizacije kao što je to normirano važećim propisima R Srbije (ZOS R Srbije). Indicije za tako što postoje i u BiH stečajnom zakonodavstvu, a što je regulisano članom 143., stav 1., ZOSP-a FBiH/RS.

Prednosti pre packa ili unaprijed pripremljenog plana reorganizacije u odnosu na klasičnu reorganizaciju su: brzina, efikasnost, ekonomičnost, nastavak djelatnosti i poslovanja privrednog društva, zadržavanje zaposlenika u radnom odnosu kao i dužnikovo pravo na nastavak upravljanja privrednim društvom. Klasična reorganizacija ne nudi ovakva rješenja, stoga je nužno uvođenje pre pack instituta i u stečajno zakonodavstvo BiH kako bi se postigli što bolji rezultati u privredi.

Unaprijed pripremljen plan reorganizacije koji je odnedavno recipiran u stečajnom zakonodavstvu Srbije predstavlja veoma moćno sredstvo za uspješno prevazilaženje ekonomskih, odnosno finansijskih problema insolventnog privrednog društva. Naime, oporavak privrednog društva je jedino moguć uz redefinisane dužničko-povjerilačkih odnosa ili uz njegove statusne promjene. Obzirom da se postižu veoma značajni rezultati u sudskoj i poslovnoj praksi SAD-a za očekivati je u skorije vrijeme i neke od pozitivnih primjera u R Srbiji. Iako su pravni sistemi SAD-a i R Srbije diferentni ostaje da se vidi, da li će i može li se pre pack primjenjivati u stečajnom zakonodavstvu Srbije, odnosno da li će moći odgovoriti zahtjevima uspješnog nastavka poslovanja privrednog društva.

Mirela Čokić LLM

senior assistant

Faculty of Law, University of Tuzla

**INDICATIONS FOR RELEASE OF PRE PACK INSTITUTE IN
BANKRUPTCY LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
(particularly the law of the Republic of Serbia)**

Reorganization plan is an essential instrument for the procedure of reorganization of insolvent company. In order to perform a successful recovery and continued smooth operations, the existence of basic economic parameters - capacity. The existence of adequate material basis points to the possibility of using certain types of bankruptcy plan. Reorganization plan in any case an appropriate combination of several different modalities that will lead to complete recovery of the company and continue his business, which is the main goal of the reorganization. Which modality will be applied to depend on the current economic - financial situation of the company. The quality of prepared and accepted the reorganization plan by the bankruptcy creditors will necessarily envy and the confirmation of the bankruptcy court. Namely, the Law on Bankruptcy Procedure of the Federation B&H and the Republic of Serbian provides for the submission of the reorganization plan along with a proposal to open proceedings, and after the bankruptcy proceedings until the final hearing. In the first case, when the reorganization plan filed simultaneously with a proposal for bankruptcy, it is evident the existence of pre pack institute (prepared in advance of the bankruptcy plan) which is already 2009 years of detailed arranged in the Law on Bankruptcy of the Republic of Serbia. Since this concept guarantees a good outcome for insolvent companies, it is essential to its introduction and more detailed regulation in the bankruptcy legislation B&H.

Key words: *bankruptcy, reorganization plan, prepack (previously prepared a reorganization plan), a company, the Bankruptcy Court, ZOSP FB&H/RS, ZOS Republik of Serbia.*

Dragana Bogdanović
diplomirana pravnik
Studentkinja master studija
Pravni fakultet Univerziteta Union

Pregledni naučni rad
UDK: 342.7

DEROGACIJA I OGRANIČAVANJE LJUDSKIH PRAVA

U savremenim demokratskim društvima i državama nije moguća apsolutna primena i uživanje osnovnih ljudskih prava. Neograničeno korišćenje određenog ljudskog prava može doći u sukob sa interesima celokupnog društva sa jedne strane, a sa druge strane, u sukob sa pravima drugih ljudi, koja takođe treba štiti. Zato se smatra razumnim i opravdanim postojanje određenih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, kojima se dozvoljava da se neka prava ograničavaju. U zavisnosti od značaja i vrste pojedinih prava, moguće je govoriti o tri vrste ovakvih ograničenja. Prvo, dozvoljeno je stavljanje van snage pojedinih ljudskih prava (opozivanje, derogacija). Drugo, postoje tzv. inherentna (ugrađena) ograničenja nekih kategorija ljudskih prava. Treće, postoje i fakultativna ograničenja, koja se mogu ali i ne moraju primeniti, a koja se vezuju za postojanje tzv. restriktivnih (ograničavajućih) klauzula. Četvrto, ima prava koja se ni pod kojim uslovima ne mogu ograničiti. Ona su neprikosnoveni jer se smatra da bi svako njihovo ograničavanje ili opozivanje predstavljalo napad na sistem vrednosti na kojem se temelje ljudska prava.

Ključne reči: *ljudska prava, derogacija ljudskih prava, vanredne okolnosti, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

OPOZIVANJE (DEROGACIJA) LJUDSKIH PRAVA I NEPRIKOSNOVENA PRAVA

Međunarodni ugovori dopuštaju opozivanje (derogaciju) nekih ljudskih prava. Reč je o meri koja se primenjuje izuzetno, u vanrednim okolnostima, pod kojima i demokratska društva moraju da se brane od velikih opasnosti.¹ Pod vanrednim okolnostima podrazumevaju se *ratno stanje, unutrašnji nemiri, pobune većih razmera ili razne opasnosti izazvane prirodnim nepogodama i katastrofama*.

Međunarodni instrumenti kojima se dopušta opozivanje (derogacija) ljudskih prava su npr. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (PGP)² i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP)³.

Tako član 4. PGP dopušta državama ugovornicama da ukinu najveći deo prava i sloboda iz ovog dokumenta, „u slučaju kada opstanak nacije preti da ugrozi izvanredna javna opasnost, koja je proglašena zvaničnim putem“, a član 15. EKLJP dopušta takve mere u „doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije“. Standardi kakvi su „doba rata“ i „izvanredna javna opasnost“, koje koriste pomenuti međunarodni instrumenti, treba da budu jasni, kako bi obuhvatili sva stanja u kojima se država može zateći i kako ne bi stvarali nedoumice prilikom procenjivanja mera i uslova pod kojima država može derogirati pojedina prava i slobode. Preciznim formulacijama obezbeđuje se veća pravna sigurnost i smanjuje mogućnost zloupotreba. Tako je npr. Evropska komisija za ljudska prava u tzv. „*Grčkom slučaju*“⁴ nabrojala sledeće neophodne elemente da bi se zadovoljio standard „javne opasnosti“ iz člana 15. EKLJP : opasnost mora biti stvarna i neposredna; njene posledice moraju da se odnose na celu naciju; mora biti ugroženo odvijanje organizovanog života zajednice; kriza ili opasnost moraju biti izuzetni.

¹ Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, 2007, str.128.

² Službeni list SFRJ (Međunarodni ugovori) 7/1971.

³ Službeni list SCG (Međunarodni ugovori) 9/03, 5/05, 7/05.

⁴ Grčki slučaj nastao je povodom toga što je „pukovnička“ vlada u Grčkoj, koja je došla na vlast državnim udarom 1967. godine, stavila van snage delove ustava, pozivajući se na člana 15.EKLJP. Komisija je našla da u datom trenutku takva opasnost u Grčkoj nije postojala.

Da bi se preduzele mere kojima se stavljaju van snage pojedina prava, neophodno je da se pored pomenutih standarda, ispune i neki dodatni uslovi. Ti dodatni uslovi odnose se na to da država ove mere može preduzeti samo „u najnužnijoj meri koju zahteva situacija“; ovakve mere ne smeju biti u neskladu sa drugim obavezama koje država ima prema međunarodnom pravu; o preduzetim merama država mora obavestiti nadležne organe, pa u slučaju EKLJP to znači da je o preduzetim merama neophodno obavestiti Generalnog sekretara Saveta Evrope, a u slučaju PGP Generalnog sekretara Ujedinjenih Nacija.

Prvi standard „najnužnijih mera koje zahteva situacija“, govori o tome da prilikom preduzimanja mera povodom ograničavanja određenih prava, država strogo mora voditi računa o proporcionalnosti tih mera i cilja koji se njima želi postići, kao i njihovom prostornom domašaju i dužini trajanja. Uvek je potrebno ispitati da li se potrebna svrha može postići bez ikakvih ograničenja, primenom nekog drugog postojećeg i nespornog propisa. Tako je Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Ireland v. United Kingdom*⁵, koji se ticao vanrednih mera u Severnoj Irskoj (delu Ujedinjenog Kraljevstva), kojima je omogućeno lišenje slobode pojedinih lica bez kontrole suda, a koje su se odnosile na lica osumnjičena da su pripadnici IRA (Irske republikanske armije), zaključio da su vlasti Ujedinjenog Kraljevstva opravdano preduzele vanredne mere, jer se radilo o borbi protiv terorizma i da ove mere nisu dovele do kršenja člana 15. EKLJP. Međutim, postoji shvatanje da Evropski sud za ljudska prava u vrlo važnim i osetljivim oblastima ostavlja vlastima isuviše veliko polje slobodne procene, kako u pogledu situacije koja navodno opravdava vanredne mere, tako i pri oceni njihove proporcionalnosti.⁶

Drugi dodatni uslov koji se zahteva da bi se mogle preduzeti mere kojima se stavljaju van snage pojedina prava, predstavlja usklađenost mera koje država preduzima sa njenim obavezama prema međunarodnom pravu. Ove obaveze se pre svega odnose na poštovanje međunarodnog humanitarnog prava, različite međunarodne

⁵ Application no. 5310/71, presuda od 18. januara 1978.

⁶ Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op.cit*, str.131.

konvencije o ljudskim pravima, ali i na ostale međunarodne obaveze država i međunarodna običajna pravila.⁷

Savremene civilizacijske potrebe međunarodne zajednice ustanovile su postojanje ljudskih prava koja se ni pod kojim uslovima ne mogu ograničiti, zbog čega i nose naziv neprikosnovena ili osnovna (fundamentalna) ljudska prava. Prema EKLJP, ni pod kojim uslovima se ne mogu ukinuti: pravo na život – član 2, zabrana mučenja – član 3, zabrana ropstva i držanja u ropskom položaju – član 4 st.1, i član 7, koji štiti pravilo zakonitosti – *nullum crimen sine lege*. PGP je u ovom pogledu nešto napredniji, odnosno otišao je korak dalje od EKLJP, pa je pomenutom spisku neprikosnovenih prava dodao i slobodu misli, savesti i veroispovesti.

U novije vreme, naročito nakon 11. septembra 2001. godine i nadolazećeg talasa terorizma u svetu, jedan od čestih razloga za pokušaj ograničavanja ili derogiranja nekih prava je upravo suzbijanje terorizma. Međutim, Evropski sud za ljudska prava je čak i u jednoj presudi od 1999. godine (*Selmouni v. France*⁸), zabranio torturu, čak i u „najtežim uslovima“, kao što je borba protiv terorizma i organizovanog kriminala.

UGRAĐENA (INHERENTNA) OGRANIČENJA

Za razliku od instituta derogacije pojedinih prava, neka od garantovanih prava ograničena su stalno, i to samom formulacijom zajemčenog prava. Zato se takva ograničenja i nazivaju inherentnim (ugrađenim) ograničenjima. Po samoj svojoj definiciji, ni jedno zagarantovano pravo nije samo ono što njegovo ime kaže, već je npr. ograničeno preciznim nabrojanjem izuzetaka, odnosno slučajeva u kojima se ne može koristiti, odnosno, kada se na njega niko ne može pozvati. Takav je npr. slučaj sa „pravom na život“, koje je prema PGP ograničeno mogućnošću da država propisuje smrtnu kaznu za naročito teška krivična dela – član 6.

Ima prava koja su inherentno ograničena samim tim što ih ne mogu imati svi ljudi, već samo državljani određene države. Takav je slučaj sa onim pravima koja se ne garantuju „svakome“ i „svakom čoveku“, pa je tako u vezi sa slobodom kretanja, kada je pravo ulaska

⁷ Konstantin Obradović, Milan Paunović, *Pravo ljudskih prava*, Beograd, 1996, str.37.

⁸ Application no. 25803/94, presuda od 28. jula 1999.

na teritoriju neke države ograničeno samo na njene državljane. Takođe, na neposredan način se ograničava ostvarivanje nekih prava određenim kategorijama lica kao što su psihijatrijski bolesnici, vojnici ili državni službenici.

Savremena pravna nauka je prihvatanje doktrine „inherentnih ograničenja“, naročito u pogledu odredaba u kojima nije predviđena izričita mogućnost ograničenja, podvrgla žestokoj kritici.⁹

FAKULTATIVNA OGRANIČENJA

Fakultativna ograničenja podrazumevaju da država može da ograniči ostvarivanje pojedinih prava u skladu sa potrebama i interesima pojedinih potpisnika međunarodnih ugovora o ljudskim pravima – u opštem društvenom interesu. Ograničenja pojedinih prava dopuštena su tzv. „*restriktivnim klauzulama*“ koje se nalaze u odredbama kojima se ta prava garantuju. Unutrašnje vlasti mogu, ali ne moraju primeniti ova ograničenja.

Za razliku od derogacije kojom se neka ljudska prava mogu staviti van snage i obustaviti njihova primena, kod fakultativnih ograničenja državama se dopušta mogućnost „mešanja“ ali samo u pogledu obima uživanja ovih prava i to onda kada je takva intervencija države: *zakonita* (propisana zakonom, u skladu sa zakonom), *legitimna* i *opravdana*.

Uslov *zakonitosti* ograničenja odnosi se na to, da ograničenje mora da bude dozvoljeno aktom zakonodavnog ranga, što ističu i PGP i EKLJP, koji koriste izraze – „zakonito“ ili „u skladu sa zakonom“. Ovo ne znači da se reč „zakon“ mora tumačiti isključivo restriktivno, već se rečju „zakon“ obuhvataju i običajna pravna pravila, karakteristična za države anglo-saksonskog sistema, kao i podzakonski akti, kao što su npr. dekreti ili uredbe. Osim toga, da bi se intervencija države mogla smatrati „zakonitom“ ili „u skladu sa zakonom“, akt u kome se navodi ograničenje mora da bude pristupačan (dostupan svima), što znači da svi zainteresovani mogu da se obaveste o postojanju ograničenja. Akt takođe mora da bude i „predvidljiv“, odnosno dovoljno jasan onim licima na koja bi se mogao odnositi, kako bi mu mogla prilagoditi svoje ponašanje.¹⁰

⁹ *Ibidem*, str. 41.

¹⁰ Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op.cit.*, str.133.

Osim toga što moraju biti zakonita, ograničenja moraju biti i suštinski opravdana, *legitimna*, odnosno, mogu se uvesti samo kako bi služila ostvarenju onih ciljeva, koji su definisani odgovarajućom odredbom kojom se ograničenja dopuštaju, kao što su nacionalna i javna bezbednost, teritorijalni integritet države, zdravlje, moral, ekonomska dobrobit zemlje, autoritet i nepristrasnost sudstva, sprečavanje nereda i kriminala itd. Npr. sloboda kretanja se po PGP može ograničiti radi zaštite nacionalne bezbednosti (čl.12 st.3). Načelo legitimnosti mora da vodi računa i tome da nadzorni organ, kakav je Evropski sud za ljudska prava, treba da pazi da ograničenja nisu uvedena s nekim prikrivenim ciljem.

Ograničenja moraju biti i *neophodna* (nužna, opravdana), odnosno država treba da pokaže da je za njima postojala stvarna i ozbiljna potreba. Ograničenje nije neophodno, ako postoje i blaže mere koje mogu poslužiti istoj svrsi. Po pravilu, u ugovorima o ljudskim pravima, kako bi ograničenje bilo neophodno, dodaje mu se i izraz „u demokratskom društvu“. Ovaj standard „neophodno u demokratskom društvu“ jezički je obrazložen u praksi evropskih organa za zaštitu ljudskih prava.

ZAKLJUČAK

Vlast koja želi da očuva demokratiju može doći u veoma delikatne situacije. Na putu ka ostvarivanju demokratije ona na raspolaganju ima brojna sredstva, među kojima i pomenute međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, kojima se dozvoljava da se neka prava ograničavaju. Ključan problem vezan za korišćenje ovih ograničenja je upravo pronalaženje adekvatne granice do koje se ona mogu koristiti, kao i adekvatnog i legitimnog cilja koji se ograničenjima želji postići. Da bi sačuvala svrhu svoga postojanja, demokratija je primorana, da u skladu sa sopstvenim principima, do određene granice podnosi i sopstvene neprijatelje. U tome upravo i leže veliko iskušenje i pravi paradoks demokratije.

Dragana Bogdanović,
student of Masters studies,
University UNION

DEROGATION AND LIMITATIONS OF HUMAN RIGHTS

Absolute implementation of human rights is not possible in modern democratic societies and states. Enjoying certain human rights without limitations could collide with interests of a society as a whole, or with same or similar rights of others, rights that also need to be protected. This is why existence of limitations in international human rights instruments are considered to be reasonable and justified. Depending on its type and significance, there are three possible limits to human rights that should be considered. First, some human rights could be recalled (derogated). Second, there are so-called inherent (embedded) limitations for some human rights. Third, there is facultative limitation, which could be used in certain situations, but there is no obligation of its implementation. Those are connected to the existence of so-called restrictive clauses. Finally, there some human rights which cannot be limited under any circumstances. They are inviolable, considering the stand that any limitation or derogation of such rights would be contrary to the system of universal values human rights stand upon.

Key words: *human rights, derogation of human rights, state of emergency, European Convention on Human Rights.*

Slavica Dinić

PRIKAZ KNJIGE

**Dorđe Ignjatović
PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA,
BEOGRAD, 2010. GOD.**

U ediciji Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 2010. god, objavljeno je četvrto izdanje udžbenika „Pravo izvršenja krivičnih sankcija“ autora prof. dr. Đorđa Ignjatovića. Knjiga ima ukupno 230 strana, a sastoji se od dve tematske celine i to: 1. Pravo izvršenja krivičnih sankcija kao nauka i 2. Pravo izvršenja krivičnih sankcija kao grana pozitivnog prava.

Na početku prvog dela Ignjatović se bavi pojmom i predmetom nauke „Prava izvršenja krivičnih sankcija“, kao jedne od disciplina unutar Penologije shvaćene u širem smislu. Po njemu, ova nauka kritički proučava izvršenje krivičnih sankcija i srodnih mera koje sudski organi određuju učinocima krivičnih dela, čime im oduzimaju ili ograničavaju određena prava ili im nameću određene obaveze. (str. 17). Za predmet ove nauke autor određuje norme kojima se uređuje postupak izvršenja krivičnih sankcija.¹

Metod nauke „Prava izvršenja krivičnih sankcija“ predstavlja drugo pitanje kojem Ignjatović posvećuje pažnju. Ovde autor ističe značaj primene pravnih metoda deleći ih na: saznavne i tehničke.

U sklopu trećeg pitanja pisac analizira mesto „Prava izvršenja krivičnih sankcija“ u sistemu nauka sagledavajući njen odnos

¹ U krivične sankcije Ignjatović ubraja: kazne (kazna zatvora, novčana kazna, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole); mere upozorenja; mere bezbednosti; i vaspitne mere. Autor, naglašava da je Zakonom o odgovornosti pravnih lica za krivična dela iz 2009. godine, proširen predmet nauke Prava izvršenja krivičnih sankcija. Naime, uvedena je i mogućnost izvršenja krivičnih sankcija (kazna /novčana, prestanak pravnog lica/; uslovna osuda i mere bezbednosti /zabrana obavljanja određenih poslova ili delatnosti za koje je pravno lice registrovano; oduzimanje predmeta i javno objavljivanje presude/) prema pravnim licima.

prevashodno sa materijalnim krivičnim pravom, krivičnim procesnim pravom i izvršnim krivičnim pravom. On međutim napominje kako je ove discipline gotovo nemoguće odvojiti jer proizilaze jedna iz druge. U cilju izbegavanja svođenja materije izvršenje krivičnih sankcija na pravnu dogmatiku i nastojanja njenog pozicioniranja u realne okvire Ignjatović posebno insistira na povezanosti nauke „Prava izvršenja krivičnih sankcija“ sa Kriminologijom.

Na kraju prvog dela udžbenika autor daje prikaz najznačajnijih radova iz oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Ignjatović pri tom ističe kako su, za razliku od stanja u svetu, a naročito u anglofonskim zemljama, na našem području, osim komentara ZIKS-a, ovakvi radovi prava retkost. Istom prilikom napominje kako se većina autora u svetu bave proučavanjem izvršenja kazne zatvora zapostavljajući problematiku izvršenja drugih krivičnih sankcija.

Drugi deo – „Pravo izvršenja krivičnih sankcija“ kao grana pozitivnog prava – podeljen je u dve celine: 1. Međunarodni izvori prava izvršenja krivičnih sankcija i 2. Domaći izvori prava izvršenja krivičnih sankcija. Ovaj deo udžbenika, koji inače predstavlja većinski deo (str. 28-209), sačinjavaju pre svega tekstovi pravnih propisa.

Govoreći o međunarodnim izvorima „Prava izvršenja krivičnih sankcija“ autor upoznaje čitaoca sa sadržajem univerzalnih deklaracija i drugih pravnih akata iz kojih se crpi legalnost i legitimnost zaštite lica nad kojima se sprovode krivične sankcije. U relevantne dokumente koji su povezani sa predmetom ovog rada autor ubraja: 1. Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima; 2. Konvencija protiv mučenja i drugih oblika okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja i kazni ili postupaka; 3. Pravila za ponašanje lica u službi zakona; 4. Mere za zaštitu prava lica osuđenih na smrtnu kaznu; 5. Načela medicinske etike za zdravstveno osoblje; 6. Standardna minimalna pravila UN za maloletničko pravosuđe; 7. Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloletnika lišenih slobode; 8. Standardna minimalna pravila UN-a o alternativnim merama; 9. Smernice UN-a za prevenciju maloletničke delinkvencije; 10. Povelja UN-a; 11. Univerzalna deklaracija o pravima čoveka; 12. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; 13. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i 14. Konvencija o pravima deteta.

Od dokumenata regionalnih organizacija – Saveta Evrope pisac izdvaja: 1. Evropska pravila o zatvaranju (ovaj dokument ne

predstavlja obavezu država potpisnica da sa njim usaglasе svoje unutrašnje pravo); 2. Evropska konvencija o prevenciji mučenja i nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja (za razliku od prethodno navedenog, ovaj dokument je obavezujući za zemlje potpisnice) i 3. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (takođe se svrstava u kategoriju obaveznih dokumenata).

Nakon izlaganja sadržaja i osnovnih principa međunarodnih dokumenata Ignjatović pažnju usmerava na analiziranje značaja sudske prakse kao specifičnog izvora prava izvršenja krivičnih sankcija. Ovde se autor poziva na neke od najpoznatijih presuda Evropskog suda za ljudska prava (e. *European court for human rights* - ECHR). Činjenica je da naš pravni sistem ne poznaje sudsku praksu kao izvor prava. Međutim, Ignjatović napominje da analiziranje prakse ECHR-a može da bude od naročite koristi za usvajanje određenih stavova i pravnih mehanizama u rešavanju sporova između naših građana i države čime bi prateći troškovi bili znatno umanjeni.

Sve domaće izvore prava izvršenja krivičnih sankcija Ignjatović deli u dve grupe i to: primarne i sekundarne. U izlaganju autor najpre govori o sekundarnim izvorima, misleći pri tom na ustavne odredbe, norme materijalnog krivičnog prava i norme krivičnog procesnog prava. Ovde autor naročito ukazuje na problematiku normi krivičnog procesnog prava, čije sagledavanje otežava činjenica čestog menjanja sadržaja Zakonika o krivičnom postupku (ZKP) u poslednjih par godina.

U primarne izvore ubrojani su: propisi koji uređuju opšti model izvršenja krivičnih sankcija (Zakon o izvršenju krivičnih sankcija - ZIKS i Pravilnik o kućnom redu u kazneno-popravnim zavodima i okružnim zatvorima); propisi koji se odnose na izvršenje sankcija za posebno teška krivična dela (Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala); odredbe koje regulišu pitanje izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima (Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti maloletnika - ZMUKD) i regule koje se tiču postupka izvršenja krivičnih sankcija prema pravnim licima (Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela).

ZIKS i ZMUKD slede standarde sadržane u međunarodnim dokumentima (preporuke Svetske organizacije, Saveta Evrope i Evropskog suda za ljudska prava). Jedan od retkih odstupanja od ovog pravila, kako autor zapaža, tiče se ZMUKD koji predviđa zabranu nošenja vatrenog oružja unutar zavoda i ustanova u kojima se

izvršavaju završne mere ili kazna maloletničkog zatvora. Ovakvo rešenje nije u skladu sa međunarodnim preporukama koje predviđaju zabranu nošenja i upotrebe vatrenog oružja u ustanovama u kojima su smešteni maloletnici. (str. 194).

Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala reguliše postupak izvršenja kazne zatvora za naročito teška krivična dela, pri čemu samo modifikuje opšti režim izvršenja krivičnih sankcija (ZIKS). Model "modifikacije", primenjen je i u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, koji sadrži norme o uslovima pod kojima se izvršavaju krivične sankcije izrečene pravnim licima.

U daljem izlaganju Ignjatović ističe neka sporna rešenja ZIKS-a skrećući pri tom pažnju na terminološku nedoumicu izraza "posebna prava osuđenog lica". Po njemu je adekvatniji bio izraz "pogodnosti osuđenih", a koji je egzistirao u prethodnom tekstu ZIKS-a. On smatra da ovakvo rešenje ne stvara samo etimološki, već i konceptualni problem, jer osuđeno lice može shvatiti da ima „posebna prava“ na određene pogodnosti i da njihovo ostvarenje zatraži sudskim putem. (str. 141-142).

Takođe, Ignjatović ukazuje i na neusklađenost ZIKS-a i Pravilnika o kućnom redu u kaznenim ustanovama u pogledu prava osuđenog na obaveštavanje. Kako ističe autor, prema ZIKS-u osuđenik ovo pravo ima u neograničenom obimu i iz neograničenih izvora. Međutim, prema Pravilniku, o korišćenju knjiga i drugih sredstava javnog obaveštavanja odlučuje upravnik zavoda lično, čime je mogućnost osuđenih lica za dodatnim obrazovanjem i obaveštavanjem uslovljena subjektivnim činiocima.

Po rečima pisca, ZIKS je "*Magna carta*" prava osuđenih lica svuda u svetu, tj. njime se štite osnovna prava osuđenika. Zbog toga autor napominje da bi određena pitanja, koja nisu u tesnoj vezi sa pravima osuđenih, ubuduće trebalo izostaviti iz ovog Zakona. (str. 178-180).

U Zaključnim razmatranjima (str. 210-215) Ignjatović iznosi stav da problem izvršenja krivičnih sankcija u krivičnom pravnom sistemu Republike Srbije svakako nije u normama koje regulišu ovu oblast, već u implementaciji tih normi na konkretne slučajeve u praksi.

Jelena Vukadinović, LLM
Mirjana Glintić,
 Institut za uporedno pravo, Beograd

PRIKAZ KNJIGA

„Očuvanje mira u Bosni “ i „Kosovo- rezultat 1999-2009“

Knjige „Očuvanje mira u Bosni“ („Saving Peace in Bosnia – myths, challenges, opportunities“) i „Kosovo- rezultat (Kosovo The Score) 1999-2009“ objavljene su od strane Lord Bajron Fondacije za balkanske studije uz podršku Američkog Saveta za Kosovo. Fondaciju za balkanske studije je 1994. godine osnovao Sir Alfred Sherman. Zamišljena je kao istraživački centar, koji je posvećen izučavanju Balkana i svih njegovih aspekata.

Publikacija „Kosovo- rezultat 1999-2009“ objavljena je u saradnji Lord bajron Fondacije za balkanske studije i Američkog Saveta za Kosovo. Savet je osnovan kao američka neprofitna organizacija sa glavnim ciljem promovisanja i boljeg razumevanja prilika na Kosovu kroz pružanje informacija i analiza od strane zvaničnika zakonodavne i izvršne vlasti američke države.

Autorke prikaza ovih publikacija pokušaću da na objektivan i nepristrasan način prikažu ove publikacije, navodeći zajedničke ideje i pojedinačna poimanja konkretnih autora.

Publikacija „Očuvanje mira u Bosni“ sastoji se od deset tekstova, koji su predstavljeni na konferencijama Lord Bajron fondacije u Torontu, Beogradu i Vašingtonu tokom 2009. godine.

Autori tekstova su Steven E. Meyer : „Does Bosnia need a „Second Dayton“?“, James Bissett: „A new Bosnian crisis“, Doug Bandow: „Leave the Balkans to the Balkans“, Ronald L. Hatchett: „A matter of principle: Bosnia and the EU“, James George Jatras: „America’s last Balkan adventure“, William Lind: „Fourth generation war and Balkan folly“, John Laughland : „Srebrnica ‘genocide’: totem for the new world order“, Gregory Davis: „Islam,

the West and Orthodoxy“, Srdja Trifković: „Afterword: causes and legacy of the Bosnianwar“ i Sir Alfred Sherman: „Appendix: America’s Bosnian war“. Ova knjiga ispituje motive i moguće posledice koje mogu proizaći iz politike Sjedinjenih Američkih Država prema Bosni i Hercegovini. Dejtonskim sporazumom 1995. godine je stvorena Bosna i Hercegovina, koja se sastoji od dva entiteta: Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske. Jedno se ne može poreći- Dejtonski sporazum je potpisnicama obezbedio osnovnu sigurnost i određeni stepen samouprave. Stabilnost uspostavljen u Bosni, počev od 2009. godine narušavaju političke snage iz Vašingtona svojim insistiranjem na unošenju izmena u Dejtonski sporazum. Glavni smer izmena Sporazuma bi bio povećanje centralizacije u BiH na račun smanjenja autonomije 2 postojeće entiteta, što bi, po mišljenju autora tekstova iz ove knjige, imalo negativne posledice samo na Republiku Srpsku. Opšte mesto u knjizi „Očuvanje mira u Bosni“ jeste stav da Sjedinjene Američke Države ne bi trebalo da se ponovo „angažuju“ u Bosni i Hercegovini i da „Balkan treba ostaviti Balkancima“.¹ Marta 2009. godine Krizna grupa je sastavila spisak predloga i preporuka Bosni, zahvaljujući kojima bi mogla da prevaziđe rezidualne probleme. Autor teksta „Does Bosnia need a ‘‘Second Dayton’’?“ smatra da insistiranje na „drugom Dejtonu“ od strane Amerike znači samo odlučnost međunarodne zajednice da ubrzaju proces uspostavljanje kontrole i upravljanja ekonomskim i političkim procesima u Bosni i Hercegovini. Ova odlučnost se zasniva na tradicionalnom modelu vladanja, po kojem su velike sile te koje će odrediti kako treba da funkcioniše jedna manja politička zajednica. Za vreme Klintonove vlasti, Balkan je bio jedno od najvažnijih pitanja američke spoljne politike. Dok je Buš bio na vlasti, na dnevni red su došla neka nova pitanja. Steven E. Meyer pretpostavlja da je Buš odlučio da se povuče sa Balkana samo zato što je tada bilo novih teritorija na koje je trebalo primeniti tradicionalni model upravljanja. Dolazak Obame je ponovo aktuelizovao pitanje BiH u SAD-u. Određeni političari Zapadne Evrope su ponovo dali primat Bosni jer su shvatili da ne samo da se ne napreduje onako kako su oni zamišljali da će biti po zaključenju Dejtonskog sporazuma, već i da se nazaduje, a sve to kao posledica nezanimljivosti Buša i „loše“ politike Milorada Dodika u RS. Kao što navodi Doug Bandow u svom tekstu „Leave the Balkans

¹ „Leave the Balkans to the Balkans“, Doug Bandow, 27-34

to the Balkans'', Dodika, koji je u početku bio predviđen da služi ostvarenju interesa EUa i SAD-a, sada Radio Slobodna Evropa i Ričard Holbruk označavaju kao najveći problem u Bosni. Čak i Evropljani strahuju od pokušaja da Vašington preuzme kontrolu nad Bosnom jer je pitanje kako će Bosna, uopšte, opstati, kao prava država jer većina Hrvata i Srba iz Bosne oseća mnogo veću povezanost sa susednim zemljama, u kojima žive pripadnici njihovih etničkih zajednica. Tako da teza koji zastupaju i Steven E. Meyer i Doug Bandow jeste da neuspeh BiH leži u nesposobnosti(ili nemogućnosti) da se shvati princip i priroda multietničkih zajednica, nazavisno od Buša i Dodika. Jer, princip samoopredeljenja ne može biti tek tako ugušen nečijom „diktaturom''. Ipak je došla nova era, a sa njom i potreba da se napusti dotadašnji model upravljanja. Steven E. Meyer, stoga smatra da bi to zahtevalo ukidanje Kancelarije Visokog predstavnika u BiH i Komiteta za implementaciju mira jer predstavljaju „teg'' ostvarenju principa samoopredeljenja.

Skoro svi autori insistiraju na principu samoopredeljenja kao osnovnom za dalje organizovanje i funkcionisanje Bosne. Ali, kao što primećuje Ronald L. Hachett u tekstu „A matter of principle: Bosnia and the EU'', Zapad u svojoj politici prema Balkanu nema konzistentni princip. Kada su Hrvati i Slovenci jednostrano proglasili nezavisnost, EU i SAD su to pravdali principom samoopredeljenja. Isto je bilo i sa BiH. Ali, kada su Srbi i Hrvati u Bosni hteli da primene isti princip, iz EUa je stigao negativan odgovor. Sada nije imalo mesta primeni principa samoopredeljenja. Taj princip zamenjen je principom multikulturalnosti. Novi preokret u politici Zapada nastupa na Kosovu. Ovog puta sva dešavanja(od etničkih sukoba Srba i Albanaca do proglašenja nezavisnosti Kosova) pravdaju se, ponovo, principom samoopredeljenja. Ronald L. Hachett zaključuje da svaki put kada su Srbi hteli da se pozovu na princip samoopredeljenja, dolazilo je do njegove zamene principom multikulturalnosti. Iz toga Ronald L. Hachett izvodi zaključak da Bosna ima budućnost samo ako prisupi Evropskoj uniji kao zemlja sa centralizovanom vlašću, poštujući princip multikulturalnosti.

Publikaciju pod nazivom „Kosovo : rezultat 1999-2009“ čini skup članaka sakupljenih u zborniku radova pisanih od strane istaknutih istraživača iz Sjedinjenim Američkim Država povodom desetogodišnjice bombardovanja Srbije od strane NATO saveza. Iako raznorodni, po tematici koju obrađuju i po prostoru sa koga dolaze njihovi autori, sve priloge karakteriše nastojanje da se nezavisnim i

objektivnim pristupom dopuni mozaik o stanju na Kosovu i Metohiji, gledano kroz prizmu ljudi koji su na direktan ili indirektan način učestvovali u kreiranju istorije.

Publikaciju čini 12 članaka, četiri priloga i predgovora, pisanih od strane uvaženih novinara, publicista ali i ljudi bliskih političkim zvaničnicima Sjedinjenih Američkih Država, i to od sledećih radova: Sir Alfred Sherman: „Kosovo and the American Century“, Doug Bandow: „Washington's destabilizing Crusade“, James George Jastras: „Independent Kosovo: A Failure and the Mystery of the U.S. Balkan Policy“, Julia Gorin: „Racak: The Hoax that Ignited a War“, Mary Wals: „An observer at a Crow's Court: A Personal Memoir of Kosovo, 1999-2009“, Ronald I. Hatchett: „The Rambouillet Ultimatum“, Jurgen Elsasser: „The Debate on NATO's Ground War“, Srdja Trifković: „The Green Corridor in the Balkans“, Raphael Istaeli: „Serbia, Israel and the Islamic Challenge“, Diana Johnstone: „The Fools' Crusade Continues“, Gregory R. Copley: „Kosovo: To What End?“, Pogovor je pisan od strane Gregory M. Davis „Imperial Democracy and Global Jihad“, dodatak I : „Historical Background“, Frances Maria Peacock: „An afterthought on History: A War For Human Rights?“, prilog II : Thomas Fleming: „Kosovo and American Century“, prilog III : Michael Stenton: „Afterword to the Kosovo Dossier“. Predgovor ovom zborniku napisao je Ambasador James Bissett.

Prilike koje su vladale na Kosovu i Metohiji u vreme i nakon bombardovanja su analizirane iz različitih uglova i sa različitim metodološkim pristupom, zavisno od njihove sadržine i afiniteta njihovih autora, ali uglavnom sa političkog aspekta, dok su pravni aspekti istaknuti samo u nekim radovima koji se tiču priznavanja nezavisne države Kosovo. Kao zajednička ideja, u publikaciji, se proteže osuda načina sticanja nezavisnosti, u prilog čega su samo prividno tražena opravdanja u zaštiti ljudskih prava manjina. U prilog ovog stava se navodi da je međunarodna zajednica primenjivala dvostruke aršine, kad je trebalo štititi interese ostalog nealbanskog življa na Kosovu i Metohiji.

Drugi zaključak, koji se može izvesti, a koji provejava u tekstovima, tiče se vodeće uloge SAD u vođenju globalne politike, koju, pokazalo se to i u ratu na Kosovu i u kasnijim američkim intervencijama, ne opredeljuje ličnost Predsednika, niti stranka iz koje dolazi, već dalekosežni i strateški ciljevi.

U knjizi je na kritički način pisano i o pravnim argumentima koji su isticali u prilog kasnije proglašene nezavisnosti Kosova, a posebno se ukazuje na značaj i nesagledive posledice koje takav način priznanja može imati za razvoj budućih međunarodnih odnosa i stabilnosti u brojnim državama. Da vlasnici sudbine Kosova ne mare mnogo za pravila međunarodnog prava pokazali su ne samo samom agresijom izvršenom bez valjane odluke Saveta bezbednosti, već i u pogledu načina pružanja logističke i svake druge podrške kod proglašavanja nezavisnosti Kosova. Otuda se postavlja pitanje, da li je agresija NATO saveza zaista imala za cilj zaštitu pojedinačnih prava manjina, i da li je ta briga bila usmerena na ugrožene pojedince ili na stvaranje terena za proglašenje nove države koja će biti nezavisna od Srbije, ali potpuno zavisna od njenih "oslobodilaca." Odgovor na ovo pitanje daje predsednik Rockford instituta, Thomas Fleming, koji u svom prilogu objašnjava da rat na Kosovu nije bio rat zarad poštovanja ljudskih prava, već poslednji u nizu imperijalističkih akcija Amerike koja je počela sa Kubom i Filipinima.

Da li priznanje Kosova od strane 55 država Ujedinjenih Nacija od ukupnih 192, dovoljan uslov da se teritorija jedne države proglasi za nezavisnu? Jedan od autora, James Jastras, direktor Američkog Saveta za Kosovo, smatra da priznavanje dela suverene države kao nezavisne, od strane ovih država nije dovoljan preduslov za stvaranje suverene države, a kao razloge koji su doveli do intervencije Amerike na teritoriji Srbije, autor navodi sledeće:

1) Albanski lobi koji postoji u Americi i gotovo nepostojanje kruga ljudi koji bi lobirali za srpske interese. Autor navodi da je Amerikom zavladala rusofobija koja se reflektuje i u srbofobiju, a kao krajnji cilj ima strah od pravoslavlja. U tom kontekstu valja posmatrati i razumeti bojazan SAD od dominacije Rusije na prostoru Balkana i transformaciju NATO saveza od odambambenog u ofanzivni savez kojom SAD kao produženom rukom ostvaruje svoje interese i u Evropi i kreira novi globalistički svet pretvaranjem Evrope u koloniju Amerike.

2) Politika koja je vođena godinama unazad od strane američkih političara, ali i nemogućnost i nepostojanje interesa da se odustane od takve politike. Nesumljivo je da se jedan vid takve spoljne politike vodio decenijama unazad. Stoga ne bi trebalo zanemariti činjenicu da je upravo sadašnji državni sekretar, gospođa Klinton jedna od ključnih Obaminih osoba u vođenju politike Amerike.

3) Naklonost Amerika ka islamskoj zajednici čiji razlozi su duboki i istorijski (autor navodi neke događaje u Obaminoj prošlosti)

Kao zajednički stav svi autori publikacije navode uticaj medija i propagande koja se vodila i vodi protiv srpskog naroda u zemljama Evrope i Amerike.

U jednom od članaka, autorka Julia Gorin navodi svoja iskustva tokom boravka na Kosovu, postavljajući značajno pitanje: da li se Račak dogodio i na koji način?

Autor „Zelene transversale“, Srđa Trifković u svom radu ukazuje na stvaranje muslimanskog entiteta koji svoju trasu proteže kroz Bosnu, Kosovo i Makedoniju stvarajući pogodnu poziciju za delovanje na teritoriji Zapadne Evrope preko Bakana. Njegovo mišljenje deli i Sir Alfred Sheman u svom prilogu.

Autor se bavi i demografskom slikom stanovništva, navodeći da nije slučajno da se muslimanska populacija u Bugarskoj naseljava uglavnom na teritoriji koja se graniči sa Makedonijom, kao i da treba obratiti pažnju na muslimansko stanovništvo u Makedoniji.

Kao jedno od pitanja koje valja posebno istaći u budućnosti, se odnosi na sastav i položaj populacije u mestima koja se nalaze u Sandžaku (Priboj, Nova Varoš i Prijepolje), ali i u Pljevljima u Crnoj Gori, budući da se nalaze na putanji „zelene transversale“.

U knjizi se mogu naći i odgovori na pitanja "šta predstavlja Kosovo za SAD? Da li je oduzimanje korena srpske civilizacije opravdan razlog za stvaranje NATO vladavine bez granica?", ali su u knjizi otvorena i brojna druga pitanja, čije odgovore čitaoci mogu izvesti nakon čitanja ove zanimljive publikacije.

Stoga sa punim uverenjem preporučujemo ove publikacije, kao deo svedočenje sa strane, o jednom za Srbiju vrlo važnom i, na žalost, tragičnom delu istorije.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Poštovani,

Molimo vas da u svojim člancima- priložima, poštujuete nekoliko najosnovnijih (tehničkih) pravila, kako bi vaši radovi uopšte bili uzeti u obzir, u razmatranje, odnosno bili upućeni na recenziju – ocenjivanje.

1) Najpre, rad ne sme biti duži od 36.000 karaktera, ili 20 kompjuterskih strana.

2) Rad treba da je napisan u Times new Roman (može i ćirilica i latinica) – font 12, a fusnote font 10.

3) Rad mora imati rezime na srpskom i engleskom jeziku, sa prevedenim naslovom na engleski jezik, kao i sa ključnim rečima. Redakcija neće prevoditi rezimee.

4) Fusnote treba da budu stavljene na kraju strane, a ne na kraju teksta, a spisak korišćene literature, može se, ali i ne mora staviti na kraju teksta. Fusnote treba da budu napisane na sledeći način:

a) kada se citira rad iz članka iz časopisa, onda to treba da izgleda na primer ovako:

Dr Dragan Prlja; - Autorska prava u sajber prostoru; - „Strani pravni život“; - br.1/2011, str. 173 – 196 (fusnota, niti bilo šta u fusnoti ne treba da bude boldirano, ovo je samo zato da bismo istakli)

b) kada se citira monografija, onda to treba da izgleda na primer ovako:

Dr Snežana Stojanović; - *Finansiranje Evropske unije*; - Beograd 2008, str....(ni ovde ništa ne treba da bude boldirano, ali, naslov monografije treba da bude iskošen, u italiku)

c) kada se citira jedan članak iz nekog (tematskog) zbornika radova, onda to treba da izgleda ovako:

Dr Vladimir Čolović; - Stalni arbitražni sud, u „*Srpsko pravo i međunarodne sudske institucije*“, priredio J.Ćirić, Beograd, 2009, str....

(naslov tematskog zbornika radova treba da bude pod znacima navoda i u italiku)

d) kada se citira tekst sa interneta treba staviti i internet adresu, ali i naslov teksta na koji se pozivate.

5) Tek ukoliko jedan tekst ispuni ovih nekoliko minimalnih tehničkih standarda, on će ući u razmatranje za objavljivanje u nekom od narednih brojeva časopisa „Strani pravni život“. Tačnije, tada će biti podvrgnut dvostrukoj „slepoj“, tj. anonimnoj recenziji, koja će utvrditi da li tekst po suštinskom kvalitetu zaslužuje da bude objavljen.